A

ET

DE

CH

L

Opus
lon

In quo
pro
pra
ind

EDI



Sun

D. D.
ANT. FABRI
I.C. SEBVSIANI,
ET IN SVPREMO SABAVDIÆ
Senatu Primarij Præsidis,

DE ERRORIBVS PRAGMAT.
ET INTERPRETVM IVRIS,
CHILIADIS TOMVS SECVNDVS
IN DECADES L. POSTERIORES DISTINCTVS.

Opus varium, nec illis tantum qui in foro, sed iis etiam qui in scholis versantur, longè vtilissimum, ad vera, rectáque iuris principia capessenda, quorum ignoratione pragmatici vulgarésque interpretes passim cæcutiunt.

In quo Capitum summaria, Index legum explicatarum, atque variorum Iuris pronunciatorum, quæ ab autore exposita sunt, aut aduersus interpretum & pragmaticorum inscitiam luculenter defensa, elenchus, nec non & noui, indices sunt appositi.

EDITIO NOVISSIMA AB INNVMERIS MENDIS EXPVRGATA.



LVGDVNI,
Sumptibus PHILIPPI BORDE, LAVRENTII ARNAVD & CLAVDII RIGAVD.

M. D.C. LVIII.

CAROLO EMANVELI
SERENISSIMO
ET INVICTISSIMO
SABAVDIÆ DVCI,
Sub-Alpinorum Principi,

ANTONIVS FABER F. P. P.

NON me puderet, PRINCEPS SERENISSIME, iampridem Celsitudini tuæ datam velut ex recepto fidem implere tardiùs, si hoc ipsum quod nunc præsto & exhibeo posset sufficere, vt iam saltem viderer impleuisse. Nam præterquàm quòd facerem imprudentissimè, si tuam expertus toties in eodem genere culpæ facilitatem, & indulgentiam, locum diffidentiæ aliquem posthac relictum vellem: Habeo sanè tam multas cessationis meæ, si cui fortè longior videbitur, excusationes, (dicerem tam præclaras si non leuior apud me negligentiæ quàm superbiæ nota videretur) vt mihi parum verendum sit, ne iustus quisquis erit ille, nec inuidus laborum meorum æstimator, toto illo intermedio tempore quo cessasse credimur, diem vel vnum in otio transegisse, aut ipsum etiam si quod fuit otium aliter quàm in expediendis Iurisprudentiæ negotiis consumpsisse suspicetur. Testis est non ille solùm Codex meus, quem Augustissimo Nomini tuo feliciter inscriptum, dicatúmque miro ferè omnium applausu, in doctissimi cuiusque manibus & oculis nunc versari audio, gaudeóque: Sed ipsa etiam tacente me Iurisprudentia, quæ sub Papinianeæ nomine superiori anno edita, siue Papinianea sit, siue mea, tam auidè à Iuris nostri studiosis certè omnibus excepta est, vt plerique non modò ex tyronibus, sed etiam ex eruditioribus quos tam multos hæc ætas vbique terrarum tulit, magnum aliquid à nobis eo munere consecuti esse sibi videantur. Agnosco tamen esse quod me si non pudere, saltem dolere oporteat, Tantam à meo calamo in minùs firma valetudine diligentiam adhiberi non potuisse, vt eodem tempore, & Chiliadem absoluerem, & Iurisprudentiam inchoarem: Fecissémque fortasse, nisi quantùm subcisiui otij ex publicis priuatísque occupationibus quibus obruimur, suffurari licuit, tantundem nobis frequentes satis multorum consultationes ex remotis etiam prouinciis ad nos concurrentium, & honorificæ quidem illæ, sed tamen plerumque importunæ flagitationes, quibus etiam satisfaciendum fuit, præripuissent. Quod æquiore animo ferrem

vtique, si non maiore ex parte responsa nostra Gallico idiomate conscribi necesse esset: Aut si tanto abundaremus otio, quanto esset opus ad ea in Latinum transferenda, vt non minùs publicè prodesse possent, quàm priuatim iis, qui nos adire & consulere dignati sunt, hucusque comperimus profuisse. Ita enim facere, & assequi possemus, vt Consiliorum volumen integrum iustumque breui edendum haberemus, quod vel aliorum operum iacturam compensare in totum posset, vel eum certè quem ex iactura illa capio, dolorem minuere. Quàm verò sæpe, Deus bone! mihi contigit, eorum sortem & conditionem beatam primùm prædicare, mox inuidere, quibus datum est vt vel iuris publicè & ex cathedra docendi, vel in amplissima aliqua ciuitate de iure respondendi peritiam profiteantur. Quibus cùm alia multa præclarè, ac feliciter obueniunt, Tum verò illud vnum felicissimè, vt ego quidem existimo, quod iisdem sudoribus & vigiliis assequuntur, non solùm vt quantumlibet vastam audámque crumenam expleant, quod parum certè curandum esset ei quem ad hunc vsque diem fecerit

Nil, nisi spretus opum numerosa in prole beatum.

Sed, quod vtrumque longè maius quiddam est, vt & publico muneri satisfecisse, & hoc ipso, quanquam aliud agentes, aut Lecturarum, vt loquuntur, aut Consiliorum Tomos integros & quamplurimós dictasse inueniantur. At mihi, quamuis non prorsus infeliciter, in contrarium tamen sic res cessit, vt quotidiana illa mea practicarum exercitationum impedimenta veriùs quàm studia, non minùs aliena sint ab iis quæ nos docenda scribendáque suscepimus, imò forsitan alieniora quàm si ad artem medicam, vel ad Mathematicas tractandas pertinerent. Quò magis sperare debeo fore non tantùm vt se mihi æquiores iudices præbeant ij omnes quibus hæc scripta nostra & tardiora forsitan alioquin, & leuiora viderentur, sed vt etiam CELSITVDINIS TVÆ humanitatem tantò benigniorem & propensiorem experiar. Cuius nimirum commodo aliqua ex parte cedit, si non mihi planè blandior, quidquid nobis propemodum inuitis ex insatiabili & indefatigabili qua premimur scribendi auiditate subtrahitur, vt & expediendis litibus, & publicis negotiis tractandis conficiendisque impendatur. Non enim alius mihi aut suauior aut pretiosior laborum meorum quicumque tandem illi sint, fructus constare possit quàm si dabitur mihi sic viuere vt liceat tandem gloriari in Domino, Nihil me intentatum reliquisse quod ad reipublicæ & literariæ & ciuilis amplificandæ commoda spectare potuerit, Nihil prætermisisse quod ad exequenda potissimùm imperia tua, PRINCEPS SERENISSIME, & ad tuas, tuorúmque subditorum vtilitates adiuuandas conferri abs me debuerit. Hinc nimirum tanta nunc mihi támque audax fiducia, vt nec pudeat iam, posteriorem huius Chiliadis partem ad CELSITVDINIS TVÆ pedes afferre, Priore quidem breuiorem & angustiorem, vt eorum quibus prioris capita longiora videbantur impatientiæ potiùs quàm ignauiæ nostræ blandiremur, sed tamen, si quid video, & quæstionum elegantia, & disputandi subtilitate non inferiorem, Tantóque plausibiliorem futuram quantò expectatam diutiùs, vt sic absoluta tandem Chilias exhibeatur, neque te PRINCEPS SERENISSIME, eo quo cœpisti iampridem fauore conatus nostros in posterum prosequi iam pœniteat. Quod vt facias peto, vt facturus sis non dubito, vt denique facienti tibi, gratias pro me referat Iurisprudentia vberiores quàm possim ego vel nudis verbis exequi, & ipsa etiam si qua me in manibus habitura est posteritas inutilibus fortasse, sed tamen honestis perpetuísque votis, exopto. Bene vale PRINCEPS SERENISSIME, & Reipublicæ Christianæ tuísque omnibus quàm diutissimè felix viue: Ex Necio Allobrogum 15. Calend. Sextil. 1608.

INDEX

INDEX LEGVM AVT EXPLICATARVM

aut emendatarum secundum seriem Pandectarum.

Index Legum,

l.cùm

Index Legum,

INDEX

INDEX AVTHORVM QVORVM OPINIONES

vel recenſentur vel refutantur.

INDEX CAPITVM, SEV ERRORVM Tomi secundi.

DECADIS LI.

DECADIS LII.

DECADIS LIII.

d.§

III.De

DECADIS LXX.

DECADIS LXXI.

DECADIS LXXII.

DECADIS LXXIII.

DECADIS LXXIV.

DECADIS LXXV.

DECADIS LXXVI.

IV. Quantum

DECADIS LXXXIV.

DECADIS LXXXV.

DECADIS LXXXVI.

DECADIS LXXXVII.

V. De

DECADIS XCI.

DECADIS XCII.

DECADIS XCIII.

DECADIS XCIV.

IX. De

IV. Si

DECADIS XCIX.

DECADIS C.

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI,
SENATORIS SABAVDIENSIS ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS.

CHILLADIS DE ERRORIBVS PRAGMATICORUM, & Interpretum Iuris.

PARS SECVNDA.

DECAS LI.

ERROR PRIMVS.

De actione quam vocant ex remedio L. diffamari 5. C. de ingen. manum.

VT frequentissima in foro, ita Pragmaticis omnibus etiam imperitioribus notissima est actio, quam non tamen Pragmaticorum, sed Interpretum error induxit, Ex remedio, vt vocant, *Legis Diffamari*, quæ est *l. 5. C. de ingen. manum.* Aduersus eos demum comparata, qui alium quouis modo infamant, siue ciuiliter, iactando se aliquam habere actionem, vel de statu, vel de bonis, vel personalem, vel hypothecariam, siue criminaliter minitando accusationem, in qua tamen instituenda cunctentur. Sic enim Accursius ad *d. l. diffamari*, vbi etiam Bald. *& in l. vnic. C. vt nem. inuit. ager. vel accus. cogat.* Bart. *ad l. Titia, D. de accusat.* & alij passim quos refert & sequitur Boër. *quæstione 255. num. 7. & seqq.* Ac quamquam non est qui neget huic actionis generi repugnare iuris rationem, quæ non patitur vt quis inuitus agere vel accusare cogatur, *d. l. vnic. & l. vlt. C. de vsur. pupill. l. creditor 20. C. de pignor.* facit tamen ea ratio vt actionem hanc mirabilem esse fateantur, potiùs quàm vt velint admittere nullam esse, Non solùm quia opinionem hanc ex aliquot iuris nostri locis probari crediderunt, sed etiam quòd videatur hæc actio magnæ esse vtilitatis ad lites plerasque finiendas priùs etiam, quàm fuerint institutæ. Huius enim effectus ille est, vt iactatori agere nolenti non tantùm iactandi licentia in posterum auferatur, verùm etiam silentium perpetuum imponatur, ne vnquam possit eam actionem instituere, quam vltrò conuentus & interpellatus per iudicem vt institueret recusauit, nec si contumaciæ suæ expensas refundere paratus sit, nisi ea expensarum refusio fiat vel offeratur ante sententiam diffinitiuam. Nam nec dubitant quin sententia huiusmodi diffinitiua sit, non minùs quàm si actor post actionem sponte dictam ideò summotus esset, quòd suam sententiam plenè non probasset, *l. qui accusare, 4. C. de eden. l. vlt. C. de rei vind.* Diffinitiua enim est omnis sententia postquam alia nulla speratur, & quæ propositum negotium diffinit, licet neque absolutionem contineat, neque condemnationem: ita vt ab ea necesse sit appellari si velit actor admitti ad agendum, Vnde illud etiam est quod omnes consentiunt non sufficere vnicam citationem & contumaciam vt ad hanc sententiam perueniatur, sed ad minus duas requiri, vel tres. Nonnulli etiam quatuor vt Boër. *d. quæst. 255. num. 12.* ex ritu Gallico, sicut & quoties diffinitiua sententia ferenda est aduersus contumacem. Hoc etiam obseruato, quod nominatim docet Bald. *ad l. sed etsi 26. §. ait Prætor D. ex quibus caus. maior. ex d. l. Titia,* vt caueat iudex ne breuiorem diem ad agendum præstituat, aut ne citra causæ cognitionem, Alioqui ab eo decreto poterit appellari,

appellari, inquit Batt. *ad d. l. T ria ante fin.* Neque verò in hoc nostri conquiescunt, sed vt solent audaciores esse in iis quæ ex æquitate aliqua etiam contra iuris rationem vel constituta vel constituenda putant, per interpretationem producendis, & ampliandis, non desunt qui putent adiuuandum esse hoc remedium, illa vt loquuntur, cautela, vt quotiam causæ cognitio quam præcedere necesse est in eo versatur an iactatio & diffamatio aliqua præcesserit, quam probari plerumque difficile est, curet is qui sibi fusque futuram litem, & controuersiam timet vt per interpositas personas faciat se diffamari. Sic enim assequetur vt ex einsmodi diffamatione possit fundari iudicium, subindéque poterit facere citari cæteros de quibus suspicatur, prætendentes ius in bonis suis. Verba sunt Boërij *d. q. 255. n. 6 Cepoll caute. 136. incip. Si possideo.* ex Bal. *in Auth. sed etsi quis ab aliqua, col. 1. vers. sed hic dubitatur de tali quæstione, C. de testib.* & ibid. Sal. c. in *2. quæst. ex Auth. si omnes C. si minor se ab hæred. abstin.* Textus autem quibus nostri mouentur in hanc sententiam, hi tantùm sunt, *d. l. diffamari.* in qua hoc ipsum disertè scriptum creditur, *l. si ea 7. C. qui accus. non poss. l. 3 §. si ad diem de re milit. l. ob commissa 21. in fi. C. ad leg. Iul. de adul.* Ne tamen quod legibus cautum esse putant, ratione prorsus carere fateantur, Addunt rationis loco, Eum qui alium infamat siue ciuiliter, siue criminaliter, hoc ipso, prouocare aduersarium, vt proinde nec mirum sit causam introduci a reo prius quam ab actore, contra regulam iuris aliam de qua in *l. iure 5. §. vlt. D. de doli mali except.* cùm reus diffamatus prior ad causam prouocatus intelligatur: quomodo ratiocinatur Bald. ad *d. l. diffamari nu 9 in fin.* Ita eludeos quod iam diximus & obiecimus, Inuitum neminem cogendum esse vt agat vel accuset. Id enim ita verum est, inquit ille, Nisi se quis ad agendum adstrinxerit, vel expressè vel tacitè. Qui autem diffamat, adstringit se tacite ad agendum, tanquam qui hoc ipso aduersarium prouocet ad iudicium. Atque hæc quidem summa est eorum ferè omnium quæ de hoc genere actionis ab Interpretibus nostris traduntur. Quæ tamen quam sint leuia, & à ratione iuris aliena facile est videre siue rationibus pugnare quis velit, siue legibus. Extat enim generalis illa & haud dubiè perpetua iuris regula, quæ negat inuitum quemquam compelli posse vel debere ad agendum, aut ad accusandum, *d. l. vnic. & tot tit C vt nemo inuit. ager. vel accus. cogat.* Cùm sicut obligationes omnes ad hoc comparatæ sunt vt sibi vnusquisque acquirat id quod sua interest, *l. stipulatio ista 38 §. alteri de verb. oblig.* ita & actiones, vt quis ius suum persequatur si aliquod sibi competere putet, Nunquam autem vt persequi cogatur, etiamsi per imprudentiam aut verecundiam iactauerit aliquando, ac minitatus fit se acturum. Quid enim si tùm forte nondum paratas habeat iuris sui probationes? Quid si suspectum habeat iudicem ex causis tam occultis, vel dubiis vt eas aut allegare nolit, aut probare non possit? Quid si suspecta etiam sint tempora, propter quæ prudens actor instituendæ actionis consilium in aliud tempus differre velit? An non sit iniquum & inhumanum trahi lubricum linguæ ad pœnam, vt qui se acturum iactauit, ob hoc solum cogatur ad nutum & voluntatem aduersarij actionis suæ iacturam pati vel incommoda? Nec enim qui se aliquando acturum minatus est, dixit se paratum statim agere, vt protinus quasi ex compacto debeat cogi ad agendum, Nisi proponas ita factam probatámque iactationem quasi ex instrumentis quæ in manu habebat iamiam acturum se minatus fuerit: Alioqui non video cur durior huius iactatoris conditio esse deb at quàm si expressa conuentione se ad agendum obstrinxisset: quo tamen casu satisfacere vtrique conuentioni videretur agendo quandocumque, nec idcirco vel statim vel intra mensem proximum agere cogeretur, præsertim si negaret habere se paratas iuris sui probationes. Nam qua fronte posset iudex actorem hunc submouere, adeóque in expensas litis tanquam temerarium litigatorem condemnare, quem inuitum & reluctantem agere coegisset? Aut cui est imputare, quòd intentionem suam plenè non probasset, quam prædixerat ille probare se nondum posse, ne tam citò agere cogeretur? Ex quo apparet non modò summi strictique iuris, sed etiam æquitatis rationem maximam facere pro iactatore ne inuitus agere vel accusare compellatur: Et consequenter non esse hanc speciem ex earum numero in quibus à ratione iuris recedi oporteat prætextu æquitatis. Neque rursus dici potest odio litium fauorabilem hanc interpretum sententiam videri, Per quam scilicet fit è contrario vt multiplicentur lites & prouocentur, coacto agere illo, qui si liberum agendi arbitrium habeat neq; nunc ageret, neque vnquam fortasse acturus esset. Quòd si certissimum esset acturum eum tandem aliquando, quæ tamen amentia ista est, vt cogatur nunc agere ne agat postea, & vt reum liberes à metu quo torquetur ne aliquando conueniatur, actorem adigere in discrimen actionis perperam instituendæ. aut si litigare nolit, citra litem amittendæ? An non possent multa interuenire quæ facerent vt vel à metu litis per transactionem recederetur, dum suo quisque iuri diffideret, vel inanem fuisse metum illum, vanásque futuræ litis iactationes tandem ex euentu appareret? Lites igitur prouocare istud est, non exectari nec dimouere, sed augere. Neque quod Baldus scribit *d. n. 9.* causatiua suadente æquitate, necessitat iue cogi quem agere oon præcisè, quomodo ad hanc speciem aptari possit, intelligo. Si quis enim æquum putet prospici ei qui per iactationes prouocatur, ne continuo perpetuóque commoueatur litis metu vrgeatur, præter id quod talis non est hic metus cuius rationem aliquam haberi oporteat, cùm non cadat in constantem virum, Præsertim cùm ex mora propositæ tardiùs actionis frequentiùs accidere soleat vt actoris quàm vt rei ius deterius fiat. Quidni etiam putamus æquú esse prospici actori, ne metuendam habeat iactatam bonæ actionis ob nondum satis bene instructas probationes. An quod iactauit se aliquando acturum iusta causa esse potest propter quam a iure suo cadere debeat? qui nec si nudo pacto ad certam diem agere promisisset, ob id tamen ad agendum cogi posset, cum ex pacto nudo non detur actio? At neque si per stipulationem ea promissio facta esset, sed tantùm condemnari ad id quod stipulatoris interesset, vt euenire solet in cæteris omnibus faciendi obligationibus, *l. si quis ab alio 13. in fin. D. de re iudic. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. quoties quis alium 81. De verb. oblig.* Quid porrò interesse potest eius qui vult conueniri quòd tardiùs conueniatur? An non interest potiùs vt vel nunquam vel non nisi tardissime contra eum agatur? Dices, imò posse interesse, si fortè tum paratas habeat defensiones ex præsentibus instrumentis, quorum amissionem timere possit, ex eáque amissione instrumentorum, iacturam totius sui iuris incurrere, vt in *l. 3. §. duæ autem D. de Carbon. edict. l. illud 40 D. ad leg. Aquil.* Aut si fortè sit ille de cuius iure sua quod plerumque fit, instructior, quàm futuri sint liberi aut alij hæredes quos impuberes aut saltem minùs cautos sit relicturus. Non nego, sed hoc contendo, Absurdum esse vt agendi necessitas cuiquam irrogetur ob vtilitatem illius qui conueniendus est, cùm actiones actorum sint non reorum & in bonis eius qui agit non eius qui conuenitur: Longéque maiorem æquitatem facere

cere pro actore ne cogendus sit agere si dicat sua interesse vt non priùs cogatur, quàm instruxerit causam adeò certis probationibus, vt sibi de victoria diffidere non possit. Etsi enim non negant interpretes condemnato ei superesse auxilium appellationis, admittentes in hoc meliorem esse conditionem eius qui contumax sit in non agendo quam eius qui in non veniendo vt Baldus disputat ad *d. l. diffamari num.* 7. quid tamen ea prodesse appellatio in qua perinde necesse sit appellantem succumbere ob deficientes non minùs in secunda quàm in prima instantia probationes? Neque in hoc, vt puto, quisquam à nobis dissentiret, nisi omnes fefellisset Imperatorum constitutio quæ extat in *d. l. diffamari*, qua hoc ipsum inductum esse crediderunt. Cùm tamen si quis verba constitutionis sensumque perpendat diligentius, nihil minùs quàm de hoc nouo iure constituendo cogitasse Imperatores videantur. Primùm enim nullum in tota lege verbum est, quod præ se ferat noui alicuius iuris constitutionem. Quinimò sic loquuntur Imperatores vt Præsidis factum laudent qui iam sententiam tulerat, non vt ei formam nouam præscribant ex qua pronunciare deberet: quod tamen faciendum erat, si eam & agendi & pronunciandi rationem introducebant quæ in id vsque tempus insolita, & toti antiquæ iurisprudentiæ incognita fuisset. Deinde obseruandum est in ea lege agi de ingenuitate, cuius propria quædam & specialis ratio facere videbatur, vt maiore odio dignus esset, qui hominis ingenui statum diffamabat, cùm diffamari statum ingenuorum sit periniquum siue errore siue malignitate quorundam id fiat, vt lex ait, Nam & ad publicam vtilitatem id maximè pertinet, vt personarum status certus sit, nec temerè, ac sine causa per eiusmodi diffamationes dubius & incertus fiat. Vt proinde quod in ea specie rescriptum est ab Imperatoribus non facilè trahendum sit ad alias species, in quibus sola eius qui diffamatur non etiam publica vtilitas offendatur. Nemo enim nescit quàm multa passim iure ciuili constituta sint pro vtilitate publica, quorum similiter constituendorum ratio nulla esset pro priuatis commodis litigatorum. Nec rursus facilè patior vt quod de diffamatione lex ait ad iactationem quamlibet protrahatur, cùm sit longè odiosior diffamatio, quàm nuda iactatio. Præsertim cùm ea lex non distinguat an malignitate an errore potiùs ea diffamatio facta fuerit: inde namque apparet non esse verisimile cogitatum fuisse ab Imperatoribus de tanta pœna errori iactatoris irroganda, vt propterea vel intempestiuè agere inuitus, vel si intra tempus præstitutum, non ageret, causa cadere cogeretur. Esset enim id sanè per quàm crudele ac inhumanum, soletque mitius agi cum errantibus, hactenus saltem, non vt eo prætextu alius lædatur, sed ne is qui errauit tam grauiter puniatur, *l. vlt. D. de int. nu.* & *l. regula 9. §. penult. D. de iur. & fact. ignor.* Denique quod præcipuè obseruari volumus, non sic loquuntur Imperatores, vt dicant diffamatorem vel egisse, vel agere iussum fuisse ob eiusmodi diffamationem siue per interlocutoriam, siue per diffinitiuam sententiam, sed è contrario ponunt egisse vltrò ingenuum cuius status diffamabatur. Egisse, inquam, solito more cognitionum de ingenuitate, actione quæ in eam rem comparata est, ex edicto & iurisdictione prætoris, & quæ præiudicialis appellatur, per quam scilicet contenditur an ingenuus quis sit an libertinus, & super qua pronunciandum alterutrum est, aut ingenuum eum esse, aut libertinum. *§. præiudiciales Instit. de action.* De quo actionis genere videnda sunt quæ fusè scripsimus, *libr. 19. Comment. c. vlt.* vbi ostendimus proprium esse huiusmodi actionum vt non quemadmodum cæteræ actiones solito iudiciorum ordine per formulam & apud iudicem datum expediantur, sed extraordinaria cognitione, & per prætorem ipsum in vrbe, aut per Præsidem in prouinciis, qui tanquam maiores iudices soli de libertate ac libertinitate cognoscere, & pronunciare poterant, *l. non distinguemus 31. §. de liberali D. de recept. qui arbitr. recep.* & *l. 2. in fin. C. de pedan. iudic.* Vnde est quod huiusmodi actiones proprio nomine præiudicia appellantur, & meliùs quàm actiones, cùm non sint actiones nisi sumpto generaliter eo vocabulo vt interdicta quoque comprehendat, *l. actionis 37. De oblig. & act.*

ERROR II.

De interpretatione verborum dict. l. diffamari.

Atque hoc actionis genere actum fuisse in specie, *d. l. diffamari*, non solùm ratio iuris docet quæ nullum aliud remedium præbet ingenuo, cuius status diffamatur, sed ipsa etiam legis verba, *cùm affirmes diu Præsidem vnum atque alterum interpellatum à te vocitasse diuersam partem.* Nam in istis actionibus præiudicialibus non petitur actio, aut, quod idem est, formula à magistratu, nec citatur aduersarius vt veniat ad iudicem, qui nullus datur, sed tantùm interpellatur magistratus cuius ea cognitio est vt cognoscat ipse ac pronunciet, in eamque rem aduersarium ad se euocet vt contradicat si quam habeat iustam contradicendi causam. Ac quanquam tutius & consultius est homini ingenuo cuius status diffamatur quasi libertinus sit, si modò in possessione ingenuitatis constitutus sit, vt expectet quousque ipse conueniatur. Ne alioqui petitoris partes vltrò suscipiat, seque oneret probatione, si tamen suis confidat probationibus nihil causæ est cur non possit & debeat prior ipse aduersarium prouocare, & præiudicio experiri vt eleganter & appositè ad rem nostram scriptum est in *l. circa 14. D. de probat.* Cùm ergo ei cui non nisi per diffamationem status controuersia sit, competat iure communi actio ista præiudicialis per quam possit ipse sibi prospicere, & à magistratu obtinere vt etiam contradicente ac inuito aduersario pronuncietur ingenuus, quis ferat violari hoc casu regulam iuris data ei noua ista, planéque commentitia actione, per quam non agat ipse cùm tamen possit si velit, quod interpretes nostri non obseruant, sed cogat aduersarium agere quantumuis inuitum & reluctantem. Sed & quæ sequuntur, *in d. l. diffamari*, hanc nostram sententiam & interpretationem tam apertè probant, vt nihil dici possit apertius. Sic enim habent, *vt contradictionem faceret.* Scribendum verò erat *vt ageret* si Imperatorum sensus idem fuisset qui interpretum nostrorum vt non ad aliud daretur actio ingenuo, quàm vt aduersarium cogeret ad agendum. Nec enim is qui agit contradicere videri potest, sed qui actionem excipit, seque reum constituit: Nisi cùm aduersus exceptionem a reo oppositam replicatione actor vtitur. Nam replicatio sicuti exceptio est, ita & contradictio dici potest non minùs quàm exceptio, *l. 1. & 2. D. de except.* Atqui non tractat lex illa de replicatione, quoniam is qui statum ingenui diffamabat nullam adhuc actionem proposuerat. Ergo nec intelligi potest de illo qui agere cogatur propter diffamationem, sed qui cogi debeat contradicere tanquam reus, & seipsum defendere. Ne qua verò dubitandi causa de eo superesset, addit lex, *si defensionibus suis confideret.* Quo vel solo nomine mirum est non fuisse admonitos & persuasos interpretes, vt viderent tractari de diffamatore tanquam reo, non tanquam actore. Quis enim verba illa ei qui agat

conuenire posse arbitretur? Aut quis ferat tam fœdam ineptamque & verborum & rerum fieri confusionem, vt actor non reus defensionibus suis confidere dicatur? Et tamen in hoc ipso cæcutit Accursius, ac quamuis videat vrgeri se vi verborum, tamen vt obiectionem eludat, suamque interpretationem tueatur, quod lex ait *defensionibus* interpretatur *iuribus* vt pro nomine quod soli reo conueniebat aliud supponeret quod esset commune actori & reo, atque ita in contrarium sensum detorqueret ad solum actorem, quod dictum fuit de solo reo. Quid verò facere vel Papinianus ipse si redeat possit vt istorum errores conuincat, quos non pudet vt sibi blandiantur, naturalem ipsam verborum significationem tam apertè sensumque peruertere? Quid tam apertum verúmque possis obiicere, quod non illi statim huiusmodi interpretationibus sint elusuri? Qui defensiones dicit, iura quidem dicit sed rei duntaxat, ad exclusionem iurium actoris. At is qui iura dicit, non æquè dicit defensiones quæ soli reo competunt, sed iura etiam actoris, quæ defensiones dici nullomodo possunt. Sed videamus reliqua etiam quæ in lege sequuntur. *Vnde constat*, inquit lex, *merito rectorem prouinciæ commotum allegationibus eius*. In quotum etiam verborum interpretatione non leuior nostrorum error est. Sic enim accipiunt, quasi non aliis allegationibus commotus fuerit rector prouinciæ mouerique debuerit quàm ex diffamatione: cùm tamen dubitandum non sit eo allegationum nomine significari ab Imperatoribus omnia quæ ingenuus dixerat, & probauerat vt ingenuitatem suam tueretur. Nec enim aliter poterat ingenuus vincere, quàm si suam intentionem probaret, tametsi contumacem aduersarium haberet cùm esset ipse actor non reus. Actor, inquam, non ad cogendum aduersarium vt ageret, sed ad cogendum eum vt se defenderet ac contradiceret: Alioqui nullis opus fuisset allegationibus, aut probationibus nisi solius diffamationis, vt hodie in praxi seruatur quoties beneficium huius legis imploratur, quod & Bald. fatetur ad *d. l. diffamari n.* 8. Et verò ita fit plerumque vt reus etiam absens vincat, actore scilicet in probationibus suis deficiente, *l properandum* 13. *§. sin autem ver. cùm autem. C. de iud. l.* 1. *C. quom. & quand iudex*. Sequitur *sententiam dedisse* quod ipsum quid aliud est, quàm Præsidem prouinciæ pronunciasse pro ingenuitate? Non aliter nimirum, quàm si contra præsentem auditúmque iactatorem pronunciasset. Id est, ingenuum videri eum cuius status quasi libertinus esset, diffamabatur. Contumacia enim iactatoris pro præsentia est, *Auth. qua in prouincia versi. sed si nec ipse C. vbi de crim. agi oport.* Contumacem verò hunc fuisse ex eo constat quod sæpius vocatus ad Præsidem, vt probat verbum illud frequentatiuum *vocitasse* quo lex vtitur, sui tamen copiam facere neglexerat. Quidni ergo potuit contra eum ferri sententia vt & aduersus contumacem quemlibet? *l. contumacia* §3. *D. de re iud. l.* 1. *in fin. C. de adsert. tollend.* quamuis contrascribat Bald. *d num.* 8. Et in hoc potissimum labuntur Interpretes qui sententiam hanc quasi nouo stylo concipiendam sic formant, & effinguot ac si pronunciasset Præses nihil aliud nisi quod inhibuisset iactatori ne suum aduersarium de cætero inquietaret. Sic enim accipiunt verba illa quæ in lege sequuntur., *ne de cætero inquietudinem sustineres*, quasi formulam contineant sententiæ quæ in hac specie aduersus iactatorem contumacem reddenda est. Nisi quod addendum putant velut dilucidioris explicationis gratia, vt iactatori perpetuum silentium imponatur. Quod ipsum quoque supradictis verbis satis expressum putant. Omnino improbabiliter ne dicam imperitè. Non enim ad formulam sententiæ referenda sunt verba supradicta, sed sic potiùs accipienda vt sententiæ vim & effectum exprimant, quia rerum iudicatarum authoritas facit vt is pro cuius ingenuitate pronunciatum est inquietari postea nunquam possit, citra iniuriam manifestam, à qua temperari iubebit Præses si adhuc post sententiam diuersa pars in eadem obstinatione perseueret diffamaudi tanquam libertinum eum qui iam pronunciatus sit ingenuus. Nec enim leuis illa iniuria est, cuius nomine condemnari iactatorem æquum est, posteaquàm contra eum pro ingenuitate pronunciatum fuit. Et verò si ea verba formulam sententiæ continerent, vt nostri putant: non ad personam ingenui pro quo pronunciatur referri deberent, sed ad personam iactatoris cui & inhibitiones fierent ne in posterum inquietaret ingenium, & silentium perpetuum imponeretur. Itaque debuerat in hunc sensum ita scribi *ne de cætero te inquietaret*, quomodo Interpretes nostri loquuntur, non vt scriptum est, *ne de cætero inquietudinem sustineres*. Quanquam & hæc & illa formula æquè inepta esset, quoniam neque in actoris, neque in rei personam concipienda huiusmodi sententia est quæ super causa liberali redditur, vt aliquid fieri vel iubeatur, vel prohibeatur, sed in rem ipsam, Pronunciando scilicet eam personam de qua agitur vel Ingenuam esse vel libertinam, vel liberam vel seruam cùm sit actio ista præiudicialis, & præiudiciales actiones in rem omnes sint non in personam, vt docuimus *d. cap. vltimo lib.* 19. *Coniectur.* Ex his igitur appatet quàm improbabile sit commentum istud Interpretum quod ex *d. l. diffamari* effinxerunt.

ERROR III.

De sententia l. si ea 7. C. qui accus. non poss. & l. ob commissa 21. in fin C. ad leg. Iul. de adult. & rursum d l. diffamari. C. de ingen. manum.

ALiæ verò leges quibus in eundem sensum abutuntur, multò minùs ad rem pertinent. Nam in *l. si ea 7. C qui accus. non poss.* non tractatur de cogendo iactatore vt accuset, quod multò minùs vllo casu ferendum est, sed de iniungenda ei qui iam cœpit accusare, necessitate prosequendæ accusationis intra tempora præstituta, nisi malit incidere in Turpillianum; quasi qui agere supersedendo renunciasse causæ intelligatur, vt lex ait & nos iam docuimus in Codice Fabriano ad Tit. *Vt nemo inuit. ager. vel accus. cogat.* Quod autem scriptum est in *l. 3. §. si ad diem, D. de re milit.* omnino alienum est à proposita quæstione. Ibi enim tractat Modestinus de eo qui ad diem commeatus non venit, quem ideò perinde puniendum esse ait, ac si vel emansisset vel deseruisset pro numero temporis *facta tamen ei*, Inquit, *prius copia docendi num fortè casibus quibusdam detentus si propter quos venia dignus videatur.* Quæ res vt nemo non videt non ad causam & necessitatem actionis vel accusationis instituendæ pertinet, sed ad æquitatem admittendæ defensionis quam in criminalibus pragmatici nostri iustificationem appellant. Ne alioqui miles inauditus quasi emansor vel desertor condemnetur, quod iniquissimum esset. Ratio denique illa quæ ponitur in *l. ob commissi* 21. *in fin. C. ad leg. Iul. de adult. Ne effrenata licentia ad terrendam aduersariam futuræ accusationis prætendas*, eo tantùm spectat, vt cogendus sit maritus qui vxori accusationem adulterij minitator, eam accusationem & instituere & prosequi intra tempora illa, quæ ob commissa adulteria atque accusandas vxores præstituta sunt. Ne perpetuo

petuo metu futuræ accusationis mulier fortassis innocens terreatur & inquietetur. Qui tamen metus planè superuacuus, & contemnendus esset, si posset mulier aliqua actione sibi prospicere ad cogendum maritum qui accusationis futuræ iactationes tantùm effunderet vt iamiam accusaret. Neque rursus erat cur lex Iulia præstitueret marito & extraneo cuilibet certa tempora ad instituendam adulterij accusationem, Nisi quòd alioqui fieri nullo modo poterat vt securitati & inquietudini mulieris quæ in adulterij suspicionem venisset, consuleretur: quod tamen falsum esset si noua ista actio ex remedio *legis diffamari*, in hanc rem vtilis esse posset. Illud sanè non nego quòd ad sententiam nostram magis ac magis confirmandam valde pertinet, cum qui sibi metuit ab aduersario, ne quandoq; inquietetur, putà vsuratum nomine quas futurum sit vt debeat si fortè agente postmodum aduersario debitor certæ summæ inueniatur, quam necdum sciat nec proinde possit adhuc soluere aut obsignare ad inhibendum cursum vsuratû, Posse aduersarium prouocare ad iudicium, Denunciationibus frequenter interpositis non vt cogat eum agere, quod tamen consequens esset nostrorum sententiæ, sed vt si denunciatus aduersarius dissimulatione rem proferat actis apud Præsidem prouinciæ factis, rationem voluntatis suæ declaret is qui conueniri vellet, Protestando scilicet, quod paratus esset soluere si sciret, quid & quantum à se deberetur, Quo facto tam suæ quàm suorum vtilitati abundè consultum erit, vt eleganter ac disertè scriptum est in *l. vlt. C. de vsur. pupill.* vt scilicet vsuras nullas debeat perinde ac si obsignasset aut soluisset. Actionem etiam vt aduersarius agere postea prohibeatur, ad sortem quam sibi deberi ostenderit consequendam, Isque, meo iudicio, locus, omnium aptissimus est ad actionem istam ex remedio *l. diffamari* explodendam. Cùm in ea specie laboraret maximè tutor, & quæreret ab Imperatoribus qua potissimum ratione sibi prospiceret aduersus futuram pupilli calumniam, cuius tamen quænam suspicio esse potuerit non possum diuinare si nulla diffamatio & iactatio ex parte pupilli quem ponendum est factum fuisse iam tum adultum præcessisset. Posset verò haud dubiè imputari tutori quod denunciationibus illis contentus fuisset, si quo remedio potuisset adigere pupillum ad agendum. Debuisset enim potius remedio illo experiri ad acquirendam sibi suisque securitatem, multò pleniorem & certiorem, futuram ex sen ntia præsidis vel iudicis quàm ex sola denunci. ionum solemnitate est enim lex illa eorundem Imperatorum Diocletiani & Maximiani, quorum & *d. l. diffamari*, in cuius specie quærerem libenter ab Accursianis si qui erunt qui post hac contra nos sentiant quo remedio velint egisse ingenuum illum cuius status diffamabatur. Non enim possint respondere actum ibi fuisse remedio eius legis quæ nondum fuerat tum promulgata. Fateantur ergo quod volumus egisse ingenuum contra diffamatorem illa ipsa actione, qua etiamsi diffamatio nulla præcessisset agere nihilominus potuisset asserendæ sibi ingenuitatis gratia, adeoque tametsi in possessione ingenuitatis non fuisset, si modò probationibus suis tantopere confidere debuisset, *d. l. circa 14. D. de probat.* aut vt melius loquar non actione vlla sed cognitione præsidis & iudicio liberali. Non nego Prætorem posse interdum iurisdictionem suam denegare illi qui Prætoris ipsius dicto & imperio audiens esse noluerit, vt in specie *l. sed etsi 16. §. & adiicitur D. ex quib. caus. maior. l. mancipiorum 6. l. si optio 13. §. vlt. D. de option. legat. l. si eo tempore 6. C. de remiss. pignor. l. si seruus 4. D. de reb. autor. iudic. possid.* & aliis in locis si qui sunt in hanc rem ex illis quos Accursius congerit ad *d. l. diffamari*. Sed nego Prætoris partes tales esse vnquam debere, vt quemquam inuitum cogat agere vel accusare. Etsi enim dicimus in potestate esse cuiuslibet vt agat vel accuset quando velit, *d. l. Purè 5. §. vlt. ff. de dolo except. l. petendæ 6. C. de tempor. in integr. restit.* Vix tamen est vt agere vel accusare quis velit, antequam eas habeat sui iuris probationes, ac tam benè instructas ut de litis victoria, vel confidere vel saltem benè sperare possit. Quas si nondum habeat, quid aliud, obsecro, est cogere illum ad agendum, vel accusandum, quàm in illas angustias eum conijcere, vt Inuitus cogatur eam vel actionem vel accusationem proponere in qua videat futurum vt sibi necessariò sit succumbendum. Nam & Baldus ipse cùm diuersitatis rationem reddir, Cur melior conditio sit eius qui contumax est in non agendo, quàm eius qui in non veniendo vt possit ille appellare, hic non item, illam affert, quòd qui contumax est in non agendo videtur de iure suo diffidere potiùs quàm iuri suo renunciare. Hoc ipsum verò, cogere aliquem vt agat quandiu dubitat & diffidit de iure suo: nonne aut stulti planè, aut iniqui fuerit prætoris? vt loquitur Vlpianus quamuis aliam tractans speciem *l. 3. §. dua autem D. de Carbon. edict.* Tunc ergo huiusmodi coactionibus locus esse potest, cùm id facere quis iubetur, quod commodè & ad suam quoque vtilitatem facere possit & debeat, in quo numero non est potestas agendi vel accusandi, quandoquidem in eo non factum solùm & voluntas agentis aut accusantis versatur, sed potissimum ius agendi vel accusandi si quis agendo vel accusando victoriam sperare velit. Cùm vincere nunquam possit is qui nullo iure egit, aut accusauit. Esséque saltem restringenda hæc interpretum nostrorum sententia ad eum casum quo probaretur iactatorem dixisse, aut quo non negaret habere se paratas iuris sui probationes. De quo proinde illum ante omnia interrogari æquum esset, vt si fateretur, tum demum ex æquitate cogeretur agere quasi facere id posset nullo suo damno aut incommodo, non etiam si negaret. Loquimur autem de coactione præcisa & necessitatiua non de causatiua, qualem nostri vocant eam per quam euenit plerumque vt negotiorum gestor, procurator, tutor, hæres, administrator ciuitatis, & aliæ similes personæ agere compellantur, Ne scilicet alioqui teneantur ob id quod non egerint, vt ex iis legibus constat quas ad hoc congerit Accursius *in d. l. vnic. C. vt nem. inuit. ager. vel accus. cogat.* Vbi quod præterea quærit, An Bononiensis cogi possit à scholari vt agat contra scholarem qui breui sit recessurus, alienum est ab hoc tractatu: Non enim fieret ea coactio propter iactationem aliquam & diffamationem, sed ob hoc solùm vt sibi prospicere scholaris posset aduersus periculum, quod subesse videat, ne quo instanti equum ascensurus erit, vocetur in ius & recedere prohibeatur. Cuius periculi depellendi gratia, potest sufficere scholari vt denunciet Bononiensi à quo calumniam timet, vt si quid sibi debitum putet id statim declaret, Quo facto eaque re in testationem redacta si Bononiensis dissimulet, securus sit scholaris, non ne conueniri vnquam possit si fortè post aliquod tempus Gallum in Gallia, vel Germanum in Germania conuenire Bononiensis velit, sed vti ne possit Bononiensis recedentem eum arctare vt ex equo, vt ita dicam & ante discessum suum se defendat postquam ipse Bononiensis prouocatus in mora fuerit vel agendi, vel saltem declarandi, quid sibi quantumque deberi intenderet *arg. d. l. vlt. C. de vsur. pupillar.*

Fiant enim huiusmodi denunciationes non ad extinguendam iustam & legitimam actionem si qua denunciato competat, sed ad propulsandum fraudis consilium quod per dissimulationem & dilationem actoris in perniciem denunciantis vel suspectum iam esse, vel mox suscipi posse videatur. Denique potest & debet diligens paterfamilias istis denunciationibus sibi prospicere aduersus incommodum quod sibi timet ex dilata actionis institutione, sed non aduersus periculum actionis ipsius instituendæ.

ERROR IV.

De captatoria institutione.

CAptatoriam voluntatem nostri vulgo eam intelligunt quæ sit deceptoria, captationem accipientes pro captione, & captionem pro deceptione. Vtrumque malè si iuris nostri authores consulamus, apud quos longè aliud est captatio, aliud captio. Rursumque longè aliud captio aliud deceptio. Captatio est in persona, captiò verò in re, nec deceptio significatur captionis nomine, sed damnum ex re ipsa emergens, *vlt. D. de iur. dot. l. quoties 59. de ver. oblig.* Ideo autem interpretes videntur in hanc venisse sententiam, quòd putant captatorias voluntates esse illas quas testator voluerit ex alieno arbitrio pendere. Siquidem earum tres species constituunt cum Paulo Castrensi *ad l. captatoria 64. de leg. 1.* Primam cum substantia ipsa dispositionis confertur in liberam voluntatem tertij, vt si testator dixerit *Lego Maeuio certum si Titius volet*, aut *si Titius voluerit.* Secundam cùm non dispositio confertur in voluntatem tertij, sed persona ipsius legatarij vel hæredis instituti, puta in hunc modum *Lego illi cui Titius voluerit*, vel *Instituo illos quos Titius voluerit.* Sic enim apud Castrensem legendum est. Tertiam quæ fit sub spe institutionis ab altero faciendæ vel legati ab alio relinquendi, vt puta, *Instituo te si me instituas*, vel *Lego tibi si legabis mihi.* Fatentur vero his omnibus speciebus captatoriæ voluntatis commune illud esse vt eiusmodi voluntas non valeat, sed cùm aliqua distinctione. Prima quidem numquam, Secunda verò ita demùm si incerta persona de incertis conferatur in arbitrium tertij, Secus si incerta de certis, hoc modo, *Lego vni ex libertis meis cui Titius volueris* vel *quem Titius elegerit l. verum 7. §. cùm quidam D. de reb. dub.* Priorem siquidem casu Titio non eligente remanet dispositio prorsus incerta, Secundò autem non ita quia liberti omnes admittuntur, vt Castrensis supradicto loco ratiocinatur *ex l. cùm quidam 24. & l. si quis Titio 17. §. 1 de leg. 2.* Tertiam denique speciem nullo prorsus casu valere patiuntur si modò facta sit per verbum futuri temporis, non etiamsi per verbum præteriti, cùm non sit conditio quæ in præteritum tempus confertur, sed illa tantùm quæ in futurum. *Ex l. Illa autem 71. cum l. praeced.* Iunct. *l. illa institutio 32. & l. Clemens 81. §. 1. D. de hered. inst. l. 1. §. vlt. D. de his quæ pro non scrip. hab. l. captatorias 11. C. de testib. mil. d. l. captatoria 70. de leg. 1.* quæ captatorias scripturas non modò in hereditatibus, sed etiam similiter in legatis valere negat. Quod & ad fideicommissa nostri trahunt, ipso etiam assertore Cuiacio ad Papinianum in *d. l. captatorias 70. de hered. instit.* Siue quòd per omnia sint exæquata legata fideicommissis *vul. l. 1. de leg. 1. l. 1. C. comm. de legat.* siue quod cadem in vtrisque ratio iuris subesse videatur. Præterquam si de fideicommissoria libertate agatur in qua speciale esse voluit vt fauore libertatis valent eiusmodi volunta. *Ex l. fideicomm. 46. D. de fideic. libert.* Sicut & fauore piæ causæ si quid in piam causam relictum proponatur, vt ex Bartolo concludit Castrens. *in d. l. captatoria per text. in cap. cum tibi Extr. de testam.* repugnante licèt Baldo *ad d. l. captatorias C. de testam. milit.* vbi magis probat, vt textus ille iuris pontificij de commissione distributoria intelligatur, non de voluntate dispositoria. In cæteris verò omnibus quæ ad voluntates istas captatorias pertinent, non video ex interpretibus qui ab ea quam retulimus Pauli Castrensis traditione dissentiat. Nos tamen dissentire cogimur quia longè aliter veteres Iureconsultos sensisse arbitramur. Atque in eo primum quod spectat ad priores illas species duas quas interpretes constituunt captatoriæ voluntatis. Conuenit quidem mihi cum ipsis in eo quod negant valere voluntatem, quæ aut ipsam dispositionis substantiam, aut legatarij vel hæredis instituti personam contulerit in arbitrium tertij. Sed nego voluntates istas esse captatorias, Nego esse ideo reprobatas, quòd sint captatoriæ. Captatorias enim institutiones, vt de iis primùm dicamus, diffinio cum Papiniano nostro *in d. l. captatori as de hæred. instit.* eas quarum conditio confertur in secretum alienæ voluntatis: & quas à Senatu improbari necesse fuit vt non valerent quæ antea ex iuris ratione valebant. Quid enim attinebat Senatum de eo ius facere quod iam per se iuris certi erat & explorati? Atqui eas institutiones quæ ex alterius arbitrio penderent constat iam inde ab ipso nascentis iuris ciuilis exordio improbatas fuisse, priùs etiam quam Senatusconsultum illud factum esset de quo Papinianus *in d. l. captatorias.* Idque ratione illa, quam adfert Caius *in d. l. illa institutio 32. eod. tit.* quod constantissimè veteres decreuerunt testamentorum iura per se firma esse oportere non ex alieno arbitrio pendere. Hoc ipsum autem ideò, vt videretur, quòd testandi ius ita sit inductum permissumque lege duodecim tabularum vt solius testantis persona voluntasque demonstrata sit iis verbis, *Paterfamilias vti super sua re legassit ita ius esto.* Vnde illud etiam est quod testamentum definitur voluntatis nostræ iusta sententia de eo quod post mortem nostram fieri velimus *l. 1. D. qui testam. facer. poss.* Itaque si quis contra faciat & hæredis sui institutionem conferat in arbitrium & voluntatem tertij, institutio non tam prohibita vel improbata est quàm viciosa, quia contra legis formam facta est quæ fieri è contrario secundum legem debuit. Nec proinde fuit in hanc rem necessaria vllius senatusconsulti authoritas sufficiẽte decreto & authoritate veterum prudentum qui Senatusconsultum de captatoriis voluntatibus factum præcesserunt. At captatorias Senatus improbauit, tanquam quas videret per se viciosas non esse, nec eo minùs tamen dignas quæ improbarentur, quòd haberent nescio quid mali exempli & à bonis moribus alieni cùm sit longè honestius ac ciuilius mutuis affectionibus iudicia prouocari quàm prætextu liberalitatis captari auarè personam à qua hæreditatem vel legatum velit extorquere is, qui nullorum meritorum conscius nihil alioqui sperare posset. Ergo quamuis hoc simile habeant voluntates captatoriæ cum iis quæ ex alieno pendent arbitrio, quòd omnes sunt improbatæ, in eo tamen sunt dissimiles quod captatoriæ solius Senatus authoritate improbatæ sunt, cùm ante Senatusconsultum valerent: Cæteræ verò nunquam valuerunt, sed semper pro vitiosis habitæ sunt, quasi prorsus omni iuris ratione & auxilio destitutæ. Sed in quo potissimum differunt? Hoc enim est quod interpretes nostri assequi non potuerunt, decepti quantum diuinare possum, ex eo quod omnibus commune illud esse vident

vt

vt conferantur in secretum alienæ voluntatis, *d.l.captatorias & d.l.institutio.* Differentia meo iudicio tota in eo est, quod captatoriarum sola conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis, Cæterarum autem ipsa etiam dispositio. Nam qui sic loquitur, *Hæres mihi esto quem Titius voluerit*, non tam hæredem instituit quàm hæredis sui institutionem ipsam Titio mandat quod à legis 12. tab. verbis & proposito prorsus alienum est. Qui verò ita scribit, *Quanta ex parte Titius me hæredem instituet, ex tanta Titius mihi heres esto*, haud dubiè Titium ipse instituit, nec eius institutionem alterius vllius arbitrio permittit, vt nec ille qui ita, *Ex qua parte Titius me heredem instituet, ex ea Mæuius heres mihi esto.* Quid ergo? Confert in secretum voluntatis Titij non institutionem sed conditionem huius institutionis, cùm verba illa, *Quanta ex parte Titius me heredem instituet*, faciant conditionem ex potestate verbi futuri temporis in quod collata dispositio est *vulg. l. Stichum qui meus erit ff. de leg. 1. l. nuper 85. de leg. 2. l. scribit 34. §* secundum Cuiacij emendationem *lib. 2. Obseru. cap. 39.* Aliud porrò longè est conferri ad secretum alienæ voluntatis dispositionem ipsam, aliud verò solam dispositionis conditionem. Sunt igitur captatoriæ voluntates, omnes conditionales, sicut & eæ quæ alieno arbitrio permissæ sunt, sed cum hac diuersitate, quòd earum conditio duntaxat non etiam vt cæterarum dispositio ex alieno arbitrio pendet.

ERROR V.

De voluntatibus in alienum arbitrium collatis in quo à captatoriis differant & in quo conueniant ad l. Clemens, 81. §. 1. D. de hæred. instit.

ERgo in illo etiam conueniunt, quod quoties quærimus an valeat captatoria institutio, aut ea quæ alterius arbitrio permissa sit ponendum necessariò est satisfactum esse conditioni, secutamque declarationem voluntatis ex parte illius in quem collatam testator voluit siue institutionem ipsam; siue institutionis conditionem. Alioqui frustra esset quærere an vitiosa vel à Senatu improbata esset conditionalis institutio, quæ etiam sublato vitio, semotaque Senatusconsulti authoritate adhuc tamen inutilis reperiretur ob defectum conditionis. In eàmque rem textus est per quam elegans & accommodatus *in d. l. Clemens. 81. §. 1.* vbi ait Paulus, Si ita scripserit testator, *Quanta ex parte me à Titio heredem institutum recitassem, ex ea parte Sempronius mihi heres esto*, non esse captatoriam institutionem, siue quòd ad præteritum tempus collata sit, vt vulgò colligunt ex verbo illo *recitassem* (quanquam nihil vetat, ita etiam concipi conditionem quæ ad futurum referatur *l. si ita fuerit 33. §. 1. D. de manum. testam*) siue potius quòd in alteram personam quàm quæ possit viderit captata. Instituto scilicet Sempronio à quo institui vicissim testator non sperabat sed à Titio cui nihil ipse relinquebat, Nisi fortè poneres personam Sempronij adeò fuisse coniunctam personæ Titij siue sanguinis siue alicuius necessitudinis iure, vt potuerit institutio Sempronij tam facilè mouere Titium ad instituendum testatorem quàm si Titius ipse fuisset institutus, Quo casu non improbabiliter defendi fortasse posset habendum esse Titium ipsum pro instituto, & consequenter pro captato. *arg. l. filio familias 41. D. de condit. & demonstr. l. sed si quid plures 10. §. in ad rogato D. de vulg. & pupill. subst.* Subiungit tamen Paulus *in d. §. 1.* si nullum à testatore recitatum fuerit Titij testamentum, inanem videri Sempronij institutionem, remota quoque suspicione captatoriæ institutionis, Id est non quasi hæc institutio si non euidenter captatoria saltem suspecta sit, quod sufficeret ad eam improbandam vt dici solet de cæteris quæ in fraudem legũ vel senatusconsultorum excogitata videri possunt *l. qui testamentum 27. D. de probat. l. quidam 29. §. 1. ad SC. Vellean.* Sed quia tametsi nullo modo sit suspecta, inutilis tamen est tanquam facta sub illa conditione *si recitauerim me institutum heredem à Titio*, quæ conditio planè deficit nullo per testatorem recitato Titij testamento. Quidni enim huiusmodi conditionem existere necesse est, vt & aliam quamlibet licitam nec improbatam, priusquam dici possit vtilem & efficacem esse institutionem? *l. si heredi 5. & tot. tit. D. de condit. instit. l. facta 63. §. si sub conditione D. ad SC. Treb.* Ergo similiter cùm dicimus non valere conditionalem institutionem quæ vel captatoria sit, vel alieno arbitrio permissa, sic necessariò intelligere debemus vt quamuis conditio eius extiterit. Siue, quòd hæres institutus testatorem suum vicissim hæredem scripserit, siue quòd tertius in cuius arbitrium & voluntatem collata institutio fuit personam instituti elegerit, non eo magis valeat institutio propter vitium siue captationis siue dispositionis, quæ alioqui ob defectam conditionem inutilis esset iure communi. Et in eo vt dixi conueniunt Captatoria institutio, & ea quæ alieno arbitrio permissa fuit: Vt proinde mirum non sit ob huiusmodi conuenientias factum fuisse, vt eam quæ inter huiusmodi voluntates est, differentiam interpretes non obseruauerint. Ex qua tamen etiam illa nascitur, quòd institutione alieno arbitrio permissa, sicuti tota ipsa dispositionis substantia, vt Castrensis loquitur, in alterius voluntatem collata est, ita totam eam corruere atque vitiosam & inutilem esse necesse est: *d. l. illa institutio.* Captatoriam verò voluntatem cuius non tam dispositio quàm conditio sola confertur ad secretum alienæ voluntatis, non semper totam inutilem esse necessarium est, sed eo solo casu quo fieri nequeat vt conditio improbetur, quin tota quoque institutio vitietur: vt euenit in exemplo illo quod passim & quasi vnicum prudentes nostri afferunt, *Quanta ex parte Titius me heredem instituet, ex ea heres mihi esto.* Tolle enim quod in hac voluntate captatorium & vitiosum est, conditionem scilicet illam *si me ex aliqua parte Titius heredem instituet*, quæ licèt non sit concepta per expressam figuram conditionis, expressa tamen potiùs quàm tacita videri debet. Nihil ex institutione relinquetur quòd possit subsistere. Quod namque superest *ex ea parte heres mihi esto* nullum alium seorsum habet quàm vt videatur Titius institutus ex ea parte quæ nulla sit, vt in *l. ex facto 29. eodem titulo de hered. inst.* cùm testator nullam partem expresserit, nisi per relationem ad eam quæ nulla esset. Non quia ponam testatorem hunc nulla ex parte à Titio institutum fuisse (iam enim dixi è contrario ponendum esse impletam conditionem, vt possit tractari de inducenda senatusconsulti potestate) sed quoniam vt maximè verum sit testatorem fuisse à Titio institutum ex semisse, nulla tamen eius partis ratio haberi potest propter authoritatem senatusconsulti, quod sicuti conditionem totam improbat, ita & mentionem illam partis quæ conditionis partem facit iis verbis, *Quanta ex parte*, quibus tamen sublatis, nihil superest ex quo possit probari vel conijci quanta ex parte institutus fuerit Titius, quem porrò negari non potest quin testator institutum voluerit non ex asse, at nequidem ex parte simpliciter & absolutè, quo casu videri posset institutus ex semisse, sed præcisè ex ea demum parte ex qua testator ipse à Titio institutus reperitur, vt probant verba illa quæ sequuntur in institutione *ex ea*

hæres mihi esto. Indeque nimirum est, quòd quamuis in huiusmodi institutione captatoria, nihil sit improbabile præter conditionem institutionis, Senatus tamen totam institutionem improbat, non minùs quàm si ipsa substantia institutionis collata esset ad secretum alienæ voluntatis. Nempe, quia conditio huiusmodi sic implicita est & insita institutioni vt ab ea secerni nullo modo possit.

ERROR VI.

De institutione sic facta, Si Titius hæredem me instituet, Titius hæres mihi esto: *ad l. 1. in fin. D. de his quæ pro non script. habent.*

AT finge testatorem ita scripsisse, *Si Titius hæredem me instituet, Titius hæres mihi esto*. Non dubitatur quin æquè captoria sit hæc institutio, quæ scilicet expressam conditionem habet expressim collatam in secretum voluntatis Titij: Sed nego tamen, quod nemo fortasse ante me obseruauit, improbatam esse huiusmodi institutionem, & defendo Titium nihilominùs hæredem fore. Mouet me illud quod negari non potest, conditionem hanc, *si Titius hæredem me instituet*, captatoriam esse & à Senatu improbatam, cùm eo quoque casu quo Senatus totam institutionem quasi captatoriam improbat, non alia ratione id faciat, quàm odio conditionis, quæ proinde vt ipsa per se multò magis exosa fuerit, & à Senatu improbata necesse est. Quòd si conditio est improbata, vt est, Ergo & impossibilis est. Nec enim quisquam dubitat quin conditionis siue à Senatu, siue à Principe improbatæ in earum numero sint quæ impossibiles existimantur, *l. filius 15. D. de condit. instit.* Atqui impossibilis conditio posita institutione, non vitiat institutionem, sed vitiatur *l. 1 eod. tit.* Nam & generaliter obtinuit vt impossibiles conditiones testamento adscriptæ pro nullis habeantur *l. 3. De condit. & demonst.* Ergo perinde valere debet ea institutio, *Si Titius hæredem me instituet, Titius hæres mihi esto*, atque si sic concepta esset, *Si Titius cœlum digito, tetigerit hæres esto*. Nihil enim refert quid impossibilem faciat conditionem an ius an natura, nec minùs vno casu quàm alio potest institutionis conditio ab ipsa institutione separari, vt conditio reiiciatur, institutio autem subsistat, quam sanè conseruari quoties fieri commodè id potest, publicè expedit fauore tuendarum voluntatum vltimarum, quæ omnium sunt fauorabilissimæ. *l. vel negare 6. D. testam. quemadm. aper. l. 1. C. de sacros. Eccles.* Et verò si institutio illa de qua nunc agimus, *Titius si me hæredem instituet hæres esto*, improbata esset à Senatu tanquam captatoria, quis credat non fuisse prudentes exemplum hoc allaturos, tanquam quod magis obuium esset quam supradictum illud in quo sibi tantopere placent, *Quanta ex parte Titius me hæredem instituet ex ea hæres esto*, de quo *in d. l. illa autem in princip. d. l. Clemens §. 1. de hæred. instit. & in d. l. 1. in fin. De his quæ pro non script. habent.* qui postremus locus videtur mihi omnium accommodatissimus ad sententiam nostram confirmandam. Ibi enim tractat Iulianus non obiter, sed ex professo, de institutionibus à Senatu improbatis cùm pœnas legis Corneliæ constitueret aduersus eum, qui hæreditatem sibi vel legatum scripsisset. Et ait videri Senatum eodem modo illas improbasse, quo improbatæ sunt etiam illæ, *Qua ex parte me Titius hæredem scriptum in tabulis suis recitauerit ex ea parte hæres esto*. Ita significans non obscurè meo iudicio, non tam esse hoc exemplum captatoriarum institutionum à Senatu improbatarum, quàm illas ipsas esse institutiones captatorias quas Senatus improbauit, vt intelligamus non alias huius generis improbatas esse, quàm quæ per huiusmodi formulam sint conceptæ: Cum qua tamen formula nihil commune habet institutio sic concepta, *si Titius me hæredem instituet, hæres mihi esto*, Nec si ponas adiecisse testatorem quod tamen ad suprascriptam formulam propiùs accederet, *si Titius me hæredem ex semisse instituet, ex semisse hæres esto*, quia his duabus formulis tametsi eadem conditio eàque semper improbata contineatur, attamen ita continetur vt separari facilè ac commodè possit ab institutione: Ac sublata conditione remanet institutio pura iis verbis absoluta, *Titius ex semisse hæres esto*, nec dubitari potest ex qua parte sit institutus.

ERROR VII.

De sententia §. 1. l. illa autem & l. hoc articulo 29. de hæred. instit.

VNus tantùm in toto iure nostro locus est qui cum iis quæ suprà diximus, pugnare maximè videatur. Is est in *d. l. illa autem §. 1. D. de hæred. instit.* Nam posteaquam Paulus dixit illas institutiones captatorias non esse si testator ita hæredem instituat, *Qua ex parte Titius hæredem me instituit ex ea parte Mæuius hæres esto*, quia non in futurum, sed in præteritum collata institutio est, Subiicitur *sed illud quæri potest, an idem seruandum sit quod Senatus censuit etiamsi in aliam personam captationem* (sic enim legendum est non vt vulgò *capitationem*) *quis direxerit, veluti si ita scripserit.* Titius si Mæuium tabulis testamenti sui hæredem à se scriptum ostenderit, probaueritque hæres esto: *quod in sententiam*, inquit, *Senatusconsulti incidere non est dubium*. Ex quibus verbis apparet non dubitasse Paulum quin captatoria & improbata esset institutio etiam cuius conditio expressa esset per figuram conditionis, id est per dictionē *si* non per illa verba quæ necessaria esse contendimus *Quanta ex parte*, aut quod idem est *Qua ex parte*. Posset quidem responderi nec improbabiliter meo iudicio, totum illum §. Triboniani esse non Pauli siue formam proponendæ quæstionis inspicias, siue verba quibus concepta quæstio est, siue denique responsionem quæ affertur ad propositam quæstionem. Nam propositio ipsa quæstionis parum apta est, & parum cohærens præcedentibus in quibus nihil Paulus dixit de institutionibus captatoriis, sed de non captatoriis. Debuerat autem aptari potiùs legi præcedenti, quæ est Papiniani, & in qua non nisi de captatoriis institutionibus agitur per Senatum improbatis. Solet autem Tribonianus, cùm opiniones suas responsis prudentum inserit, facere id per quæstiunculas vt plurimùm alienas ab eo ipso loco cui aptantur. Illa etiam verba quibus in proponenda quæstione lex vtitur *etiamsi in aliam personam captationem direxerit* bonum sensum nullum habent. Nec enim latinè quis dixerit captationem dirigi in personam quæ captat, sed tantùm in eam quæ captatur. Persona siquidem quæ captat illa est quæ captationem dirigit non in quam captatio dirigitur. Et tamen nihil aliud his verbis exprimere Tribonianus voluit, nisi casum illum quo testator non pro se, sed pro alio captare voluerit hæredem, vt apparet ex subiecto exemplo, *Titius si Mæuium tabulis testamenti sui hæredem à se scriptum ostenderit, probaueritque, hæres esto*. Hîc enim quid aliud agit testator nisi vt Titium hæredem suum captet pro Mæuio? Non ergo dirigit captationem in personam aliam quàm hæredis sui, sed dirigit pro alia persona quàm pro sua, nec dirigitur captatio hoc casu in Mæuium,

sed

sed in Titium fauore Mæuij. Neque credi potest Paulum tam malè ac impropriè vnquàm locuturum fuisse. Iam verò quàm ineleganter & inconcinnè ad propositam quæstionem respondetur iis verbis *quod in sententiam senatusconsulti incidere non est dubium.* Quid enim attinebat præmittere illud quæri posse, quod statim dubium non esse dicatur? Soletne Paulus aut alius quisquam ex prudentibus proponere quæstionem aliquam de re non dubia? An non potiùs ridere tanquam stultos eos qui de re non dubia quæstionem mouent? *l. Dominus 27. D. qui testam. facer. poss.* Posset igitur, vt diximus, non improbabiliter defendi totum hunc §. Triboniani esse non Pauli, de quo minus dubitabit qui nobiscum obseruauerit tam multa alia ex Triboniani iurisprudentia & ingenio in responsa prudentum irrepsisse. Quale inter cætera & in *eod. tit. De hæred. instit.* illud quod scriptum est in *l. in tempus 62.* in verbis illis postremis *nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit reuelatum pro qua persona testator senserit,* quod nos iam alio loco pluribus ostendimus. Hoc autem admisso vt is §. t. Triboniani sit non Pauli parum me moueret obiectio que contra sententiam nostram fieret ex authoritate Triboniani cui sollemne est non modò negligere passim, sed etiam peruertere iuris rationem Sed tamen quoniam difficile est à pragmaticis, & à volgaribus interpretibus impetrare, vt vel Tribonianeas additiones istas agnoscant, vel minorem iis quàm prudentum responsis authoritatem tribuant, quantacunque ratione vrgeantur. Respondeamus quod illi putabunt fortasse probabilius, ego certè minùs probabile, non aliam illius loci sententiam esse, nisi vt in suprascripto illo exemplo, *Titius si Mæuium tabulis testamenti sui hæredem à se scriptum ostenderit probaueritque, hæres esto.* non eo minùs captatoria sit voluntas, & consequenter à Senatu improbata quòd testator non sibi sed Mæuio captauerit Titium hæredem à se institutum non tam vt ei benefaceret quàm vt Mæuio, Sufficit enim captatum esse eum qui hæres scriptus fuit, vt captatoria voluntas dici possit, nec illud prætereà Inquirendum est, cui bono cessura sit ea captatio, licèt Senatus de illa tantùm captatione locutus sit quam testator pro se non pro alio fecerit. Parum namque interest an contra verba an contra sententiam Senatusconsulti quid factum sit. Sed quis erit effectus huius nouæ ad senatusconsultum interpretationis? An ille vt tota hæc institutio corruat non minùs quam si scriptum esset, *Quanta ex parte Titius Mæuium hæredem instituet hæres mihi esto*, Minimè, Neque verò hoc lex ait. Quidni enim dicamus conditionem quæ expressa sit per figuram conditionis reiici debere tanquam impossibilem, Ipsam verò institutionem defendi? Sed ille tantùm vt è contrario sola conditio tanquam captatoria & à Senatu improbata, atque hoc ipso impossibilis reiiciatur, quæ alioqui si non magis ad sententiam quam ad verba Senatus pertineret implenda omnino esset, priusquam Titius ex institutione fieri hæres posset exemplo alterius conditionis cuiuslibet non improbatæ, Vt in *l. hoc articulo 29. eodem tit.* vbi Pomponius ex Labeone scribit, si testator dixerit, *Titius & Seius quanta quisque eorum ex parte hæredem me habuerit scriptum hæres mihi esto,* nisi omnes habeant hæredem scriptum testatorem, neutrum hæredem esse posse, quoniam ad omnium factum sermo ille refertur. Adde, nec captatoria & improbata conditio est quæ in præteritum tempus collata fuit. Habuit enim id Pomponius pro tam certo vt nec de illo dubitet, Non magis quàm de validitate institutionis, quæ haud dubiè tota corrueret si conditionem captatoriam contineret, quippe quæ non per figuram conditionis expressa sed per dictionem illam *quanta ex parte* separari ab institutione nullo modo posset. Non ergo sine effectu est quod dicimus, in specie *§. 1. d. l. illa autem*, captatoriam esse conditionem & à Senatu improbatam vt impunè contemni possit, nec tamen vitiosam aut improbatam faciat institutionem, quia non adeò cohæret institutioni vt commodam non recipiat separationem. Atqui, dicat aliquis, proposita erat quæstio, An in hac specie idem dicendum esset quod Senatus censuit. Sic enim habent verba quæstionis. Senatus autem vt iam inculcaui sæpius, non tantùm conditionem institutionis captatoriæ sed ipsam quoque institutionem improbauit. Ergo & in hac specie voluit Paulus, si modo Pauli locus est non magis institutionem hanc valere quam conditionem, tametsi figura conditionis expressa proponeretur. Respondeo, ita quidem propositam fuisse quæstionem, sed non ad eam responderi, quod supponit obiectio idipsum in hac specie seruandum esse, quod Senatus censuit, at hoc tantùm. Non esse dubium quin testator in sententiam Senatusconsulti inciderit, quod vtique sic accipi nihil vetat quomodo volumus, vt perinde captatoriam adscripserit conditionem, & consequenter reiiciendam, ac si hæredem suum Titium captasset pro seipso non pro Mæuio: nec ideò tamen institutio tota improbanda sit, quæ scilicet etiam explosa conditione possit salua subsistere, Nimirum si conditionis figura expressa sit vt in proposito exemplo, non item si poneres conceptam huiusmodi conditionem per eam formulam qua Senatus vsus est in exprimendis iis institutionibus captatoriis, quas improbauit, id est per verba illa, *Quanta ex parte*, quomodo ponendum necessariò esset si velles eandem in omnibus rationem constituere huiusmodi voluntatis captatoriæ quæ cæterarum omnium à Senatu improbatarum. Quid enim est quod nos cogat idem ius constituere in iis casibus qui habeant diuersitatem maximam & rationis quæ semper potissimum spectanda est, & verborum? Illud sanè constat vel ex ipsius siue Pauli siue Triboniani confessione, Senatum neque de hoc posteriore casu quicquam constituisse, neque in captatoriis institutionibus improbandis eam speciem tractasse in qua esset per figuram conditionis expressa conditio, quæ captatoriam faceret institutionem Pone igitur iisdem verbis conceptam vtramque institutionem & eam de qua Senatus locutus est, & eam de qua Paulus quærit, hac sola differentia quòd in vna testator hæredem suum captauerit pro seipso, in altera pro Mæuio. Admittam quod voles, vtroque casu improbatam esse non tantùm conditionem institutionis, sed institutionem quoque ipsam, Atque ita satisfecero ei quod lex ait idem in hoc casu obtinere quod in alio Senatus censuit, Nam neque hoc aliter dici potest quàm si in vtroque casu eadem verborum formula vsurpetur. Sed si ponas captatoriam conditionem institutionis conceptam esse per expressam figuram conditionis, vt in exemplo illo de quo *in d. l. illa autem §. 1.* in hunc modum, *si Mæuium tabulis testamenti sui hæredem à se scriptum ostenderit*, non per verba illa, *quanta ex parte*, quibus Senatus vsus est in iis exprimendis & concipiendis institutionibus quas tanquam captatorias improbauit: Admittam equidem perinde captatoriam esse conditionem huius institutionis, & quod omnino consequens est à Senatu improbatam, sed negabo ipsam quoque institutionem improbatam esse, quia nec necesse est, cùm reiecta conditione tanquam alia qualibet impossibili possit salua manere institutio, præterquàm si poneres suum hæredem, qui non nisi sub potestatiua constitutione institui potest, sub eiusmodi conditione institutum fuisse, *d. l. filius 15. de condit. instit.* iunct. *l. 4. D. de hæred. instit.* Nec eo minùs tamen verum erit quod lex ait testatorem hunc qui captatoriam conditionem institutioni adiecerit non pro se sed pro Mæuio, expressa figura conditionis

ditionis perinde incidere in sententiam Senatusconsulti, sed quantum ad solam conditionem improbandam, quæ sanè non improbaretur si verba Senatusconsulti mordicùs sequeremur, nec vllam ad ea interpretationem adhiberemus.

ERROR VIII.

De formulis exemplorum positorum in d. l. illa autem §. 1. l. Clemens 81. § 1. l. hoc articulo 39. D. de hæred. instit.

QVamquam hoc etiam admisso, adhuc tamen suspectum mihi valde est, exemplum illud, *Titius si Mæuium tabulis testamenti sui hæredem à se scriptum ostenderit, probaueritque, hæres esto.* Videtur enim his verbis concepta esse conditio in tempus præteritum non in futurum, ac proinde non magis captatoria dici ex regula posita initio eiusdem legis quàm illa de qua, *in d. l. Clemens §. 1. quanta ex parte me à Titio hæredem institutum recitassem.* aut illa de qua *in d. l. hoc articulo 15. eod.* quæ ad nostram propius accedit. *quanta ex parte hæredem me scriptum habuerit, hæres mihi esto.* Quid enim referre potest an testator ita dixerit *hæredem me scriptum habuerit*, vt in *d. l. hoc articulo*, an verò, *hæredem scriptum ostenderit probaueritque*, vt in *d. l. illa autem §. 1.* An non eiusdem temporis sunt verba illa, *habuerit, ostenderit, probauerit?* Et tamen nemo dubitat, quin ea institutio valeat, de qua *in d. l. hoc articulo* tanquam quæ captatoria videri non possit, quia concepta sit per verba præteriti temporis & in præteritum tempus collata non in futurum. Ideóque nimirum exigit Pomponius impletam esse conditionem illam ab eo qui ex eiusmodi institutione hæres esse velit, Adeò vt si pluribus iniuncta sit per articulum *quisque* vt in specie de qua in eo loco, *Titius & Seius quanta quisque eorum ex parte hæredem me habuerit scriptum, hæres esto.* non putet Labeo nec Pomponius quemquam ipsorum hæredem esse posse, nec si iam tùm habeat scriptum testatorem, quàm si omnes scriptum habeant, propterea quòd hoc articulo *quisque* omnes significentur, & ad omnium factum verba conditionis referantur. Cur ergo non perinde valebit institutio de qua, *in d. l. illa autem §. 1. si Mæuium à se scriptum ostenderit, probaueritque.* Nam si dicas verbum *ostenderit* posse esse subiunctiui temporis futuri non præteriti, nec nisi de ea ostensione ac probatione posse intelligi quæ fiat post testamentum, & qualitatem illam adnexam *scriptum* quæ haud dubiè per se sumpta nihil nisi præteritum tempus exprimit intelligendam esse secundum tempus verbi, *ex vulg. l. 4. §. si extraneus D. de noxal. act.* Idem ego dicam de verbo *habuerit*, déque tota illa formula, *scriptum habuerit*, de qua *in d. l. hoc articulo*, & quæ separanda est ab illa, *si Mæuium hæredem scripserit.* Maior enim est ambiguitas in verbo *scripserit* vt futuri temporis possit habere significationem, quàm in illo, *scriptum ostenderit*, quia dictio *scriptum* præteriti temporis semper est, nunquam futuri. Atque ita saltem assequar vt fatendum sit ineptum fuisse illum qui in *d. l. illa autem §. 1.* exemplum hoc posuit de quo disputamus quisquis ille fuit: qui scilicet verbis tam ambiguis. & primo sensu in præteritum tempus collatis expressit conditionem hanc quasi captatoriam, de qua tamen etiamsi in futurum tempus collata directè fuisset iam satis dubitari poterat an habenda esset pro captatoria, & à Senatu improbata propter insertam personam Mæuij pro quo facta erat captatio non pro testatore Itaque siue dicas fuisse casum hunc dubitabilem quod prima illa verba præ se ferunt, *sed illud quæri potest*, cùm de hoc casu nihil Senatusconsulto expressum esset, cuius tamen dispositio minùs fauorabilis videbatur tanquam institutionibus & testamentis contraria. Non debuit augeri dubitatio ex ambiguitate verborum, siue malis casum hunc esse indubitatum ob verba illa postrema eiusdem, *§. non est dubium*, tantò minùs debuit ea conditionis formula proponi quæ ambiguitatem aliquam verborum haberet ac de qua posset dubitari an in præteritum tempus collata esset an in futurum præsertim cùm in dubio esset multò æquius eam capere interpretationem quæ conditionem ad tempus præteritum referret, non solùm quòd primus & magis obuius verborum sensus id suadere videretur vt apparet *ex d. l. hoc articulo*, in qua nec distinguitur quomodo alioqui haud dubiè distinguendum erat, an de futuro tempore testator sensisset, an de præterito, sed etiam fauore institutionis & conditionis quoque conseruandæ, vt in dubio testator potiùs ex legibus quàm contra leges disposuisse existimetur, eáque sumatur in ambiguis interpretatio quæ vitio caret *l. in ambigua 19. D. de legib. l. 3. de reb. dub.* iunct. *l. quoties in actionibus 13. eodem tit.* Maximè cùm si quid in eo esset obscuri, tempus testamenti potiùs quàm futurum à testatore cogitatum videri deberet, *l. si ita 7. de aur. & argent. legat.* Denique tametsi admitterem hæc verba posse trahi ad futurum, nemo tamen dubitat, quin longè probabilius possint aptari ad præteritum, quod sufficit vt non possit indubitatè dici quod lex ait huiusmodi conditionem quasi captatoriam non valere. Proinde quamuis non soleam valde laborare cùm aliquid in prudentum responsis occurrit quod à ratione ac iurisprudentia abhorreat, vtrum id Triboniano adscribam, an malo cuipiam interpreti, adeò parum videtur mihi Tribonianus à malo distare interprete, facilè tamen si aliud nihil moueret, admitterem totam illam clausulam, *veluti si ita scripserit, Titius si Mæuium tabulis testamenti sui hæredem a se scriptum ostenderit, probaueritque, hæres esto*: imperiti esse interpretis, qui non minùs ignorasset quod nos contendimus quoties de captatoria institutione improbanda agitur debere concipi formulam conditionis per verba illa *quanta ex parte* quam quod omnes sciunt iis verbis, *scriptum ostenderit probaueritque* præteritum aut saltem præsens tempus significari ac si testator ita scripsisset, *si Mæuium tam à se scriptum habuerit d. l. hoc articulo*. Debuerat enim exemplum ita concipi vt futurum tempus præcisè demonstraretur hoc modo, *si Mæuium hæredem scribet*, vel saltem ita, *si Mæuium hæredem scripserit*, quod verbum futuri temporis subiunctiui esse posset perinde ac præteriti, cùm in tota formula nihil aliud est, quod ad præteritum tempus referatur.

ERROR IX.

De Triboniani manu agnita in d. l. hoc articulo.

ILlud planè non possum prætermittere, eandem me Triboniani manum agnoscere *in d. l. hoc articul.* ab illis verbis *in quo puto, testatoris mentem respiciendam* ad finem vsque. Nam cùm initio legis Pomponius scribat absolutè, nec tam ex Labeonis quàm ex sua sententia hoc articulo *quisque* omnes significari non potuit ille dubitare quin ea in specie quam subiungit ex Labeone idem senserit quod Labeo, scilicet testatore ita locuto *Titius & Seius quanta quisque eorum ex parte hæredem me habuerit scriptum, hæres mihi esto.* nisi omnes iam tum habeant hæredem scriptum testatorem neutrum hæredem esse posse, quoniam ad omnium factum sermo refertur, cui etiam conuenit

quod

quod scriptum est *in l. necessarias 8. §. si annua D. de pignor. act.* Neque sanè ex ratione iuris aliter dici potest. At quoniam ea sententia durior Triboniano videbatur existimanti æquius esse ac humanius, vt si ex hæredibus qui testatorem suum ex aliqua parte hæredem scripserit non debeat nocere, quod alius non æquè scripserit, vt hanc suàm humaniorem & æquiorem sententiam insinuaret, commutauit primùm sententiam Pomponij & Labeonis subnixam vero & aperto sensu verborum de quo nec dubitati probabiliter poterat, in quæstionem voluntatis per hæc verba *in quo puto testatoris mentem respiciendam.* Quamquam esset hoc tolerabile si in eo conquieuisset. Certum enim est in conditionibus testamentorum interpretandis, voluntatem testatoris potissimùm spectandam esse, *l. in conditionibus 19. l. pater Seuerianam 101. in princip. de condit. & demonstr.* Dummodò addamus, Ei tamen incumbere onus probandi qui alleget voluntatem diuersam à proprio sensu verborum *l. non aliter 69. de leg. 3. Labeo 7. de supell. legat.* Sed non in eo conquieuit Tribonianus, At postquam ex quæstione verborum sit quæstio dici potest de indubitabili fecit quæstionem voluntatis, Statim subiicit humanius esse, eum quidem qui testatorem suum hæredem scripserit in tantam partem hæredem ei fore, Qui autem non scripserit nec ad hæreditatem eius admitti. Quod si ita est fateamur ergo non solùm falsam esse Labeonis sententiam qui hoc casu neutrum hæredem esse volebat sed etiam falsum esse quod ex suo ingenio Pomponius initio legis præfatur hoc articulo *quisquis* omnes significari, Et ita Pomponium non modò à Labeone sed a seipso quoque tandem dissentire. Hoc vero quis tam facilè possit credere? Taceo quod humanitates istas solet passim captare Tribonianus vt iuris rationem eludat, quodque parum elegans videtur tota hæc additio quam adscribimus Triboniano.

ERROR X.

De sententia l. si plures 6. C. de condit. insert.

TRibonianum proculdubio fefellit Iustiniani constitutio cuius ille author fuit & quæ extat *in l. si plures 6. C. de condit. insert.* vbi sancitum est vt si plures personæ vnam eandémque conditionem implere fuerint iussæ, & eam alij quidem compleuerint, alij verò neglexerint, hi quidem, qui compleuerunt vocentur ad lucrum, qui verò neglexerunt, sibi imputent si ab huiusmodi commodo repellantur. Nec animaduertit Tribonianus, nouam illam constitutionem præterquàm quod à vera iuris veteris ratione abhorret quæ non minùs exigit vt pluribus coniunctim adscripta conditio ab omnibus impleatur, quàm vt si plures coniunctim vni adscriptæ sint omnes impleantur. *l. si hæredi plures 5. de condit. instit. l. cum pupillus 78 § 1. de condit. & demonstr.* ad hunc Pomponij & Labeonis casum accommodari nullo modo posse. Est enim Iustiniani constitutio de adscripta pluribus conditione quæ verè sit conditio, id est quæ collata sit in tempus futurum: Et habet colorem illum æquitatis quòd durum videatur & inhumanum, vt ex facto & culpa eius qui conditionem ex parte sua implere neglexerit, noceatur ei qui ex parte sua impleuit. At Labeo & Pomponius eum casum tractant quo conditio nulla verè sit, sed figura tantùm quædam conditionis vt pote collatæ in tempus præteritum non in futurum, quæ conditionis potestatem nunquam obtinet *l. itaque 39. cum duabus præced. D. de rebus credit.* vbi dicitur conditiones istas in præsens aut præteritum tempus collatas vim suspensiuam non habere in quo tamen præcipua conditionis potestas consistit. Proinde non potest in hac specie locus esse supra dictæ æquitati, nec ipsi Iustinianæ constitutioni cùm implendæ conditionis voluntas aut noluntas nulla esse possit in ea re quam iam antes factam fuisse necesse est vt conditio impleta videatur. Denique tractat Pomponius de conditione quam ipso iam testamenti tempore testator voluerit vel impletam esse vel non impletam & quidem ab ignorantibus conditionem, adeóque impletam non animo implendæ conditionis, cùm non potuerint Titius & Seius eo tempore quo testabantur diuinare futurum vt ab alto hæres quisquam eorum scriberetur sub ea conditione, si vicissim eorum quisque testatorem iam tum hæredem scripsisse inueniretur, Nec proinde possis ei imputare qui alium hæredem scripsit cur testatorem hunc hæredem non scripserit, & conditionem nondum iniunctam implere neglexerit vt ob eam causam priuandus sit commodo institutionis, ad quam potiùs admitti deberet cum nihil possit ei imputari, si vera est & accommodata ratio quàm affert Iustinianus *in d. l. si plures*, propter quam debeat repelli ab hæreditate is qui conditionem non impleuit, nimirùm quòd imputare sibi debeat cur eam implere neglexerit. Iustinianus verò tractat de conditione implenda post testamentum, ex testatoris voluntate, ac proinde quam etsi iam impleta esset ante testamentum, iterum tamen impleri oporteret *l. si iam facta 11. De condit. & demonstr* & cuius implendæ vel non implendæ arbitrium fuerit in eorum potestate quibus adscripta conditio est, vt lucrum sentiat qui impleuit, non etiam qui neglexit, cùm imputari huic possit quòd neglexerit, qui poterat implere si voluisset. Quamquam si verum amamus non est hæc vera ratio & germana propter quam repelli debeat is qui conditionem non impleuit, Nempe quòd non impleuerit eique imputari possit, sed illa sola quod conditio impleta non sit. Adscripta enim conditione aliqua de hoc tantùm quærendum est an de facto impleta sit necne, non de illo etiam cur impleta non sit, & an imputari aliquid possit ei qui non impleuit, Nisi cùm is qui implere debuit, voluit, nec tamen potuit quia per quem alium steterit vt in *l. in iure ciuili 24. eod. tit. l. in omnibus 59. l. in iure ciuili 161. de reg. iur.* Neque tam debuit Iustinianus laborare *in d. l. si plures*, vt rationem redderet, cur ab institutionis commodo repelli debeat is qui conditionem non impleuit, cùm ratio iuris non solius æquitatis eum repellat, Quàm vt rationem redderet eius noui iuris, quod constituit contra ius vetus vt is qui ex parte sua impleuit conditionem quæ pluribus coniunctim adscripta, & à pluribus coniunctim quoque implenda fuerat, perinde admittatur tamets si solus ille impleuerit, atque si alius etiam ex parte sua impleuisset. Repugnabat enim certè ratio, nec tantùm stricti iuris sed etiam voluntatis contra quam nulla vnquam æquitas vrgere potest. Opponitur namque æquitas summo & stricto iuri, non autem voluntati. Excipitur tantùm is casus quo libertas pluribus data sit sub aliqua huiusmodi conditione indiuidua, vt puta, *Si insulam ædificauerint*, vel *si statuam posuerint.* Tunc enim altero faciente magis est vt videatur satisfactum voluntati vt ia saltem qui satisfecit ad libertatem perueniat, Nisi aliud testator expresserit, quomodo scriptum est, *in l. si ita fuerit 13. in princip. D. de manum. testament.* Nam in aliis rebus aliud iuris esse apparet *ex §. 1 eiusd. leg.* vbi scriptum est. Si fabris duobus vel pictoribus quid adscriptum sit sub vnica illa conditione, *Si membrum domus depinxissent*, vel *Si fabricassent nauim*, quoad alter cessat, alteri quoque etiamsi facere maxime paratus sit conditionem deficere, Nisi ex his quæ scripsit vel dixit testator ostendatur contentus esse alterum facere. Etsi videbitur Vlpianus eo loco de hoc dubitasse,

dubitasse, quasi quæstio esset voluntatis potiùs quàm iuris. In quo etiam Triboniani manum agnosco, qui dubitatorem Vlpianum fingit vt quasi in quæstione voluntatis aperiat viam nouæ constitutioni. Nec enim alius Vlpiani locus est in libris nostris ad quem ea Iustiniani constitutio referri possit. Dixi autem de conditione indiuidua, quoniam si esset diuidua, puta si in danda pecunia consisteret, iam olim ita ius erat vt ex pluribus quibus adscripta erat conditio is qui partem suam dedisset, ad partem quoque rei legatæ admitteretur, *l. si quis legata 54. §. vlt. De condit. & demonstr.* Atque ita Accursius quoque & Bartolus sentiunt.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Quinquagesimasecunda.

ERROR PRIMVS.

De fideicommissis captatoriis.

QVEMADMODVM potestas Senatusconsulti quod de captatoriis institutionibus improbandis factum fuisse diximus in præcedentibus, tracta est per interpretationem prudentum ad legata captatoria *l. captatoria 64. de leg. 1.* Ita nec dubitant interpretes nostri quin ad fideicommissa quoque porrigi debeat, Non ob id solùm, quòd in omnibus & per omnia, vt putant, exæquata sint legata fideicommissis *l. 1. de legat. 1. l. 1. C. commun. de legat.* Sed etiam quia non magis æquum sit fideicommissa quam legata in alterius voluntatem conferri *l. nonnunquam 52. D. de condit. & demonstr. l. verum 7. §. 1. de rebus dub. l. fideicommissa 11. §. quamquam autem de legat. 3.* Sic enim semper supponunt Captatoriam voluntatem esse omnem eam, quæ in alterius arbitrium conferatur, puta si testator fideicommissum ita reliquerit *Rogo te Titi hæreditatem meam restituas Sempronio si volueris* aut etiam hoc modo: *Si Mæuius voluerit*, quam speciem voluntatis certum est non valere præterquàm fauore libertatis *l. fideicommissa 46. D. de fideicommiss. libert.* Ego autem etsi non nego inane fideicommissum esse quod positum sit in nutu & voluntate hæredis, Nego tamen ideò esse captatorium, multóque minus si in alterius, quàm hæredis voluntatem conferatur, Nego fieri vllo modo posse, vt fideicommissum vllum sit captatorium, & vt Senatusconsultum quo captatoriæ institutiones improbatæ sunt, porrigi possit ad fideicommissa, licet à prudentibus fuerit porrectum ad legata. Mouet me illud primùm quòd cùm in iure nostro fiat mentio captatoriarum institutionum, itemque captatoriorum legatorum, nusquam tamen fit mentio captatorij fideicommissi. Fit quidem persæpe mentio fideicommissi in hæredis, aut alterius arbitrium collati. Et hoc nimirum est quod interpretes omnes decepit, sed non quasi captatoria sint eiusmodi fideicommissa, quæ in alterius voluntatem conferuntur. Omnis voluntas captatoria quæcunque tandem illa sit confertur ad secretum alienæ voluntatis, Sed non è conuerso, voluntas omnis quæ in secretum alienæ voluntatis confertur captatoria est, at illa tantùm quæ ideò confertur vt persona aliqua capiatur ad hæreditatem vel quid aliud relinquendum ipsi testatori, aut alij cuius gratia captare testator velit, vnde & suum nomen captatoria voluntas sumpsit, Vt videre est in omnibus illis exemplis quæ capite præcedenti attulimus ex iis locis quos libri nostri habent de captatoria institutione. Neque verò existimandum est, quod existimarunt interpretes, captatorias institutiones à Papiniano definiri *in l. captatorias 70* iis verbis *sed ea, quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis* quasi captatoriæ institutiones sint omnes illæ quæ conditionem habent in alienæ voluntatis secretum collatam: sed voluit Papinianus eam qualitatem exprimere non quæ sola faceret institutionem captatoriam, sed quæ sola faceret vt ea institutio esset à Senatu improbata. Non enim Senatus omnes captatorias institutiones improbauit, puta illas quæ mutuis affectionibus mutua testatorum iudicia prouocauerunt, sed eas tantùm per quas persona sic capitur vt institutionis conditio in secretum alienæ voluntatis conferatur. Aliud ergo est quærere quænam captatoria institutio dicenda sit, Aliud verò quænam improbata. Captatoriæ institutionis substantia in eo tantùm consistit quòd persona hæredis instituti captatur vt vel hæreditatem vel legatum relinquat testatori aut alij cui testator non minùs quàm sibi fauere velit. Sed cùm ex huiusmodi captatoriis institutionibus aliæ essent quæ conferuntur ad secretum alienæ voluntatis, Aliæ quæ non conferuntur, voluit Papinianus docere, Non omnes à Senatu improbatas fuisse, sed eas tantum quæ prioris sunt generis. Cæterùm etiam institutiones illæ quæ conferuntur ad secretum alienæ voluntatis possunt non esse captatoriæ, quamuis non possint esse non improbatæ, puta si testator dixerit, *Ille quem Titius volet heres esto*, vt *in l. illa institutio 32. de hered. instit.* aut quod effectu idem est, *Sempronius heres esto si Titius volet.* Nam neque hæc, neque illa institutio valet, non magis quàm si esset captatoria, sed quia contra iuris veteris regulas pendet ex alieno arbitrio, non quia sit captatoria, Ideóque non à Senatu improbata est quomodo captatoriæ illæ quæ non nisi post Senatusconsultum cœperunt esse improbatæ, sed ab ipsis antiquis prudentibus, vt scriptum est in *d. l. illa institutio*, & nos diximus in præcedentibus. Sed & cùm captatoriæ institutiones etiam illæ quæ in alienæ voluntatis secretum conferuntur, non tam à iuris ratione quàm à Senatu improbatæ sint, ita vt ante Senatusconsultum valerent iure ciuili (alioqui frustra factum fuisset Senatusconsultum ad eas improbandas) intelligimus non potuisse Senatum cogitare de improbandis fideicommissis captatoriis, nec si aliqua possent fingi talia fideicommissa, siquidem nunquam fuerunt fideicommissa iusta & legitima, id est, iuri ciuili ac legibus cognita & approbata, qualia tamen fuisse opporteret vt à Senatu improbarentur, sed pendent tota ex iurisdictione Prætoris *l. 3. D. si vsufr. per. & Tit. de codicill. Instit.* In quo maximè differunt à legatis, de quibus etiam aliquid separatim nobis dicendum est.

***

ERROR

ERROR II.

De legatis captatoriis ad l. captatoriæ 64. de leg. 1.

CUm lex duodecim Tabularum de legatis locuta esset ad ea confirmanda verbis illis generalissimis, *Paterfamilias vti sua re legassit, ita ius esto*, fieri non poterat vt etiam illa, quæ captatoria essent, non valerent si non essent à Senatu, aut saltem à prudentibus Senatusconsultum interpretantibus, & quasi ex mente Senatus improbata, *d. l. captatoriæ 64. de legat. 1.* Ideóque quod Senatus constituerat in captatoriis tantùm institutionibus, prudentes traxerunt per interpretationem ad legata captatoria vt similiter ea improbarent *d. l. captatoriæ*: Similiter, inquam, id est eadem ratione qua Senatus improbauerat captatorias institutiones, & iisdem casibus. Ergo non alia legata quàm quorum conditio collata sit in secretum alienæ voluntatis. Ergo nec alia quàm conditionalia. Nec rursus alia quàm quorum conditio sic collata in alienam voluntatem ita cohæreat legato vt ab eo separari nullo modo possit, puta si testator ita scripserit: *Quanta hæreditatis sua partem Titius mihi legauerit, tantam ei ex mea do, lego*, aut etiam si voles, *Quantam Titius ex fundo suo Corneliano partem mihi legauerit, tantam ei ex fundo meo Semproniano do lego.* Nam si poneres testatorem ita scripsisse, *lego Titio fundum Cornelianum, si me hæredem instituet*, aut ita *si legauerit mihi Sempronianum*, fateret equidem captatorias esse huiusmodi conditiones, ideóque post SCtum quod de captatoriis institutionibus factum est, etiam in legatis improbandas: sed negarem tamen improbata & inualida esse talia legata, quippe quorum nihil vetet reiici conditionem, saluo nihilominùs & puro manente legato, perinde ac si sub aliâ qualibet conditione vel improbata vel impossibili relicta essent, quemodo circa institutiones disputauimus in superioribus ex *l. t. l filius 15. D. de cond. institut. & demonstr.* Denique eandem in omnibus & per omnia constituo rationem institutionum & legatorum, quod pertinet ad causam istam voluntatis captatoriæ, quia tam iusta & cognita erat legata quàm institutiones iure ciuili, si non eodem iure ciuili fuissent improbata. Et consequenter si ponas legatum ita relictum fuisse vt siue ex hæredis siue ex alterius arbitrio pendeat dicam non valere: Non propter authoritatem SCti, nec propter adhibitam à prudentibus ad SCtum interpretationem, sed ex illa eadem iuris veteris regula quæ similes quoque institutiones nullas & vitiosas facit. Nempe quòd testamentorum iura ipsa per se firma esse oporteat non ex alieno arbitrio pendere, *d. l. illa institutio.* Quod cùm ita sit non abs re quis miretur, quare fuerit necessarium Senatusconsultum ad improbandas eas institutiones quæ collatæ essent in secretum alienæ voluntatis cùm iuris veteris regula in eam rem sufficere videretur. Sed iam diximus in præcedentibus regulam iuris ad eas tantùm voluntates pertinere quarum substantia ipsa, Senatusconsultum verò ad eas quarum sola conditio confertur in secretam alterius voluntatem: conditio autem non quomodolibet concepta, sed ita vt ab ipsa dispositionis substantia separari non possit. Cùm igitur tam in institutionibus, quàm in legatis generale ac perpetuum illud sit, vt captatoria voluntas ex eo solo æstimetur si qua persona captata sit per institutionem, aut per legatum, vt vicissim vel hæreditatem vel legatum testatori ipsi, aut alteri contemplatione testatoris relinqueret, apparet nihil tale in fideicommissis tractari posse. Nimirum quia cùm fideicommissa pendeant à fide hæredis, si originem eorum inspicias & tempus illud quod ea nullo iuris vinculo continebantur, cùmque etiamnum facto aliquo hæredis opus sit vt fideicommissi restitutio fiat, omnino consequens est vt non aliter possit quis vel solo intellectu fingere sibi fideicommissum vllum captatorium, quin necesse fit captari personam hæredis cuius facto & voluntate opus erit ad fideicommissum consequendum. Persona siquidem illa propriè est quæ captatur, non vt vulgò existimant sola hæreditas, aut solum legatum, aut qoid aliod simile, cuius consequendi auiditate mouetur quis ad captandam personam. Quod appositè Martialis expressit disticho illo lib. 6. Epigramm.

Scis te captari, scis hunc qui captat auarum,
Et scis quid captet, quid Mariane velis.

Sicut è contrario licèt captatio nulla fiat quia vel hæreditas vel legatum vel quid aliud interueniat, cuius capiendi auiditate velut hamo aureo capiatur is qui captator, *l. 1. D. si quis aliq. testar. prohib. l. si maiores 15. C. de transact.* vt & emolumenta negotiationibus captari dicuntur *in l. 1. C. de commerc.* non tamen hæreditas ipsa est quæ captat, nec legatum, sed persona illa quæ vel hæreditatem vel legatum alteri relinquit. Nec enim sine aliquo munere, & quidem quod maioris pretij esse videatur, fit captatio. Et hoc ipsum munus est quod non captatorium appellamus, & quod improbatum esse dicemus, siue hæreditatis munus illud sit, siue legati.

ERROR III.

De formulis legatorum & fideicommissorum captatoriorum.

FInge igitur ita esse relictum fideicommissum, *Rogo te mi hæres vt hæreditatem meam Titio restituas, quanta ex parte is hæredem suum rogabit vt mihi suam restituat.* Dico non posse hoc fideicommissum videri captatorium, quia Titij hæres per cuius manus testator hic fideicommissum percipere debeat non potuit per testatorem captari. Hoc verò cur ita? Nempe quia hæredis persona est incerta, cùm sciri nequeat quis Titiu hæres futurus sit, *l. sciendum 70. de verb. signific. l. qui ex liberis 8. §. vlt. De vulg. & pupill. substit.* quod tamen certò sciri necesse esset vt eius persona captaretur. Nec est, quòd quis replicet captatam supradictis verbis personam Titij quæ est certa, cùm sufficiat relinqui à Titio fideicommissum vt ab eius hærede quisquis ille futurus sit, debeatur, neque esse necessarium vt hæredis persona captetur, qui recusare non possit quominùs fideicommissum sibi iniunctum præstare teneatur. Nam etsi captatam quis admiserit Titij personam, vt fideicommissum ab hærede suo relinqueret, inanis tamen & inutilis est ea captatio, si non hæredis quoque persona captetur, cuius voluntas & opera æquè necessaria est ad fideicommissum restituendum: Inspecto scilicet initio & prima illa origine fideicommissorum, quæ haud dubiè spectanda semper est cùm de illorum iure, natura, & conditione tractatur. Qui enim captat id agit vt commodum quod aucupatur sibi certum faciat in eum casum quo captatoriæ voluntatis conditionem impleri contingat, vt puta si sic scripserit. *Qua ex parte Titius me hæredem instituet, ex ea parte hæres mihi esto.* Nam hic neque alia neque alterius vllius indiget voluntate, vt Titio sit hæres, si modò erit superstes, quomodo superstitem esse

esse ponendum necessariò est, vt possit fieri locus quæstioni de captatoria voluntate, cùm alioqui etiam remoto vitio captationis non esset quærendum de validitate institutionis quæ præmortuo hærede facta esset quasi caduca vt neque si conditio eius defecisset, *d. l. Clemens*, §. 1. *D. de hered. institut.* At in formula fideicommissi captatorij quam attulimus, nihil egit testator si non hæres quoque Titij restitutioni fideicommissi consentiat, qui porrò vt consentiat nulla ciuili actione cogi potest, sed tantùm ex imperio & iurisdictione prætoria fideicommissarij, ad quem spectat initio fideicommissorum. Non est igitur quod de fideicommisso captatorio in suprascripta formula tractari possit. Multo minùs verò si ponas conditionem fideicommissi huius illam fuisse, vt vellet testator rogari hæredem Titij, non de hæreditatis parte restituenda sed de re singulari, cùm si hæres Titij, vt tale fideicommissum eluderet, adire hæreditatem nollet, cogi non posset ad adeundum neque ex Senatusconsulto Pegasiano, neque ex imperio Prætoris, cùm fideicommissarius singularis non sit iuris successor, *l. non est cogendum*, §. 1. *D. ad SC. Trebel.* atque ita nihil prodesset testatori quòd Titium captasset, non captato Titij hærede. Dices, eandem rationem habituram locum in legato, quia non magis cogi hæres potest vt adeat hæreditatem ob legatum, quàm ob fideicommissum, quia nec magis successor iuris est legatarius, quàm fideicommissarius. *l. quadam* 9. § *nihil interest. D. de edend.* Et tamen certum est legatum captatorium non valere, sicut nec institutionem, *dict. l. captatoris.* At respondeo, cùm de legato captatorio tractamus, non ita concipiendam esse formulam exempli vt testator dixerit, *Lego Titio fundum Cornelianum, quanta ex parte ille mihi legabit fundum Sempronianum.* Eadem videlicet ratione, quam in fideicommisso vsurpauimus, quod esset in potestate hæredis Titiani facere ne testator hic haberet vnquam fundum Sempronianum. Non quidem eo casu quo adiretur hæreditas per Titij hæredem (tunc enim transiret legatum rectà via à testatore in legatarium nunquam factum hæredis cuius proinde facto nullo esset opus, *l. legatum* 80. *de legat.* 2. in eoque differret legatum à fideicommisso) Sed eo demum casu quo recusaret hæres adire hæreditatem, non enim magis cogi posset ad adeundum propter legatum quàm propter fideicommissum, *d. l. non est cogendum.* Atque ita est in potestate hæredis instituti facere vt legata corruant si ius illud iu vetus inspicias quod obtinuit toto iure Digestorum & Codicis ante *nouell.* 1. *De hered. & falci.* quæ ipsi etiam legatario, recusantibus hæredibus & fideicommissariis adeundæ hæreditatis potestatem fecit. Quomodo igitur concipiemus formulam legati captatorij? Hoc nimirum modo, *Qua ex parte Titius me hæredem instituet, ea ex parte hæreditatem meam aut fundum meum Sempronianum ei do lego.* Vt nimirum non alterius quàm Titij voluntatem exquirendam habeat testator qui legato Titium captauit: Et de hac demum formula legati accipienda est, *d. l. captatoria*, non de illa, cuius conditio collata in secretum voluntatis Titij non aliter possit existere, quàm si ad voluntatem Titij accedat voluntas quoque hæredis ipsius. Replicabis, posse igitur secundùm hanc formulam fideicommissum quoque captatorium fieri hoc modo, *Qua ex parte Titius me hæredem instituet, rogo te mi hæres vt ei partem tantam hæreditatis meæ restituas*, cùm hoc casu non sit habitura locum ea ratio quam in superioribus attulimus ex incertitudine personæ hæredis, Titij qui non alius saltem ex parte futurus sit, quàm captator ipse. Respondeo ineptam fore hanc formulam captationis, Quis enim captari se tam iniqua conditione pateretur, vt hæreditatem suam verbis directis & iure institutionis daret, si, à quo vicissim nihil nisi fideicommissum sperare posset accipiendum necessariò per manus hæredia recusaturi fortasse aditionem hæreditatis, aut fideicommissi restitutionem per longiores moras & tergiuersationes dilaturi? Sicut enim qui captat id agit quantùm potest, vt lucrum quod sperat, sibi certum faciat, ita curare debet ad promerendam eius qui captatur voluntatem, vt non maius beneficium ab eo sperare videatur, quàm quod in eum conferre velit. Minus autem confert qui dat fideicommissum pro institutione. An non & ille, inquies, qui pro institutione dat legatum? Nam nec legata tam pleno honore conferuntur, quàm hæreditates quæ per institutionem relinquuntur. *l. filium* 5. §. *sed etsi portio D. de legat. præst.* Minimè verò, inquam. Non enim de honore sollicitus est sed de potiùs & commodo, quisquis & captat, & captari se patitur. Legatum autem non minùs lucri affert & commodi quàm institutio, imò plus interdum, quia non potest legatum non esse lucrosum, hæreditas autem damnosa esse potest. *l. si hæreditatem* 31. *D. mandat. lib.* 4. *D. ad SC. Trebell.* Potest igitur legatum esse captatorium, sed fideicommissum non potest.

ERROR IV.

De testamento coniugum simul testantium.

Accidit aliquando, vt coniuges præsertim qui liberos communes habent, simul testentur, & quidem ita vt bona omnia paterna in solidum ad quosdam ex liberis pertineant, ad alios verò materna. Quo casu si, quod euenit sæpenumero, alteto ex coniugibus in ea voluntate defuncto superstes alter mutet testamentum, & alios hæredes scribat, dubitatio est non inelegans vtrius testamenti potior causa esse debeat, an prioris quod ab vtroque coniuge simul factum fuit, an posterioris per quod te ampliùs non integra reuocatum est prius. Item si reuocatio valeat, quonam iuris remedio succurri possit liberis, qui ex eo facto læsi nihilque aut ex paternis aut ex maternis bonis habere inueniuntur. Proximè autem accedit hic tractatus ad superiorem de voluntate captatoria, quasi etiam captatoria videantur huiusmodi testamenta, per quæ scilicet fit vt contemplatione institutionis per vnum ex coniugibus factæ, alter coniugum eos instituit hæredes, quos alioqui verisimiliter instituturus non esset. Sed tamen si propius inspicias, apparet satis ex præcedentibus nihil esse in hoc testamentorum genere, quod de captatoria voluntate tractari possit, cùm neutrius institutionis conditio in secretum alienæ voluntatis conferatur, adeòque nec in futurum tempus, sed in præsens, vtroque scilicet coniuge simul testante ac voluntatem suam declarante, & laudabili, vt videtur, consilio id testandi genus eligente per quod communibus liberis meliùs consulatur, facta inter eos commodiore bonorum paternorum & maternorum diuisione, quàm fieri posset si de bonis suis separatim quisque ex coniugibus inter omnes liberos suos testandum haberet. Quamquam nec desunt qui alia mente ita testari malint, vt nimirum testamentum firmius fiat, neque ab eo qui superetit ex coniugibus reuocari possit, tanquam factum intuitu & contemplatione institutionis factæ ab alio coniuge qui prædecessit,

prædecessit, quique testamentum suum mutare ampliùs non potest. Ea siquidem omnium actuum correspectiuorum & correlatiuorum natura & conditio est, vt siue confirmato, siue destructo vno, confirmari quoque & destrui necesse sit alterum. Sic enim isti ratiocinantur, vt quia morte coniugis prædefuncti omnimodo confirmatum est eius testamentum, ita vt reuocari ampliùs non possit, pariter dici oporteat eodem instanti confirmatum etiam esse testamentum superstitis, quod alioqui sine manifesta prædefuncti iniuria reuocari amplius non possit. Quæ tamen ratio si bonam habet consecutionem, vereor ne consequentis falsitatem probet potiùs quàm veritatem. Nam si hoc testamenti genus pro eo habeas quod ab altero tantum ex coniugibus reuocari non possit, quódque per mortem eius qui prior decedit omnino confirmari necesse sit etiam quod ad bona superstitis, fatendum necessariò erit hoc ipso futurum vt superstiti coniugi non supersit libera testandi facultas, quam præripere sibi potuerit ille testando cum coniuge prædefuncto. Atqui certum est nulla penitus pactione, nullóque remedio posse fieri vt sibi quisquam præripiat testandi facultatem, aut eius facultatis libertatem constringat, quoniam id contra leges foret, adeóque contra bonos mores. *l. pactum quod dotal.* 15. *C. de pact. l. stipulatio hoc modo concepta,* 61. *de verb. oblig. l. ex eo* 4. *C. de inutil. stipul. l. cùm duobus* 52 *§. idem respondit, D. pro socio.* Non igitur verum esse potest, vt præmoriente vno ex coniugibus, qui simul testati fuerint, testamentum vtriusque ita confirmetur solius præmortui facto, vti ne qui superest reuocare suum possit. Et hæc sanè receptior Doctorum sententia & traditio est, superstitem coniugem ius habere reuocandi quandocunque sui testamenti. Neque de hoc dubitat Petrus Peckius in suo illo *tract. de testamentis coniugum lib.* 1. *cap.* 18. Non magis quàm vt possint ambo coniuges simul & in eadem charta testari. In quo etiam omnes conueniunt post Baldum *in l. cùm antiquitas C. de testam. ex l. eo quod* 9. *C. si cert. pet.* Quod vtrumque affirmat & defendit Roder. Suarez *in repet. l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. testam.* in declaratione Legis Regni *Limit.* 5. *incip. Quintò superiori limitationi, num.* 12. *vers. Ego non dubitaui* ex Oldrad. *cons.* 174. Itémque *num.* 14. vbi addit, ad euitandum hoc periculum reuocationis quam superstes coniux facere potest optimum esse remedium, & vt ipse loquitur optimam cautelam, quòd vir solus testetur, ita tamen vt disponat de bonis quoque vxoris quæ huiusmodi dispositioni expressim consentiat. Quia tunc, inquit, testamentum viri prædefuncti confirmaretur solius viri morte, quantum etiam ad bona vxoris. Nec quicquam prodesset vxori, quòd postea mutaret voluntatem, cùm semel consensisset marito vt de bonis quoque vxoris non minùs quàm de suis disponeret in testamento, perinde ac si dispositioni in contractu factæ consensisset: quasi inter hæc nihil penitus interesset, *ex l. sicut* 8 *§. venditionis D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit, l. cùm alienam* 10. *vbi Bart. Bald. & Salic. C. de leg.* Quamquam sunt etiam qui aliam cautelam proferant ad impediendum ne testamenti reuocatio per superstitem coniugem fieri possit, nempe vt vterque coniugum inducatur ad donanda quædam bona liberis communibus in eum casum quo contingat testamentum reuocari, ipsis tamen liberis stipulantibus, vel notario, aliáve persona publica pro eis. Nam cùm ita fiat vt retineat sibi quisque ex testatoribus bona cætera de quibus testari possit, apparet nihil obstare quominùs subsistat donatio. Quomodo ratiocinatur Peckius *d. cap.* 18. *num.* 2. *post Bald. in l. sancimus. C. de testam.* Albert. *in rubr. C. de donat.* Dec. *cons.* 293. & Ioan. Dilect. *in tract. De arte testandi tit.* 10. *de mutat. testam. cautel.* 1. *num* 5. Atque hoc posterius remedium sanè potentius & efficacius est quàm superius. Impedit enim ne testamentum reuocari possit non modò à superstite coniuge, sed nec à præmoriente, quin hoc ipso confirmetur donatio certorum bonorum facta in hunc casum qui per testamenti reuocationem euenit, siue prior siue posterior decedat is qui reuocat testamentum. Ipsam tamen reuocationem non tam impedit præcisè ne fiat, quàm causatiuè, vt nostri loquuntur, ne pœnam reuocationis incurrat, quã haud dubiè ipsam incurreret, si non hoc metu prohiberetur, ne reuocaret. Et hac parte minus plenum est hoc remedium, quàm illud. Cæterùm nemo dubitat, quin prædefuncti coniugis testamentum valeat, si superstes coniux non reuocauerit suum, qui casus sanè minorem dubitationem habet. Sed etsi reuocauerit, siue viuo alio coniuge, siue iam defuncto, plerique putant idem esse, quasi nunquam sit præsumenda mutatio voluntatis, ne quidem in eo qui mutare debuit, nisi probetur. Mihi verò alia est sempérque fuit sententia. Huiusmodi scilicet testamenta nullomodo, nullóque tempore valere, id est, non modò si alterutrum testamentum reuocatum sit, præserrim mortuo iam altero coniuge qui suum mutare ampliùs non possit, sed nec si vterque in eadem voluntate decesserit. Reuocato siquidem alterutrius testamento (quod vtique negari non potest quin sit omnino reuocabile ex natura vltimæ cuiuslibet voluntatis, *l. si quis in principio* 22. *de leg.* 3. *l.* 4. *de adim. legat. l. cùm hic status* 32. *§. pœnitentiam. D. de donat. int. vir. & vxor.*) alterum quoque testamentum ideò reuocari necesse est quòd dubitari non possit, quin duo illa testamenta sint correspectiua & vnumquodque ipsorum factum contemplatione alterius. Maximè verò in ea specie quam tractamus, cùm vterque coniugum ita testatus est, vt si solus testamentum sibi ordinasset, longè aliter haud dubiè fuerit testaturus: quod euenit quoties liberi communes hæredes ita instituuntur, vt alij habeant vniuersa bona paterna, ex maternis verò nihil: Alij contra, totum maternum patrimonium, nihil autem penitus ex paterno. Quis enim credat ita fuisse testaturum parentem qui sine coniuge test. rus fuisset? An non facilè fieri potest vt pater qui simul cum vxore sua sic testatus est, prudens & sciens nihil reliquerit ei ex liberis, quem tamen magis diligebat? Videns satis ei consultum esse per institutionem à matre factam, cuius bona longè maioris sint æstimationis quàm paterna. Et contrà similiter, vt mater nihil ex bonis suis dederit vni liberorum, cui meliorem partem datura fuerat, si non à patre longè opulentiore institutum eum vidisset? Nam & ponendum est liberos omnes ab vtroque parente institutos fuisse, sed tamen sic factam bonorum diuisionem, vt paterna omnia ad vnum ex liberis, materna verò ad alium vniuersa peruenerint. Alioqui ratione alia vtrumque testamentum esset nullum, nempe propter vnius ex liberis præteritionem. Nec minùs maternũ, quàm paternum, postquam placuit Iuliano in *Nouell.* 115. *Vt cum de appell. cognosc. §. aliud quoque capitulum,* vt non magis matri quàm patri liceat in suo testamento filium præterire, adeóque nec exhæredare nisi inserta præteritionis vel exhæredationis causa. Nos autem de iis parentum testamentis tractamus, quæ suas omnes & intrinsecas & extrinsecas habeant solemnitates, ac de quorum validitate non alia de causa dubitari possit, quã quòd simul & correspectiuè facta sint, ita vt alterũ ab altero pẽdere videatur. Quo

casu fieri certè nequit, vt altero mutato non censeatur hoc ipso mutatum alterum, etiamsi mutationis probatio nulla proferatur. Idem namque contingit in omnibus actibus correspectiuis quorum posito vel destructo vno alterum quoque poni vel destrui necesse est. *l. cum te 6. C. de pact. int. empt. & vendit. l. 1. C. de cupress. lib. 11.* Atque hoc demùm casu locum habere videtur quod Alexander scripsit ad *l. cùm donationis 34. Cod. de transact.* in vnaquaque harum dispositionũ subintelligi solet, *l. quod Seruius 8. D. de condict. ob caus. l. cùm quis 38. in prin. l. si cùm Cornelius 82. D. de solut.* Etsi non ignoro eam Alexandri sententiam ab Alciato reprehensam ad *l. licet 19. C. de pact. & ad d. l. cùm donationis 34. C. de transact.* Quasi difficiliùs clausula illa subintelligi possit in testamentis, quàm in contractibus, præsertim ad subuertendum testamentum, sed malè. Nihil enim hac parte possunt testamenta distare à contractibus quoties tractatur de actibus correspectiuis.

ERROR VIII.

De testamento coniugum per superstitem post alterius mortem reuocato.

QVamquam autem alterutrum testamentorũ reuocatum esse sufficit, vt alterius quoque ratio haberi nulla possit, tum maximè tamen id obtinet, cùm reuocatio facta est à superstite post mortem prædefuncti. Nec enim res eo casu integra est, cum is qui præmortuus est, non perinde testamentum suum mutare possit, quomodo posset sanè si adhuc viueret. Nec imputari potest ei qui decessit ante reuocationem facti ab alio coniuge testamenti, cur non prior ipse testamentum suum mutauerit, quod imputari planè posset ei, qui reuocationi superstes nihilominus suum non mutasset. Nimirum si reuocationem ab alio factam sciuisset: Alioqui non deberet ei nocere veritas facti alieni, quod ipse probabiliter ignorasset. Sed tamen tùm quoque cum reuocatio facta est ab altero coniugum, viuo adhuc coniuge siue sciente siue ignorante reuocationem, idem iuris esse arbitror, vt alterius quoque coniugis testamentum videri debeat reuocatum, tametsi nulla voluntatis mutatio expressa proponatur. Quasi credendus sit is qui testamentum suum non mutauit sic fecisse, non tam vt in eadem voluntate decederet, quam quòd sciret, aut saltem crederet testamentum suum pro mutato habendum esse hoc ipso, quod alterum mutatum fuit. Habet enim res hæc naturalem intellectum, vt qui non erat ita testaturus si vel contestatorem nullum habuisset, vel diuersam contestatoris sui voluntatem præuidisset, nunquam credi debeat in ea voluntate perstitisse si alius testator in sua non perstiterit. Neque vt puto facilè reperietur, qui cum Alciato hoc neget quod nos cum Alexandro defendimus. At ne Alexander quidem ipse fateretur vnquam id quod pro vero suprà posuimus, talia testamenta nullius esse momenti ab initio, etiamsi vterque ex contestantibus in eadem decesserit voluntate. Tota enim Alexandri ratio in eo posita est, quod putat, & bene subintelligendam in huiusmodi testamentis clausulam *rebus sic stantibus*, quæ effectum suum habere incipit, statim atque ex alterutra parte status rei mutatus per subsecutam reuocationem testamenti. Proinde si ponas neutra ea parte immutatum quicquam fuisse, fatentem habebis Alexandrum, nihil causæ esse cur non vtriusque coniugis voluntas tanquam iusta & legitima sit seruanda. Me verò in contrarium fortissima illa iuris ratio mouet, quòd testamentorum omnium natura illa & conditio sit, quinimò vltimarum omnium voluntatum, vt supremam cuiusque hominis voluntatem necesse sit omnimodo & irreuocabiliter confirmari aut eo instanti quo is moritur cuius voluntas est, aut nunquam: Nec in suspenso manere post mortem vltima voluntas potest, præsertim verò testamentum, scilicet quatenus ad confirmationem, & ad hoc vt ea voluntas exitum habere quandoque possit & debeat. Nam quòd ad effectum voluntatis, nihil vetat etiam post mortem induci suspensionem ex adiectione diei vel conditionis, siue tacitæ siue expressæ. Atque huius propositionis qua mouemur, & de qua nemo dubitat, ratio illa est, quòd sicuti quandiu quis viuit voluntatem mutare potest, ideòque confirmari nequit vltima eius voluntas quæ an vltima futura sit nesciatur: Ita ex quo instanti decessit, certum esse incipiat non posse illum amplius mutare voluntatem, vt proinde nec quicquam impediat, quominùs eo ipso instanti confirmetur vltima voluntas quæcumque tandem ea sit, si modò talis, quæ possit aliquando & debeat confirmari. Est enim legis potestas hoc casu necessaria vt confirmentur non solùm testamenta, & aliæ quælibet vltimæ voluntates, sed ipsæ etiam hæreditates nec minùs legitimæ quàm testamentariæ, *l. lege obuenire, 130. ff. de verborum significat.* Inde est quòd testamenta captiuorum apud hostes defunctorum facta in ciuitate ante captiuitatem, quia confirmari non poterant per legem duodecim tabularum, quæ de solis ciuibus Romanis locuta fuerat, necesse fuit confirmari per legem Corneliam, inducta fictione vt qui apud hostes decessissent in ciuitate decessisse viderentur, at non ex die captiuitatis, sed ex instanti mortis quo demùm tempore certum esse incipit nec redire ab hostibus captiuum posse, nec proinde voluntatem mutare, *l. lex Cornelia 28. D. de vulgar. & pupillar. substit. l. lege Cornelia 12. qui testament. facer poss. l. filius familias 18. D. ad leg. Falcid.* Denique nemo possit dicere quo instanti confirmabilis sit, vt ita dicam, vltima defuncti hominis voluntas, si non in ipso mortis instanti confirmetur, quia certum est & collatam eam fuisse post mortem, & exinde reuocari ampliùs nunquam posse. Atqui, vt ad disputationem nostram redeamus, cùm vterque coniugum in eadem charta testatus est aliis atque aliis ex communibus liberis separatim scriptis, iam diximus & posse illum qui superstes est, mutare voluntatem reuocato testamento, & ex eiusmodi mutatione ac reuocatione fieri vt prædefuncti coniugis testamentum quod ipse mutare ampliùs non potest perinde tamen mutatum ac reuocatum intelligatur, ac si reuocatum à suo testatore fuisset, propter actuum, vt loquuntur, correspectiuitatem. Ergo fieri nequit vt præmortui solius morte confirmetur ipsius testamentum, nec alio vllo tempore ante secutam superstitis quoque mortem: Cùm eo demùm instanti certum esse incipiat, neutrum testamentum mutari amplius posse. Nec quod ex facto ita euenerit vt coniux vterque in eadem voluntate decesserit, facere potest, vt eo magis confirmatum videri debeat testamentum prædefuncti ex quo instanti decesserit. Non enim ex subsecuto euentu æstimandum est ius testamenti, sed ex eo statu qui reperitur mortis tempore, vt si tum sit adhuc reuocabile quacunque de causa, non magis confirmari per legem possit quàm si testatore adhuc viueret. Id enim facit etiam illa iuris antiqui regula, quæ vult testamentorum iura ipsa per se firma esse non ex alieno arbitrio

arbitrio pendere oportere, *l. illa institutio 32. D. de hered. instit.* Proinde non tam illud inspiciendum est an testator decesserit non reuocato testamento, quàm vtrum post eius quoque mortem reuocari testamentum adhuc possit: quod sanè nullo casu potest contingere si iuris rationem inspicias, contingeret tamen in proposita specie si testamenta duorum coniugum, eo quem diximus modo facta defenderentur. Alius verò tractatus est, si ponas ambos coniuges simul quidem & in eadem charta testatos, sed ita vt alter alterum hæredem instituerit, qui casus est quem Alciatus tractat *in d. l. licet 29. C. de pact.* In quo casu vix vllam dubitationem res habet, quin prædefuncti coniugis testamentum in fauorem superstitis omnimodo confirmetur, tametsi testamentum superstitis hoc ipso infirmetur, facta scilicet quasi caduca institutione per mortem hæredis ab eo qui superstes repetitur, instituti. Quamquam enim mutua institutio fuit, attamen non tam spe mutui lucri facta intelligi debet, quàm ratione mutuæ affectionis, contra quam nihil fit præmortuo altero ex coniugibus, cùm vterque præuidere ab initio potuerit & debuerit, necessario sic euentorum vt alteruter præmoreretur: Vnde est quòd nemo dixerit captatorias esse huiusmodi voluntates, *l. captatorias 70. D. de hered. instit.* Extátque in hanc rem Imperatoris Valentiniani constitutio in Codice Theodosiano, *l. 1. De testam.*

ERROR VI.

Si vnus ex coniugibus simul testatis mutauerit voluntatem altero adhuc viuo sed ignorante.

ILle tantùm casus dubitationem habere potest, Si alteruter coniugum sic testatorum mutauerit volontatem, & alium hæredem instituerit viuo coniuge, & ignorante. Si enim poneres mutatum à superstite testamentum post mortem prædefuncti coniugis, nihil vtique posset ei imputari qui ex necessitate id fecisset, ac ob id solùm quòd eum quem spectauerat hæredem habere non potuisset. *argum. l. vlt. D. de hered. instit.* Rursus si poneres mutatum ab vno ex coniugibus testamentum viuo quidem sed sciente altero coniuge, nulla dici posset facta iniuria coniugi, in cuius potestate fuit, in pœnam & ad exemplum mutatæ ab altero voluntatis, suam quoque mutare voluntatem, & alium sibi hæredem scribere: quod ni fecerit de se potiùs conqueri debet, quod cùm aliud testamentum condere posset, ac deberet, maluerit tamen in priore decedere voluntate: Ex cuius perseuerantia vrgens voluntatis coniectura sumitur, quòd coniugem instituisset antea non tam intuitu & contemplatione mutuæ institutionis ab altero coniuge vicissim factæ, quàm abundantia affectionis, de qua nec imminuta coniugis alterius affectio imminuere quicquam potuerit. Sed cùm & superstite & ignorante altero coniuge, alter testamentum suum reuocauit, hic verò casus est de quo dubitari probabiliter potest. Si enim cum Alexandro sentias in vtriusque coniugis testamento subintelligendam esse clausulam, *Rebus sic stantibus*, consequens erit vt reuocato per solam pœnitentiam alterutro testamento, alterum quoque pro reuocato haberi oporteat, etiam tacente ipso testatore, cui scilicet non possis imputare cur testamentum suum non æquè mutauerit, siquidem quam habuit mutandi eius causam ignorauit. *argument. l. tractabatur 14. D. de testament. milit. l. sicut certi 9.* & *sequent. C. eodem Titius 25. §. 1. D. de liber. & posthum.* At si cum Alciato dicas non esse tam facilè in testamento subintelligendam hanc clausulam, sed potiùs capiendam præsumptionem, quod ex affectione processerit institutio, quàm vt de conditione institutionis ab alio factæ implenda fuerit cogitatum, consequens fiet, vt non eo minùs testamentum eius qui non reuocauit subsistere debeat, quòd alterum sit reuocatum. Ego verò in hac specie cum Alciato sentio, qui in superiore cum Alexandro sentiebam. Ratio namque dissimilitudinis euidens illa est, quòd in eo casu quem priorem tractauimus de testamento à coniugibus simul facto in quo vnus ex liberis communibus à patre solus institutus sit in bonis paternis omnibus, alius verò in bonis maternis solus, apertissimum est, vt iam diximus neutrum ex parentibus ita fuisse testaturum si solus inter suos omnes liberos de bonis omnibus disposuisset. Nec enim quisquam adeò supinus est qui nesciat, aut saltem qui scire non debeat, parentibus liberum non esse ita disponendi arbitrium, sed vnicuique ex liberis partem patrimonij dandam esse, si non æqualem, eam tamen quæ ad legitimam sit satis, nisi iusta aliqua causa sit filij vel exhæredandi vel præteruendi, si testatoris persona talis sit cuius præteritio haberi debeat pro exhæredatione. Alioqui futurum vt testamentum vel iniustum sit & nullius momenti, vel per inofficiosi querelam rescindendum. *l. parentibus 8. C. de inoff. testam.* Quis verò credendus est ita testari voluisse vt subiiceret se periculo iniusti vel irriti futuri testamenti? *arg. l. 3. D. de testament. milit. l. 3. C. de inoff. testament.* Cùm igitur certum sit coniugem qui cum coniuge testatus est institutis ab vtroque parente separatim singulis liberis non ita fuisse testaturum si solus testatus fuisset, necessariò fatendum est irritum fieri debere vnius testamentum, quoties in eam causam deducitur vt solus is testatus fuisse videatur, quod contingit alterius testamento siue reuocato, siue qua alia ratione in irritum deducto. Et vt dicam apertiùs, videtur hoc casu non nisi vnicum esse testamentum, quamuis duarum personarum, duarúmque hæreditatum, Scilicet ob institutos separatim in singulorum parentum bonis singulos liberos, qui omnes in vtriusque parentis hæreditate, si plura separatim facta fuissent testamenta, institui debuissent, quemadmodum solemus dicere de primis & secundis tabulis cùm pater filio impuberi testamentum fecit, *l. patris & filij an. de vulg. & pupill. substit.* Non secus ac si maritus de bonis quoque vxoris suæ testatus esset ea consentiente, aut vxor de bonis mariti consentientis. Hac tantùm differentia, quòd voluntatem mutare non posset ille ex coniugibus qui testanti coniugi suum consensum accommodasset: Mutare autem potest is qui de bonis suis testatus est, tametsi cum coniuge, quia non ideò alienam sed suam mutat voluntatem, quamuis alienæ correspectiuam. At in posteriore casu quem tractauimus, nihil est quod nos cogat dicere Testatorem qui à coniuge hæres scriptus, coniugem vicissim scripsit hæredem aliter fuisse testaturum, si non ad ita testandum spe præmij inuitatus fuisset, cùm potuerit ratio sola affectionis id facere, etiamsi ex altera parte vel nulla, vel non tanta affectio fuisset. Mirum igitur non est clausulam illam, *Rebus sic stantibus*, posteriore hoc casu non subintelligi, quæ priore subintelligêda prorsus esset, Ne alioqui decipiatur is, qui sic testari nec voluit, nec potuit, nec debuit, nisi quia sic quoque testari coniugem videbat. Et ob hoc ipsum nimiũ dicimus non valere

huiusmodi testamenta, in quibus eam clausulam, *rebus sic stantibus*, siue exprimi, siue tacitam subintelligi oporteret, quoniam ita fieri necesse esset vt ex alieno arbitrio penderent, siue viuo, siue mortuo testatore, atque ita eorum confirmatio impediretur ne per legem fieri posset testatore ipso moriente, qui tamen viuus suam voluntatem nunquam reuocasset: quod à regula & ratione iuris penitus abhorrere iam probauimus. Illud planè nouum non est vt plurium mortem expectari aliquando necesse sit, sed hoc ita si de alicuius conditionis quæ pluribus adscripta fuerit implemento agatur, vt in specie, *l. penult. C. de impub. & aliis substit.* non item si de confirmatione testamenti, quod vtique non alterius quàm sui testatoris morte indiget, vt confirmetur. Et verò qui huiusmodi testamenta valere putant, quæ nos nullius momenti esse dicimus, non facilè possunt dicere quid iuris statui debeat in diuidendis prædefuncti bonis, si contingat testamentum à superstite reuocari. Adeò manifestè vident supposita validitate testamenti, nihil tamen posse constitui quod non euidenter vel à testamento, vel ab æquitate abhorreat. Vt ex iis constat quæ scripsimus in Codice Fabriano, *Defin. 2. eod. tit. de impub. & aliis substit.* Nos plura hîc non scribemus.

ERROR VII.

Si marito de vxoris bonis testanti vxor consenserit, aut contrà, & ad l. vlt. C. de pact.

QVod pro certo ac penè indubitabili habent interpretes, Valere coniugum testamenta si non solùm in eadem charta, sed etiam vnico contextu, & vnica bonorum suorum diuisione testati sint inter communes liberos separatim ab vnoquoque parente singulos in singulorum bonis institutos, sicuti nouæ quæstionis materiam iis attulit, An prædefuncti coniugis morte adeò confirmetur testamentum quod pertinet ad ipsius prædefuncti bona, vt per reuocationem a superstite factam nihilomagis reuocatum intelligatur, Ita postea quàm definiuerunt: Ex subsecuta vnius reuocatione non impediri alterius confirmationem, Amplioris deliberationis causam iisdem præbet, an qua ratione fieri possit, vt qui ex coniugibus superstes est testamentum mutare prohibeatur. Vt nimirum iis obuiam erant incommodis, quæ non possunt negare consequi ex tam absurda támque improbabili opinione. Inter cætera verò consilia & remedia quæ proferunt, primum ac præcipuum illud est, vt vnus ex coniugibus testetur inter omnes liberos solus, sed ita vt non de suis tantummodò bonis, verùm etiam de bonis coniugis, eiusmodi testamento expressim consentientis. Sic enim fieri posse putant vt testatoris huius morte confirmetur omnimodo testamentum, nec minùs quod ad bona pertinet alterius coniugis qui testatus non est, sed testanti consensit, quàm quòd ad bona testatoris: Ita vt nihil profuturum sit superstiti coniugi si postmodum pœnitentia ductus muter voluntatem, siue viuo adhuc, siue iam defuncto coniuge qui testatus fuit. Nisi hactenus ne qua ex eiusmodi consensu fraus fiat legitimæ liberorum, quam sicut expressim testando neuter ex parentibus siue tollere siue minuere potest, ita neque alteri testanti consentiendo, ex ea iuris regula quæ vult eum qui alienare non potest, nec alienanti posset consentire, itemque quod vna via fieri directò prohibitum est, non esse permittendum vt per aliam viam indirectò fiat. Sic enim nostros ratiocinari passim videas qui quæstionem hanc tractarunt, præsertim verò Petrum Peckium, Rodericum Suarez, & alios quos retulimus cap. superiore. Nos autem sicut in quæstione illa De testamentis coniugum inter liberos separatim ab vnoquoque institutos testantium, à cæteris interpretibus dissentimus, qui talia testamenta valere negamus, neque tam de illo laborandum esse volumus, qua cautione possit eiusmodi testamentorum reuocatio impediri, quàm quibus auxiliis possit eorum confirmatio induci: Ita & in hac controuersia facere non possumus quin contra eosdem interpretes sentiamus. Hæc enim nostra sententia est, Mulierem quæ marito de ipsius vxoris patrimonio bonisque testanti etiam vltrò ac liberaliter consenserit, non ob id magis prohiberi quominùs voluntatem mutare possit siue viuo, siue præmortuo marito, quàm si cum ipso simul testata proponeretur. Moueor, quòd ea testanti permissio haud dubiè nihil nisi donatio est, cùm sit quædam concessio gratis & liberaliter facta, *l. sicut 8. §. venditionis, D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* quo potissimum loco interpretes nostri abutuntur vt hanc suam sententiam tueantur. Donari aut èvideatur quicquid nullo iure cogente conceditur, *vulg. l. donari 29. D. de don. l. don. 81. de reg. iur.* Porrò non est qui nesciat donationem inter cõiuges si inter viuos facta sit, qualis hæc cẽsenda esset, moribus populi Romani esse improbatam, ob eas rationes quas Iureconsulti congerunt in *l. 1. 2. & 3. D. de don. int. vir. & vxor.* Inter quas prima & præcipua illa est, Ne coniuges se ob mutuum amorem spoliarent, donationibus non temperantes, sed profusa facilitate patrimonium suum exhaurientes. Quæ ratio si quo vnquam casu locum habere potest, habet sanè tum maximè, cùm moribundus maritus suprema sua ordinans lugentem rogat vxorem vt eum patiatur de bonis ipsius vxoris testari. Quid non enim tunc temporis mulier quam amore non minus quàm luctu confectam ponimus, concessura sit marito vltimas, fortassis etiamcum lachrymis, præces fundenti, pro quo vitam quoque ipsam libenter cum patrimonio profunderet, ne conqueri maritus posset deceptum se & bonore bene transacti matrimonij, & fide communium liberorum vt meliùs de vxore præsumeret, quomodo loquitur Papinianus in *l. vnum ex familia 67. §. vlt. de legat. 2.* Tantò minus ergo ferendum est, vt testanti marito donare vxor inter viuos possit, quod ei alio tempore donare prohiberetur. Nam etiam ex oratione D. Seueri donationes huiusmodi sola donantis morte confirmari possint, nec id tamen aliter quàm si donans & in eadem voluntate & prior decesserit, *l. cùm hic status 32. eod. tit.* Apparet in ea specie quam tractamus, ne quidem confirmationi huic locum esse posse: Siquidem ponimus testatorem, eundémque donatarium præcedere, ac præterea vxorem quæ marito testanti consenserit donandi animo, in eadem voluntate perstare nolle. Quonam igitur iure poterit valere citra confirmationem ea donatio, quæ nec earum ex numero sit, quæ confirmari aliquando possint? Imò quæ in eum expressè casum facta sit, quo nullus de confirmatione tractandi locus supersit. Sed & me illud valde mouet, quòd cum casum tractamus,

quo

quo maritus de vxoris suæ bonis in testamento disposuerit, ac proinde quo saluam ipse habeat mutandæ voluntatis facultatem. Quidni ergo habeat etiam illa quæ testanti marito consenserit? Nec enim verendum est ne ideò decipiatur mariti, qui si vxoris consensum testamenti tempore non habuisset, aliter vtique fuerat testaturus. Si quidem ponimus, quod huius incommodi euitandi gratia necessariò ponendum est, vxorem cùm voluntatem mutauit, denunciasse marito eam mutationem, vt ipse quoque mutandi testamenti consilium sumeret, si id mallet, alioqui sanè deciperetur maritus, si eo inconsulto & ignorante liberum esset vxori mutare voluntatem. Cæterùm nulla ratio est vt fortiùs adstringatur mulier quæ testanti marito consensit, quàm maritus qui ipse testatus fuit, & cui tamen mutandæ voluntatis arbitrium idcirco non aufertur. Nempe quia nullum ius cuiquam ex testamento queri potest, ante mortem testatoris, quo demum tempore vt in præcedentibus disputauimus, testamentum confirmatur: In eóque sicuti testamentum differt maximè à contractu, ita & consensus qui à tertio præstitus sit in testamento alterius, à consensu quem tertius præstiterit in contractu. Cùm enim ex contractu valido ius statim quæratur, adeò vt etiam ex contractu conditionali spes in hæredem transmittatur, longè difficilius est vt consensus in alieno contractu præstitus ex pœnitentia reuocetur, post ius contrahentibus iam quæsitum, quàm vt reuocetur consensus in testamento præstitus, & eo tempore quo nullum ius ex eo consensu acquisitum dici possit. Et tamen constat, si duo de bonis & hæreditate tertij contraxerint, quod non aliter fieri permissum est, quàm si tertius ille expressim consentiat, non prohiberi tertium quominus mutet voluntatem, cuius perseuerantiam requirit constitutio Iustiniani, vt contractus inter alios initus subsistat, *l. vlt. C. de pact.* Multò igitur magis concedendum est ei, qui tibi de bonis suis testari permiserit, vt ab ea voluntate recedat, si pœniteat permisisse: Ne aliter posito iure, fiat, vt deterior conditio sit eius qui testamento, quàm qui contractui alieno consenserit, de bonis suis facto. Non enim qui sic consentit, hoc agit vt se obliget ne liceat pœnitere, sed hoc tantùm vt supposita perseuerantia voluntatis, validet alterius testamentum, vel contractum, cuius vires alioqui nullæ essent. Nisi fortè distinguere volumus inter eum qui testetur aut contrahat de bonis alterius, & eum, qui testetur aut contrahat de hæreditate: Quasi consensus ab eo præstitus de cuius hæreditate alius siue testari siue contrahere voluerit, tantò faciliùs reuocari possit, quantò videtur odiosius & ab omni rationis sensu alienius, vt de aliena hæreditate quis testari & contrahere velit, quàm vt de alienis bonis: Quandoquidem hæreditas tale quid est, quod nec in rerum natura esse intelligitur, quandiu viuit is de cuius hæreditate tractatur, cùm viuentis neque hæreditas vlla sit neque hæres *l. 1. D de hered. vel act. vendit. l. 1. D pro hared.* Et rursus, Festinat contra ius gentium ille qui de aliena hæreditate solicitus est *d. l. donari 29. alias l. quidam § vlt. D. de donat. l. 2 § vlt D. de his qua vt indign.* non etiam is qui testatur vel contrahit de bonis alterius consentientis, *l. 1. & 2. & pass. C. si alien. res pign. dat. sit.* Sed distinctio hæc probabilis non est, non ob id solùm quòd ratio quam Iustinianus affert generalis est & generalibus illis verbis concepta. *Quare enim quodam viuente & ignorante quidam paciscentes de eius rebus conuenerunt?* Itémque illis positis in fine, *d. l. vlt. Cùm in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri vel pacisci secta temporum nostrorum non patiatur.* Sed etiam quia in specie quam tractamus, ponimus maritum ita fuisse testatum de bonis vxoris consentientis, vt tamen noluerit eam voluntatem suum effectum habere quandiù viueret vxor, sed ea demum quandocumque mortua: vt id ipsum hoc remedio assequatur maritus, quod assequeretur si cum vxore simul testari sic posset ne qua vxori ratio mutandi testamenti superesset. Nam neque credibile est, facilè consensuram mulierem marito, si consensum ipsius exigat maritus vt statim se defuncto bona vxoris ad eos perueniant in quorum fauorem ille disposuerit. Cùm ita fieret, vt quæ maritum misera amisisset, hoc ipso nō tantùm mariti, sed etiam patrimonij sui iacturam viua incurrisse reperiretur, in easque redacta esse angustias vt verendum haberet, ne fame citiùs quàm fato periret. Quid porrò interest an maritus testetur vel contrahat de bonis vxoris in id tempus quo erit vxor mortua, an verò de vxoris hæreditate? Igitur quod à Iustiniano constitutum est in *d. l. vlt.* vt persona quæ pactis inter alios de sua hæreditate initis consensit, non ideò mutare voluntatem prohibeatur, quidni ad eam quoque vxorem porrigetur, quæ marito consenserit vt de ipsius vxoris bonis testaretur, in id tempus quo defuncta esset vxor, bonáque iam conuersa in hæreditatem? Nec enim alia hac parte inter testamentum & contractum differentia est, nisi quòd testamentum vnius personæ est. Contractus verò plurium: Et quod testamentum facilius admittit reuocationem, quàm contractus. Quæ ratio vtraque facit, vt multò magis permittendum sit vxori quæ marito testanti consensit, reuocare consensum illum, quàm si eidem de vxoris hæreditate contrahenti consensisset. Denique absurdum est irreuocabilem esse consensum qui adhibitus sit in actu reuocabili, maioremque vim esse testamenti ad obligandum eum qui testatori consentiat, quàm ad obligandum testatorem ipsum, ne voluntatem mutare possit. Proinde saltem quandiu testator viuit, fatendum est liberum esse reuocandi arbitrium ei, qui testatori consensit. Nam & si quis tentet, eum qui testanti tibi consentit vt mihi rem suam leges, hoc ipso videri rem illam donare mihi, & quidem causa mortis sed tuæ non suæ, is fortasse non valde errauerit. Si quidem ita etiam posse donationem causa mortis fieri certum est, *l. mortis causa filij 11. l. mortis causa capimus 18. D. de mort. caus. donat. l. 3. Cod. eodem.* Atqui donatio causa mortis quælibet reuocabilis est, quousque perfecta sit per subsecutam mortem, cuius causa facta fuit, *l. qui mortis 30 l. non videtur 32. & pass. D. eod* Potest igitur qui mihi mortis tuæ causa donatum voluit, tamdiu mutare voluntatem quamdiu viuis tu cui de re sua testanti consensit. Planè probaret ea ratio, non superesse consentienti arbitrium liberum mutandæ voluntatis post mortem eius qui testatus esset: Nec enim perfecta mortis causa donatio reuocari magis ex pœnitentia potest, quàm quæ facta est inter viuos: in eóque tantùm differentia est, quòd hæc inter viuos non tantùm fit, sed etiam perficitur: vnde & nomen sumpsit: Illa verò fit quidem ante mortem, sed non perficitur nisi secuta morte. Et tamen suprà diximus liberam esse reuocationem ei qui consensit, etiam post mortem testatoris. nimirum quia non putamus hanc posse dici mortis causa donationem, in qua scilicet neque promissio neque traditio interuenit, quam tamen alterutram interuenire necesse est, vt donatio causa mortis vtiliter facta dici

possit. Secundùm ea quæ pluribus disputauimus in *Error. 3. Decad. 43.* Qui enim consentit tibi rem suam leganti is neque promittit, neque tradit quicquam legatario. Ergo nec mortis causa donare videri potest, neque si ponas adesse illi animum donandi, *l. cùm pater 77. §. Mæuio de legat. 2.* Cæterùm sine donationem, hanc mortis causa esse quis dicat, siue non esse, illud semper verum erit posse vxorem quæ marito consenserit mutare voluntatem, quandiu saltem maritus viuit, etiamsi maritus ipse reluctetur, dummodò resciat maritus eam mutationem voluntatis, vt possit & ipse mutare si velit.

ERROR VIII.

De sententia & ratione §. venditionis l. sicut 8. D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.

QVid, quod etiam post mariti mortem, qui consentientis vxoris fundum legauerit, si legatarius consequi legatum vel nolit vel non possit, redit res ad vxorem, nec ei consensus suus nocet? Ita enim disertè scriptum est *in d. §. venditionis l. sicut 8. D. quib. mod. pig. vel hypoth. soluit.* Cùm tamen si ea voluntas censenda esset iure donationis per vxorem factæ causa mortis mariti, nemo diceret reuocari eam posse post mariti mortem, cuius morte perfecta fuisset & confirmata, vt iam diximus, *ex d. l. non videtur 32. D. de mort. caus. donat.* Quantò magis ergo reuocare potest viuo marito? Quamquam id quod scriptum est *in d. §. venditionis*, potest videri specialem habere rationem, quòd eo loco Marcianus loquatur de creditore, qui rem non suam sed sibi tantùm obligatam permiserat debitori vt alij legaret: qui consensus non nisi remissionem pignoris inducere solet, at non etiam donationem, quæ in remissione pignoris nulla esse intelligitur, *l. 1. §. in fin. eod.* Nec si à coniuge facta sit coniugi, *l. etsi pignus 18 D. quæ in fraud. credit.* Verùm etsi hoc ita est, ratio tamen iuris quæ facit inutilem pignoris remissionem eo casu quo consensus tertij non alium effectum habere potest, quam vt ius suũ pignoris remisisse videatur, eadem sanè faceret inutilem donationem eo casu, quo etiam donatio aliqua ex eiusmodi consensu induceretur. Ac tantò faciliùs, quantò expeditius est vt ius pignoris remissum, quàm vt ius dominij alienatum intelligatur. Nam remitti ius pignoris potest, creditore consentiente siue venditioni, siue legato rei obligatæ, licèt is in cuius fauorem remissio fit, absens sit vel ignorans, quoniam in eo fauetur potissimum debitori, vt liceat ei de sua re perinde disponere, ac si nemini esset obligata. At donatio, quam per huiusmodi consensum vxoris ponimus collatam non in maritum de re vxoris testantem, sed in eum cui maritus rem illam siue institutionis siue legati titulo reliquerit, non alij quam præsenti fieri potest, siue per stipulationem fieri eam velis, siue per traditionem: Maximè si tractes de donatione quæ facta sit causa mortis, *l. inter mortis 38. D. de mort. caus. donat.* Facilius ergo est, vt talis consensus vxoris marito testanti præstitus reuocari quandocunque possit qoamdiu non habuit effectum etiam defuncto testatore, multò magis eodem viuo: cùm non alium effectum habere possit quàm donationis, quæ porrò nulla in absentem collata videri potest. Nec tursum tamersi collata esse vtiliter, p ius tamen valere posset tanquam facta mortis causa mariti, quàm eiusdem mariti morte fuisset perfecta. Sanè apparet non obscurè ex *d. §. venditionis*, cùm tu mihi permittis, vt rem tuam legem, non tam mea quàm legatarij causa id te facere videri, cùm non aliter vim habeat is consensus, quàm si legati vtilitas legatario acquiratur, etiamsi de sola pignoris remissione agatur, quasi non omnimodo pignus remittere creditor velit, sed ita demum si legatarius rem habeat, adeóque retineat irreuocabiliter, *l. voluntate 10. eod.* Alioqui si in testatorem ipsum collata liberalitate videretur, consequens esset vt non aliud inspici oporteret, quàm vtrum testator de ea re disposuisset, non illud etiam corarian legatum illud ad legatarium peruenisset. Satis enim liberalitatem agnouisset testator, qui de re siue aliena, siue obligata testatos esset consentiente siue domino siue creditore *vt in l. si aueia 6. C. de iur. deliber.* nec post eius saltem obitum quicquam aliud quærendum superesset. Quòd ergo maritus quo tempore testabatur consensum vxoris adhibuerit, vt de re vxoris perinde ac de sua testari posset, non debet adimere vxori facultatem mutandæ voluntatis, quandiu maritus viuit, quia tandiu res integra est, cùm interim nullum ius ex eo consensu quæsitum dici possit, neque marito cui nihil donatum vxor voluit, neque communibus liberis, aut aliis quibus maritus rem vxoris relinquerit, quia ius eorum pendet ex confirmatione testamenti, quod porrò non nisi per testatoris mortem confirmatur. Ex quo etiam intelligimus, quàm parum subtiliter faciant, qui huiusmodi consensum inter coniuges præstitum ea ratione improbatum volunt, quòd habeat instar donationis, quæ inter coniuges prohibita est: Nec subtiliùs illi qui vt hanc obiectionem effugiant, contendunt posse coniugem coniugi donare, dummodò ita fiat donatio vt eius commodum ad alium perueniat, cuius persona non sit prohibita capere, saltem eo tempore, quo effectum suum donatio sortitura sit. Nihil enim prorsus est in hac specie, quod de donatione siue expressa, siue tacita inter coniuges facta tractari possit, sed tantùm inter eam personam quæ consentit testanti alteri, & eam cui testamenti emolumentum quantum ad illam rem acquiritur, Quanquam ne hoc quidem respectu donatio esse potest, quæ nec traditionem habet nec promissionem, vt diximus, sed species quædam liberalitatis accessoria ad vltimam alterius voluntatem, & consequenter eiusdem naturæ & conditionis, vt tamdiu saltem reuocabilis sit, quamdiu voluntas illa vltima reuocari potest, & quamdiu rem integram esse non dubitatur.

ERROR IX.

De eo qui rem suam legari permisit ac postea mutauit voluntatem.

PLus putat Bart. *ad l. cùm quis decedens 37. in princip. de legat. 3.* Ex isto consensu etiamsi reuocatus non sit, nihil iuris acquiri tertio, in cuius fauorem alius testatus sit, sed tantùm quæri actionem mandati testatori, qui aliter fuerat testaturus si consensus non interuenisset. Et consequenter hæredi eius, qoi subinde a legatario conuentus eam præstare, & cedere teneatur, *ex l. si duobus 16 §. 1 de leg. 1. iunct. l. quidam cùm filiusfamilias 46. de hered. instit.* Neque dissentit Baldus, *ad l. cùm alienam 10. C. de legat.* Nisi qoòd ne quidem actionem mandati

non

non magis quàm actionem ex testamento concedere videtur testatori, aut eius heredi, ratione illa quod is qui consentit, non tã agat quàm patiatur, ex patientia verò exceptio potiùs quàm actio nasci videatur. Quod & Iason ad eandem legem defendit. Et verò difficile est dicere, vt qui rem suam legari permittit etiamsi expressum consensum adhibeat, quem vtique necessarium esse constat (nec enim sola præsentia & scientia coniuncta cum taciturnitate sufficeret, *l. Caius Seius 39. cum ibi not. D. de pignor. act.*) hoc ipso tamen aliquid mandare intelligatur. Nec proinde vt ex eo consensu aliud ius vllum inducatur, præterquàm exceptionis, & quidem doli, vt eueniret si rem tuã, aut in qua ius aliquod haberes te volente alij vendidissem, *l. apud Celsum 4. §. quæsitum est si cum fundi D. de doli mal. except.* Quamquam non desunt, qui putent dominium rei alienæ, quam quis alij consentiente domino legauerit, acquiri ipso iure ac recta via legatario, non minùs quàm si ea res fuisset legantis. Quemadmodum contingit si quis de re aliena volente ac consentiente domino inter viuos disponat: quo casu certum est eum, qui consentit non solùm obligari vt per actionem conueniri possit perinde ac si ipse contraxisset, *l. eos qui seruo 7. in fin. C. quod cum eo qui in alien. potest.* sed etiam amittere proprietatem, *l. 3. vers. sin autem postea, C. de rei vendic. l. 2. C. de reb. alien. non alienand. l. si seruus 61. §. locaui*, in illis verbis *& ideo colonum quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere. D. de furt.* Videturque hęc sentẽtia placuisse Marciano quis in *d. §. venditionis*, similia ista esse putat vt venditioni vel legato quis consentiat. Sed tamen aliud mihi iudicium est, qui video dominium ex nullo actu transferri posse quin vel traditio interueniat, *l. traditionibus 20. C. de pact.* vel quid aliud, quod sit vice traditionis, vt patientia perceptionis fructuum, vt in *d. §. locaui.* Vel denique potestas legis *l. 1. & 2. D. de publican. in rem act. l. legatum 80. de leg. 2.* Atqui cùm tibi rem meam leganti consensi neque traditio aut quicquam aliud quod sit vice traditionis, vt apparet, interuenit, neque potestas legis vlla, quoniam lex duodecim tabularum quæ sola ius hoc induxit, non de alia re testandi legandique facultatem ciui Romano dedit, quàm de re sua, *l. verbis legis 20. De verb. signific. l. conficiuntur 8. §. si post factum D. de iur. codicill.* Nec adiecit, *aut de re aliena domino consentiente.* Nihil igitur domini consensus in hanc rem prodesse potest, ne alioqui fatendum sit priuatorum voluntatem & cautionẽ legis authoritate censeri, quod Papinianus noster negat in *l. vlt. D. de suis & legit.* At in contractu venditionis & aliis huiusmodi negotiis quæ inter viuos contrahuntur, nihil tale tractari potest. Cùm enim de dominio ex causa venditionis transferendo agimus, necessariò ponimus interuenire traditionem, cuius potestate fiat ea dominij translatio, quam nimirum ex solo contractu fieri non posse certum est, *d. l. traditionibus §. vendita. Instit. de rer. diuis.* non magis quàm ex traditione ipsa nuda si titulus habilis nullus præcessisset, *l. nunquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin.* Porrò cùm interuenit traditio licèt ab alio facta, quàm à domino, perinde tamen habetur ac si à domino ipso facta esset quoties facta est ex eius consensu & voluntate. Quid enim potest interesse, an quis rem suam ipse tradat, an alteri tradenti consentiat, id est an per se an per alium tradat? Nam & ratio propter quam traditio à domino facta transfert dominium, sola illa est, quòd nihil sit tam naturale quàm voluntatem domini rem suam in alium transire volentis ratam haberi, *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res eod. tit.* Ea vero voluntas perinde interuenit etiamsi traditio ab alio fiat, ac si fieret à domino. Nec repugnat Marcianus in *d. §. venditionis*, quoniam eo loco non de dominij translatione tractat, sed de remissione pignoris quæ faciliùs inducitur & quocunque indicio voluntatis, quemadmodum & solo consensu contrahitur ius hypothecæ *l. contrahitur, 4. D. de pig. l. 4. D. de fid. instrum.* quamuis contractus pignoris quatenus propriè sumitur & differens ab hypotheca, sit ex eorum numero contractuum, qui re perficiuntur, *l. cum & fortis 35. §. 1. D. pig. act.*

ERROR X.

De testatore qui præsente ac consentiente domino legauit rem alienam: Vtrum, & ad quid heres ipsius teneatur.

Maneat ergo firmum, quod in superioribus probandum suscepimus: Etiamsi maritus consentiente vxore de bonis vxoris testatus sit, non eo magis prohiberi vxorem vt suam reuocet voluntatem viuo saltem marito, nec tutum esse hoc remedium in eam rem vt vxor voluntatem mutare impediatur. Si tamen marito iam defuncto ea voluntatis mutatio superuenerit, succurrendum erit ei cui maritus rem vxoris reliquerit hactenus vt iuuetur exceptione doli si possideat, cùm dolo fecerit mulier quæ mariti deceperit, & eiusmodi consensu adegerit eum ad sic testandum, qui haud dubiè si vxor consentire noluisset, aliter fuerat testaturus. Sed si non possideat, ob idque actione indigeat, non exceptione ad rem consequendam, nullum superest auxilium quo ei aduersus mulierem succurri possit. An verò succurrendum ei sit saltem aduersus heredem testatoris vt tantundem de patrimonio defuncti præstet in corporibus bonorum, aut in pecunia ad iustam vsque rei legatæ æstimationem, alia & difficilior quæstio est. Nec enim dubitatur quin valeat legatum rei alienæ quam testator alienam sciuit, quod hic ponimus contigisse, *d. l. cùm alienam 10. C. de legat.* Nam & nostris placet post Bald. Salycet & Iason ad eum locum, æquè valere legatum si testator præsente ac consentiente domino legauerit rem alienam, quam putabat esse suam. In contrarium tamen me mouet, quòd testator, qui rem alienam præsente & consentiente domino legauit, non cogitauit de onerando herede quem è contrario credidit ex eiusmodi legato non iri oneratum propter accedentem domini voluntatem: quod vnum inspiciendum est cùm quæritur an valeat legatum rei alienæ cuiusdominium non sit penes heredem, *l. vnum ex familia 67. §. si rem de legat. 2.* Melius ergo est vt dicamus, ne quidem testatoris heredem hoc casu vllo modo teneri, siue testator alienam rem esse sciuerit, siue suam esse putauerit. Teneretur sanè ad præstandam legatario actionem mandati aduersus eam personam quæ legato consensisset, si qua ex eiusmodi consensu actio mandati nasceretur vt voluit Bartolus. Quidni enim hoc saltem præstare deberet, quod sine ipsius dispendio futurum esset, *arg. l. in creditore 38. in fin. D. de euict.* Nam cùm valeat legatum, siue testator suam rem esse sciuerit, siue ignorauerit, nempe propter accedentem domini consensum, vt diximus, quidni possit ex eo nasci actio ex testamento, saltem ad obtinendam actionis cessionem. Sed cùm verius sit quod defendimus, nullam ex eiusmodi consensu nasci actionem mandati, apparet neque posse teneri heredem ad præstandam actionem quam non habeat, neque proinde vtile legatum esse, ex quo nihil possit exigi.

ANTONII

ANTONII FABRI I.C.

Decas Quinquagesimatertia.

ERROR PRIMVS.

De fideicommisso relicto ei, quem ex pluribus diuersorum graduum personis heres eligerit.

Votiss fideicommissum pluribus ita relinquitur vt dubitari non possit quin omnes sint vocati, siue quod eos testator singulos nominauerit, siue quod nomine aliquo collectiuo vsus sit, quo piures etiam diuersorom graduum personæ comprehendantur, ea plerunque superest quæstio siue iuris siue potius voluntatis. An omnes simul admittendi sint, an ordine successiuo & cum graduum distinctione. In qua quæstione extat celebre responsum Modestini in *l. omnia 32. alias l. cum ita §. in fideicommisso de legat.* 2. In fideicommisso quod familiæ relinquitur, illos ad peritionem eius admitti qui nominati sunt: Aut post omnes eos, extinctos, cæteros admitti qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore quo testator moreretur, & ex istis priores illos, qui primo gradu procreati sint, nisi specialiter, inquit, defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit. Cui non dissimiliter Papin. *in l. pero 69. §. fratre eod. tit.* ait, Si testator petierit ne domus alienaretur, sed vt in familia relinqueretur, nec paritum sit voluntati, siue quod heres domum illam alienauerit, siue quod extero herede instituto decesserit, Omnes quidem fideicommissum petere posse qui in familia fuerunt: sed si non sint omnes eiusdem gradus, ita rem temperari debere vt proximus quisque primo loco videatur inuitatus. Nec abhorret Iustiniani constitutio in *l. vlt. C. de verb. sign.* qua cautum est, vt si quis elogio suo fideicommissum familiæ suæ reliquerit, etiam gener & nurus ad fideicommissum quidem vocentur, sed post mortem filij: vel filiæ, ac proinde gradatim, vt qui proximiores sunt, veniant priores, liberti verò post omnes: Non quòd etiam remotiores familiæ appellatione non contineantur æquè ac proximiores (nomen enim familiæ collectiuum est, vt loquuntur, plurium non minùs graduum, quàm personarum) Sed quia in dubio, si non aliud de testatoria voluntate appareat, credendus sit prudens quilibet testator eum voluntati suæ ordinem præscripsisse, quem successioni intestati lex præscribit: Nec enim aut prudentius aut certius vllum potest esse consilium, quàm legis. Itaque si heres rogatus de fundo familiæ restituendo aliquem eligere veller qui ex familia quidem esset, at ea remotiore aliquo gradu, quem aliud proximior anteuerteret, non valeret electio, nec aliorum ius læderet quos lex interpretatur fuisse priores ad huiusmodi fideicommissum inuitatos: Ne alioqui testatoris voluntas offenderetur, non minùs quàm si varios fideicommissi gradus ille ipse nominatim præscripsisset, vt in specie, *l. heredes mei 57. §. vlt. D ad SC. Trebell.* Quid enim refert an testator ipse, an lex, pro testatore fideicommissi gradus præscripserit? At si testator non familiæ, aut descendentibus, aut liberis aut agnatis vel cognatis (sunt enim ista nomina omnia æquè collectiua) fideicommissum reliquerit, sed ei quem ex pluribus diuersorum graduum personis heres elegerit, dubitatum vidi aliquando inter pragmaticos: An possit heres aliquem eligere ex remotioribus, an vero cogendus sit eligere proximiores. Ponimus enim plures esse personas in eo gradu constitutas, qui sit proximior, inter quas possit cadere electio, ne alioqui locus huic quæstioni fieri, non possit, si nec alius gradus possit eligi, quàm qui est prior, nec alia proinde persona, quam quæ in eo gradu sola & vnica est: quia non potest electio esse, nisi ex pluribus siue gradibus, siue personis. Quamquam autem in hanc rem non obscura est Papiniani sententia in *l. vnum ex familia 67. §. 1. vers itaque de leg. 2.* vbi ait, Si vnum ex familia heres eligere iussus sit, cùm fortè tres essent ex familia eius qui fideicommissum reliquit siue eodem, siue dispari gradu, satis esse si vni reliquerit etiam vlteriori, inquit Accursius & rectè. Subiecta etiam ratione illa, quod postquàm paritum est voluntati, cæteri omnes conditione deficiant. Non desunt tamen, qui putent videri testatorem certo electionis gradus tacitè præscripsisse, vt eos priores eligendos heres habeat, qui sunt proximiores, neque ex remotioribus quemquam possit eligere, quandiu proximiores præsenti possunt, quasi coniectura in fideicommissis capienda ex ordine charitatis & affectionis, cùm personæ ad fideicommissum vocatæ tales sunt in quas possit cadere ordo ille, vt quò quis testatori proximior fuit, eò dilectior esse, & quò dilectior eò prior inuitatus fuisse intelligatur. Solent verò qui sic sentiunt, duo proferre eiusdem Papiniani responsa, quibus hanc suam sententiam non obscurè probari arbitrantur. Vnum est in *d. § vlt. l heredes mei 57. ad Treb.* vbi cum testator ita scripsisse proponeretur: *Peto de te vxor charissima vti cùm morieris restituas hereditatem meam filiis meis, vel vni eorum, vel nepotibus meis, vel cui volueris, vel cognatis meis, si cui voles ex tota cognatione mea.* Respondit Papinianus, inter filios substitutionem fideicommissi factam videri, circa nepotes autem & cæteros cognatos facultatem eligendi datam: Sed ex cæteris cognatis si nepotes superessent, non rectè mulierem electuram: propter gradus fideicommissi præscriptos, Deficiente verò gradu nepotum, ex cognatis quam velit personam eligi posse. Alterum responsum est in *l. Cum pater 77. §. pen. de leg. 2.* in cuius specie testatrix ita scripserat: *A te peto marito si quid liberorum habueris, illis prædia relinquas, vel si non habueris tuis, siue meis propinquis, aut etiam liberis nostris.* Placet Papiniano non esse datam electionem, sed ordinem scripturæ factum substitutioni. At videamus ne vterque locus à proposita quæstione sit omnino alienus. Vtroque enim casu diuersi gradus substitutioni fideicommissariæ facti & præscripti proponebantur, quos immutare pro arbitrio non licet heredi, nec ordinem voluntatis peruertere, qui ea ordine scripturæ deprehenditur: Nos verò eam speciem tractamus in qua nulli

gradus

gradus à testatore præscripti sint, vocatis sub vnico nomine collectiuo pluribus personis, quæ tamen plurium sint graduum: Et quærimus, An aliqua graduum distinctio per legis interpretationem adhibenda sit ad eam scripturam fideicommissi quæ gradus nullos præscripsit, Et an eo prætextu, quòd omnes eo nomine comprehensi æquè dilecti fuerint à testatore, coarctanda sit facultas electionis, ne possit remotiores eligere is cui testator liberam ex omnibus eligendi potestatem dedit. Hoc autem est, quod nos absurdum esse defendimus, nec minùs repugnans verbis quàm voluntati testatoris. Quid enim potest scribi apertiùs, ad dandam hæredi libertatem eligendi quem velit, etiam ex remotioribus, quàm si hæres iussus sit fundum cui ex familia velit, relinquere? An non relinquit vni ex familia qui relinquit remotiori? *d. l. vnum ex familia* §. 1. Atqui si fideicommissum, inquiunt, familiæ simpliciter relictum esset priores admitterentur ij qui essent proximiores: Et quidem ex tacita voluntate testatoris, quasi legis voluntatem subsequentis. Quis ergo ferat ab hærede alium eligi, quàm quem testator ipse proximo loco inuitasse videatur? Sed nihil facilius est quàm videre ista prorsus esse differentia, Fideicommissum familiæ relinquere, Et, fideicommissum ei dare, cui ex familia hæres velit. Priore scilicet casu fideicommissum purum est omnibus iis datum, qui familiæ appellatione continentur, saluo tamen graduum ordine, quem legis interpretatio præscribit manca testatoris voluntate. Nec proinde in hæredis arbitrio est cui det alij, quàm cui testatorem dari probabiliter voluisse lex præsumit. Posteriore verò casu fideicommissum non purum est, sed conditionale, tanquam ei soli relictum quem hæres ex familia eliget, & consequenter qui non aliter fideicommissarius videri potest quàm si eligetur. Id enim est, quod ait Papinianus *in d. §. itaque*, postquam paritum est voluntati cæteros conditione deficere. Vnde etiam proficiscitur, quod ex iis qui eligi potuerunt si quidam decesserint ante factam electionem, nihil ad hęredes suos transmittunt, tametsi nulla post eorum mortem secuta electio proponatur, quia nec cætera legata conditionalia transmittuntur, *l. cùm quidam 14. eod. tit. & d. l. cum pater 77. §. hæreditatem filius*, vbi tractans Papinianus de filio qui hæreditatem paternam cùm moreretur filiis suis vel cui ex iis voluisset restituere fuerat rogatus, atque interea fuerat in insulam deportatus, Ait neque facultatem eligendi pœna peremptam esse, neque fideicommissi conditionem ante filij eiusdemque hæredis mortem existere: viriles autem portiones inter eos fieri qui eo tempore vixerint quo filius moriebatur, quia nec de aliis eligendi potestas fuit. Hinc verò fit vt vno quamuis remotiore ex familia electo, verum sit ei soli datum fuisse à testatore fideicommissum, in cuius scilicet vnius persona extitit conditio fideicommissi, non etiam cæteris qui, vt Papinianus loquitur, conditione defecerunt. Prius siquidem est vt quisquis se ex fideicommisso conditionali vocatum dicit, conditionem extitisse probet, quam vt se fideicommissarium adeoque quoquomodo creditorem possit dicere, *l. is cui 42. D. de oblig. & action.* Qui porro fideicommissarius nec est, nec vnquam fuit, nec in posterum esse poterit, qua fronte controuersiam fideicommissi facere possit ei qui solus ab hærede electus hoc ipso factus sit solus fideicommissarius? Fateor ex pluribus sub nomine collectiuo substitutis præferendos esse proximiores, quia omnes sunt quidem substituti, at ex ordine: Sed nego si ex pluribus sub vno eodemque collectiuo nomine comprehensis eligendi potestas data sit, cogeodum esse hæredem vt proximiores, aut aliquem ex proximioribus eligat, quia nec possunt proximiores dicere se vocatos ad fideicommissum, quin priùs fuerint electi, tantum abest vt prætextu fideicommissi possint prohibere ne quis ex remotioribus eligatur. Estque in hanc rem alius perelegans eiusdem Papiniani nostri locus in *d. l. vnum ex familia §. rogo*, vbi ait data hæredi electione neminem posse fideicommissum petere quandiu præferri alius potest, sed defuncto eo prius quàm eligat, petere omnes posse. *Itaque eueniet*, inquit, *vt quod vni datum est, vnus viuis pluribus petere non possit, sed omnes petant quod non omnibus datum est, & ita demum petere possit vnus si solus moriente eo superfuit.* Quis enim putet permittendum proximioribus, vt impediant electionem remotioris, cum nihil possint ipsi petere quandiu non sunt electi, licèt nec dum alius sit electus? Quantò minus post electum remotiorem? Aut si iam inde ab initio certum est posteriorem & remotiorem præferri non posse, quid prodest datam esse hæredi ex pluribus gradibus eligendi facultatem, qui non possit eligere nisi ex pluribus personis proximioris gradus? Sed & cùm is quem testator iussit fundum restituere cui vellet ex familia, possit etiam indignum præferre, *d. l. cum quidam*, propter verba illa *cui voles*, quæ in meram ipsius voluntatem consistunt, non an fideicommissum debeat, sed cui debeat, *l. vtrum 7. §. 1. D. de rebus dub.* Quantò magis licebit ei præferre remotiorem? Vtrique enim fauorabilior est is cui nihil nisi longinquitas gradus obijci potest, quàm is cui indignitas & ingratitudo.

ERROR II.

De sententia & ratione l. hæredes mei 57. §. vlt. D. ad SC. Trebell.

SEd & probatur hæc nostra sententia ex illo ipso papiniani loco cuius authoritate mouebantur ij qui contra nos sentiebant. Nam in *d. l. hæredes mei §. vlt.* fatetur Papinianus cognatos deficiente gradu nepotum sic vocatos esse per verba illa, *vel cognatis meis, si cui voles ex tota cognatione mea*, Vt tamen possit hæres quam velit ex cognatis personam eligere. Atqui possunt esse plures gradus cognatorum etiam ad succedendum ab intestato, *§. vlt. Inst. de success. cognat. d. vltimi gradus 9. iunct. l. 1. §. hic autem D. vnd. cognat.* Sensit ergo Papinianus posse ex supradictis verbis quemlibet gradum cognatorum eligi, tanquam nullis quod ad cognatos attinet, præscriptis gradibus fideicommissi: Nec enim quantum ad cognatos dubitabatur apud Papinianum an deficiente gradu pronepotum possent eligi cognati vt aliis non cognatis præferrentur, cùm de solis cognatis post nepotes locutus esset testator, sed an inter ipsos quoque cognatos aliquis ordo electionis seruandus esset, vt quosdam ex iis priores, alios verò posteriores eligi oporteret. Quod ipsum nihil aliud est, quàm id de quo nunc quærimus: An qui iussus est vnum eligere ex pluribus sub vno nomine collectiuo comprehensis, Collectiuo inquam plurium non modò personarum, sed etiam graduum, possit remotiores eligere proximioribus neglectis. Eadem igitur fuit Papiniani sententia, quæ nostra, Nulla graduum distinctione obligari eum cui testator liberam electionem dedit, si non testator ipse aut fideicommissi aut saltem electionis varios gradus præscripserit. Hoc enim addeodum est, vt duos casus excludamus,

excludamus, in quibus supradicta Papiniani sententia locum habere non potest. Quorum primus ille est quem Papinianus expressit, cum testator præscripsit gradus fideicommissi, vt in specie illa quæ in eo §. tractatur, in qua substituti primo loco erant liberi, Secundo vnus ille ex libertis qui solus superesset, Tertio nepotes, Quarto & postremo cognati: Alter est quem Papinianus quasi à proposita specie alienum prætermisit, sed qui tamen ad explicandam iuris rationem prætermittendus non est, si plures gradus non fideicommissi, sed electionis testator præscripserit. Cuius exceptionis exemplum accommodatissimum esse potest si ponas ita locutum testatorem, *A te peto, vxor charissima, vt hæreditatem meam restituas cui ex filiis, vel cui ex nepotibus, vel cui ex cognatis meis volueris.* Nam in hac specie plures sunt gradus, non equidem fideicommissi sed electionis: Non fideicommissi, quia vnicum fideicommissum ei soli relictum, qui solus electus fuerit. Plures autem gradus fideicommissi esse nullomodo possunt, vbi non nisi vnum fideicommissum est, *l. Titia S.on 87. §. Seia libertis de legat. 2. cùm in testamento 37. D. de hæred. instit.* Sed electionis tamen plures gradus sunt, quia sic concepta sunt verba fideicommissi vt facilè appareat testatorem ea fuisse voluntate vt ex cognatis nemo eligeretur quandiu aliquis ex nepotibus superesset: Multò minùs verò quisquam ex nepotibus quandiu filiorum aliquis eligi posset. Etsi enim vnica clausula esse videtur, quæ filios, nepotes, & cognatos alternatiuè coniungit vnico etiam verbo addito ad totam orationem determinandam, siue consideremus verbum *restituas*, siue verbum *volueris*, Re tamen & inspecto sensu testatoris tot sunt gradus electionis, quot sunt perfectæ orationis clausulæ quæ dant electionem. Hic porrò tres sunt clausulæ, & quidem perfectæ, quibus datur electio, perinde ac si pluribus verbis scriptum esset: *Restituas cui ex filiis meis volueris, vel restituas cui ex nepotibus meis volueris, vel restituas cui ex cognatis meis volueris.* Quid enim referr an duo illa verba *restituas, volueris* sæpius expressim repetita sint, an sæpius partim expressa, partim tacitè subintellecta? Nam & cùm testator ita scripsit *Titio fundum Cornelianum, Sempronio Libonianum lego*, vtique nemo dixerit Titium & Sempronium verbis coniunctos fuisse, & vna eadémque oratione vocatos, ob id solùm quòd in supradicta formula vnicum sit verbum *lego*, quandoquidem non aliter benè construi hæc clausula potest, quàm si verbum illud repetatur, ac si scriptum esset, *Titio fundum Cornelianum lego, Sempronio Libonianum lego*: quo casu dubitari non posset, quin & re & verbis disiuncti essent Titius & Sempronius. Sunt ergo & in suprascripta specie plures gradus electionis Cuius sententiæ vis ea est, vt quandiu ex primo gradu persona aliqua superest quæ possit, eligi, nemo sit ex sequenti gradu eligendus, propter gradus electionis præscriptos: Quemadmodum pluribus fideicommissi gradus præscriptis nemo ex sequentibus gradibus fideicommissum petere posset quandiu aliquis ex primo gradu admitti speraretur. An igitur fatendum erit plures electionis gradus esse quoties plurium graduum electio data probabitur? Minimè verò. Sed verba quibus electio data fuerit diligenter consideranda erunt, & distinguenda. Nam si sic concepta sint, vt non possint plures videri clausulæ, quibus data electio est, sed vna tantùm, non est admittendum vt plures electionis gradus præscripti videantur, Puta si testator ita scripserit, *Restituas cui ex filiis, aut nepotibus, qui ex cognatis meis voles.* Hic enim etsi trium graduum personæ demonstratæ sunt, & quidem ex iis in quas cadit ordo affectionis & charitatis iuxta eum ipsum modum quem testatoris scriptura præscripsit, quoniam siue amoris siue successionis ordinem attendas prior causa est filiorum quàm nepotum, itemque nepotum quàm cognatorum: Vna tamen duntaxat clausula est, quæ plures electionis gradus continere nullomodo potest. Cur verò vna, si ratio illa non placet, quam nos iam refutauimus, quòd vnum sit verbum *restituas*, vnum verbum *volueris*? Vna, inquam, quia vnicum pronomen relatiuum est *cui*, quod sequentia illa omnia determinat, *ex filiis, aut nepotibus, aut cognatis meis*, Nec necesse est vt sæpius vel exprimatur vel tacitè repetatur ad orationis & clausulæ sensum perficiendum, quandoquidem è contrario si repeteretur faceret plures gradus electionis, quam tamen vnicam licèt per plures personarum eligendarum gradus liberam vagari testator voluit. Refertur autem pronomen illud *cui*, non ad personam eligentem, vt verbum *restituas*, & verbum *voles*, sed ad personam aliquam ex eligendis, aut si mauis, ex eligibilibus: Quæ res facit, vt omnium illarum personarum vnus tantùm gradus à testatore constitutus videatur: Omnibus scilicet personis illis in eandem sermonis & orationis, vnitatem per vnicum illud relatiuum coniunctis. Quod non similiter dici potest cùm testator ita scripsit *cui ex filiis, aut cui ex nepotibus, aut cui ex cognatis meis voles.* Significatur enim his verbis quædam personarum eligendarum distinctio per gradus, quæ in superioris, formulæ verbis obseruari nulla potest. Neque est quod quis dicat articulum illum disiunctiuum *aut* tam sæpè repetitum, sufficere posse ad eam graduum siue fideicommissi, siue electionis inducendam distinctionem. Nam cùm electio nulla dari possit sine disiunctione & alternatione, non potest solus ille articulus disiunctiuus facere vt plures electionis gradus esse intelligantur. Alioqui data electione vnius ex pluribus non modò personis, sed etiam gradibus, & consequens fiet vt dici semper oporteat plures electionis gradus præscriptos esse, & quidem secundum ordinem scripturæ, tametsi ordo ille scripturæ cum ordine charitatis & affectionis non consentiat.

ERROR III.

De sensu articuli disiunctiui positi inter plures gradus fideicommissi ad l. cùm pater 77. §. penult. de legat. 2.

Finge testatorem ita locutum, *Restituas cui ex cognatis, vel ex nepotibus, vel ex filiis meis voles.* Si admittas plures in hac specie gradus electionis præscriptos esse, fatendum erit non rectè hæredem electurum quemquam ex filiis, aut ex nepotibus, quandiu aliquis ex cognatorum gradu eligi possit. Certa namque & perpetua est illa regula: Quoties testator plures siue fideicommissi, siue electionis gradus præscripsit, ordinem scripturæ sequendum esse, & ex eo sumendum esse ordinem voluntatis, *d. l. hæredes mei §. vlt. d. l. cùm pater §. penult. de leg. 2.* Præscribere siquidem etsi plus quàm scribere, tamen scribere est, cùm nihil aliud sit, quàm ex ordine scribere, vt ordo seruetur. Non ergo sola disiunctio posita in fideicommisso per electionem relicto facere potest vt plures siue fideicommissi siue electionis gradus præscripti intelligantur, sed articulus solus pronominis relatiui si post disiunctionem fuerit repetitus, vt in allato iam exemplo Disiunctio enim cuius alioqui proprium est præcedentia separare, ac disting uere

distinguere à sequentibus, cum inter eligendos ponitur non modo non disiungit eos, sed etiam coniungit quantum ad causam electionis, hoc est vt eodem iure censeantur, quatum ad id, vt perinde possint eligi, & omnes æquè primo loco sine vlla graduum distinctione: Alioqui nulla supererit ratio coniungendorum per electionis formulam plurium siue graduum siue personarum, cùm ineptus & inutilis in eam rem sit vsus copulæ &, cuius è contrario proprium est ea omnia inter quæ ponitur coniungere *l. si ita quis 86. D. de hæredit. instit.* Nec enim daretur electio ei, qui & filiis & nepotibus & cognatis restituere iuberetur, *dicta l. cùm pater § penultimo*, vbi quod magis est, affirmat Papinianus non esse datam electionem etiamsi testator per disiunctionem ita locutus esset, *A te peto, si quid liberorum habueris vt illis prædia relinquas, vel si non habueris tuis siue meis propinquis aut etiam liberis nostris*, Nempe quia non sicut facultas eligendi datur commodè per disiunctionem: Ita positis è conuerso dicere datam esse electionem vbicunque pluribus aliquid relictum disiunctim fuit. Potest enim disiunctio esse necessaria, etiam ad multiplicandos gradus fideicommissi, qui per copulam & multiplicari non possent. Vniret namque copula & coniungeret gradus, quos separari oportet, vt multiplicatio inducatur: Nisi forte quis dicat, posse per copulam quoque dari electionem hoc modo, *A te peto vt liberis meis prædia relinquas, & nepotibus, & cognatis meis cui volueris*, Aut ita potiùs, *A te peto vt cui volueris ex liberis & ex nepotibus & ex cognatis meis prædia restituas*. Quo sanè casu dubitari minùs posset, quin eligi posset is quem hæres primo loco vellet ex omnibus istis gradibus liberorum: nepotum & cognatorum, tanquam nullis sine fideicommissi; siue electionis gradibus præscriptis, qui per copulam, vt diximus, præscribi non potuerunt. Sed tamen adhuc dicent iidem illi pragmatici contra quos disputamus, Hoc etiam casu accipiendam esse coniunctionem pro disiunctione, vt nepotes non nisi post liberos, nec rursum cognatis nisi post nepotes vocati intelligantur, ordine vt aiunt, successiuo, propter ordinem, qui in has personas cadit, charitatis & affectionis. Secundum ea quæ in hanc rem nostri notare solent, non modo in fideicommissis, quæ facilius ex coniectura voluntatis hanc interpretationem possent admittere, sed etiam in hæredum institutionibus, *Ad l. Gallus 29. §. quidam rectè de liber. & post.* de quo & nos plura scripsimus in Decadibus præcedentibus. Ego verò faciliùs admitterem vt coniunctiua in disiunctiuam resolueretur, ad inducendam multiplicitatem graduum fideicommissi, cùm pluribus fideicommissum præcisè & absolutè relictum est in quorum personis ordo iste affectionis obseruari possit, quam vt mihi persuaderem fieri vnquam posse, vt in fideicommisso per electionem relicto hæc formularum distinctio adhibenda esset, Nihil enim referre arbitror an testator ita dixerit: *Rogo restituas cui voles ex liberis, & ex nepotibus, & cognatis meis*. An ita, *Cui voles ex liberis aut ex nepotibus, aut ex cognatis meis*. Data enim electio facit necessario vt coniunctionem pro disiunctione accipi oporteat, ne aliquoi dicendum sit quod nemo hucusque, dixit, non aliter satisfactum iri hoc casu voluntati testatoris, quàm si plures eligantur qui singuli ex singulis gradibus assumatur: Vnus scilicet ex gradu liberorum, Vnus ex gradu nepotum, Aliud denique ex gradu cognatorum. Hoc enim vis & potestas coniunctionis postularet, si non in disiunctionem conuerteretur. Melius ergo est vt dicamus vtriusque formulæ hunc sensum esse, vt perinde habendum sit acsi testator scripsisset. *Elige quem voles siue ex liberis, siue ex nepotibus, siue ex cognatis meis*. In qua specie, quis non fateatur esse in hæredis potestate vt eligat quem velit etiam ex cognatis, licèt non desint ex liberis aut nepotibus, qui eligi possint? Quàm verò parùm aut nihil intersit vtra ex his distinctionibus, *aut, vel, siue*, testator vsus sit, præterquàm quod naturalem intellectum habet, constat etiam *ex d. l. cùm pater. §. pen.* vbi proponebatur testator his articulis promiscuè vsus, cùm ita scripsisset: *Si quid liberorum habueris, illis prædia relinquas, vel si non habueris tuis, siue meis propinquis, aut etiam liberis nostris*: tametsi in illa specie non de danda electione, sed de ordine substitutionis per scripturam faciendo, vt Papinianus loquitur, testator cogitaret. Quantò magis hæc vocum & formularum diuersitas contemnenda erit, si appareat eam testatoris mentem fuisse, non vt fideicommissi gradus varios præscriberet, sed vt ex pluribus gradibus electionem liberam nullaque graduum distinctione imminutam hæredi daret?

ERROR IV.

Quantum intersit an testator electionem in fideicommisso dederit, an præscripserit gradus fideicommissi, cùm grauatus vult eligere remotiorem.

Denique hoc volo dicere, Quoties apparet testatorem de danda electione cogitasse, nunquam in dubio capiendam illam interpretationem, vt gradus vllus præscribere voluerit siue fideicommissi, siue electionis. Cùm hæc ipsa, *electionem dare, & gradus præscribere*, tanquam contraria opponat Papinianus, *in d. §. penult. & in d. l. hæres §. vlt.* Nec tamen nego fieri posse, vt in præscribendo gradus fideicommissi testator det etiam electionem circa plures singulorum graduum personas, *vt in d. § vlt.* vbi post substitutos per fideicommissum liberos primum, deinde illum ex liberis qui vnus superesset, nulla eligendi facultate circa liberos data. Tertio nepotes, Postremò cognatos, permiserat tamen testator hæredi, vt quē vellet ex nepotibus eligeret, deficiente nimirum gradu liberorum: Itémque ex cognatis quemlibet deficiente gradu nepotum. Verùm id obtinet, cùm electio non ex variis gradibus data est, sed ex variis vnius nominatim gradus personis. Quo casu electionis datio diuersitatem graduum non tollit, sed suo tantùm gradui suam legem præscribit, data hæredi præferendi quem velit ex iis qui in illo gradu constituti sunt, quam facultatem alioqui non haberet. At nos cum casum tractamus, quo non personæ tantùm vnius vel alterius gradus in electione positæ sint, sed ipsi etiam gradus, data hæredi facultate eligendi non ex pluribus personis vnius duntaxat gradus, sed ex omnibus gradibus quem velit, ex natura relatiui non ad singulos pluresve coniunctim gradus restricti, sed ad omnes alternatiuè accommodati. Et sanè si nihil contra testatoris voluntatem facit ille qui vnum ex familia eligere iussus in qua plures erant dispares gradus, eligit vnum ex remotioribus, *d. l. vnum ex familia 67. §. 1. in fin. de leg. 2.* Multò minus contra voluntatem facere credendus ille est, qui ex diuersis gradibus eligere iussus, elegit remotiorem. Siue dixerit testator, *Restituas cui volueris ex liberis aut ex nepotibus, aut ex cognatis meis*. Siue graduum etiam mentione facta ne dubitare quis possit de gradibus eum cogitasse, in hunc modum, *Restituas cui voles siue ex primo, siue ex secundo, siue ex tertio gradu*. Apparet enim vtroque

c.su

casu factam esse à testatore graduum distinctionem non vt eligendi facultatē restringeret, sed vt eam potius augeret: Eò siquidem latior est eligendi potestas, quo plures sunt personę quę possint eligi, Eò autem plures sunt personæ, quo plures sunt gradus earum personarum in quas electionis facultas cad.t. Itaque quod a testatore factum est augendi animo, diminutionem operaretur, si ob id solùm quòd plurium graduum vnica electionis datæ clausula comprehensi sunt, prohibeatur hæres vnum eligere ex remotiore gradu, quandiu ex proximioribus alius admitti potest. Quod autem ad aliud Papiniani responsum pertinet quo iidem pragmatici contra quos disputamus nitebantur, *ex d.l. cùm pater §. penul.* facilis erat responsio, nihil illud ad propositam disputationem pertinere Non enim alia ratione mouetur Papinianus, vt puret ita locuto testatore: *A te peto vt si quid liberorum habueris, illis prædia mea relinquas, Vel si non habueris, tuis siue meis propinquis, aut etiam libertis nostris*: ordinem scripturæ substitutioni factum esse, quàm quòd iis verbis nulla electio data proponeretur. Sic enim scribit, *non esse datam electionem sed ordinem scripturæ substitutioni factum respondi*, Ita innuens non obscurè, aliud se responsurum fuisse, si electionem dare testator voluisset. Ac quamuis illo etiam loco abuti soleant nostri, vt probent Disiunctam positam inter personas inter quas non cadit affectio ordinata, non resolui in coniunctam, sed intelligi ordine successiuo: Non potest tamen dissimulare Paulus Castrensis ad eum locum, sibi hoc non placere. Quia, inquit, inter eos de quibus ibi Papinianus tractat, non cadebat affectio ordinata respectu eiusdem personæ, quoniam vxor affectionem habebat tantùm ad consanguineos suos, non ad consanguineos mariti: Et maritus è conuerso ad suos tantùm, non ad consanguineos vxoris. Nec eò minùs tamen admittit Papinianus, substitutioni ordinem scripturæ factum esse, vt propinqui hæredis tanquàm priùs nominati propinquis testatoris præferantur. Ex quo infert idem Castrensis & rectè ordinem scripturæ præponderare ordini affectionis, quoties testator certos fideicommissi gradus præscripsit. Alioqui præferendi essent in Papiniani specie propinqui vxoris quæ testabatur, propinquis mariti, qui hæres fuerat institutus.

ERROR V.

Si ex pluribus qui eligi potuerunt, nemo electus sit. An omnes fideicommissum petere possint, & quo iure.

NVlla electione facta per eum, cui testator dederat ex pluribus eligendi facultatem, Quæri solet, quis fideicommissum petere possit, An omnes, an nemo. Nam si verum est vt est, quod proximè disputauimus, quoties vnum ex pluribus eligere hæres iussus est condicionale fide commissum esse, quippe non alij relictum quàm qui eligetur ac proinde sub ea demum conditione si eligetur, *l. cùm quidam 24. l. vnum ex familia 67. §. 1. in fin. l. cum pater 77. §. hæreditatem filius de legat. 2.* consequens videtur, vt quemadmodum vno electo cæteri omnes conditione deficiunt *d. §. 1. in fin.* Ita nemine electo deficiant omnes conditione, & consequenter nemo fideicommissum petere possit. Et tamen contrà scriptum est plerisque iuris nostri locis, fideicommissum scilicet petere omnes posse, qui eligi potuerunt. *d. l. cùm quidam d. l. vnum ex familia §. rogo. l. Labeo 21. § vlt. D. de statu lib.* Atque ita vulgo nostri sentiunt, omnibus qui potuerunt eligi datum videri hoc casu fideicommissum, vt disertè scribit. Castrens. *ad d. l. vnum §. itaque & ad d. §. rogo.* An quia videantur omnes tacitè quodammodo electi? Quomodo dicimus, Mortuo patrefamilias intestato videri ab eo tacita quadam voluntate institutos legitimos successores, *l. 3. l. conficiuntur 8. in princip. D. de iur. codicill. l. ab exhæredati 126. de legat. 1.* Minimè verò, nec enim posset expresse sic fieri electio vt omnes simul eligerentur: cùm ipso electionis nomine significetur necessitas præferendi aliquos cæteris. Præferri autem non possunt omnes, nec proinde videri elegisse is, qui omnes simul nominasset, paremque omnium conditionem fecisset. Itaque tametsi fatendum sit, nominatis, vt meliùs loquar quàm si dicerem electis, omnibus iis ex quibus vnum eligere hæres iussus erat, omnes ad fideicommissum admitti debere. Puto tamen non alio iure nec alio modo admitti eos quàm quo admitterentur si nemo electus esset, Cùm nihil penitus intersit an neminem hæres elegerit: an omnes vt nemo electus videatur, Aliudque obseruandum esse dicerem si testator ei fideicommissum reliquisset non quem hæres elegisset, sed quem hæres nominasset. Omnes enim nominari nihil prohibet, quamuis omnes eligi impossibile sit. Quo igitur iure fieri hoc dicemus, vt siue nemo electus sit, siue omnes nominati fuerint ab eo qui vnum ex familia eligere iussus erat, omnes fideicommissum petere qui eligi potuerunt? Respondebit Castrensis, quia his casibus, aut potiùs vno illo casu qui superiores duos continet, quo nulla electio facta sit, fideicommissum omnibus relictum esse videatur. Sic enim ille supradictis locis: Notans, Facta vnius electione conditionem respectu aliorum deficere, & hoc casu fideicommissum esse conditionale, Sed si nemo ab hærede fuerit electus (quomodo apud Castrensem legendum & supplendum est *in d. §. itaque*) videri datum omnibus fideicommissum, & quidem purum nec vlla conditione suspensum. Hoc enim ad Castrensem addi oportet, vt ea inter duos istos casus sit differentia quam ille inducit. Quamquam autem neque vllo iuris loco, neque ratione aliqua Castrensis nititur, vt hanc suam sententiam probet, Videtur tamen posse non malè probari ex eo quod Caius scribit in *l. verum 7 § 1. D. de reb. dub* Cum quidam pluribus hæredibus institutis vnius fideicommisit, vt cum moreretur, vni ex cohæredibus cui ipse vellet: hæreditatem restitueret, vtile esse fideicommissum, Ratione illa, quòd non in arbitrio eius qui rogatus est positum sit, an omnino velit restituere, sed potius cui restituat. Plurimùm namque interest, ait, vtrum testator faciat in potestate illius, quem obligari cogitat si velit dare, An post necessitatem dandi, solùm (sic enim lego non *solius*) distribuendi arbitrium liberum concedat. Quibus verbis videtur Caius innuere, Quoties alicui datur electio præcedere necessitatem dandi, quæ faciat ne dubitari possit quin omnibus fideicommissum relictum esse videatur. Quod si ita est, nihil ergo interesit, An vnum ex familia eligere iussus sit hæres, An verò fideicommissum reddere omnibus qui sunt ex familia, si nullum ex omnibus eligere velit. Vtriusque enim formulæ secundùm Castrensis sententiam idē sensus est, vt grauatus sit hæres fideicommissum æquè ac omnimodò reddere, vel vni, si aliquem elegerit, vel omnibus si neminem, Erit igitur vtroque casu fideicommissum conditionale, sed longè diuersis conditionibus. Prioris siquidem fideicommissi quod vni relictum est, conditio erit affirmatiua, Si vnum illū elegerit, Posterioris verò negatiua. Si neminē elegerit. Hoc verò mihi probabile fieri nullomodo potest.

Nam

Nam cùm proponatur fideicommissum disertis verbis ita relictum, vt hæres vnum ex familia eligere iussus sit, nihil quidem fit aut contra voluntatem si fideicommissum huiusmodi quis dicat vni relictum esse eique incerto, sed ex certis, ac proinde sub conditione si eligetur: In eóque conuenit mihi cum Castrensi & cæteris. Sed dico fieri non solùm præter verba, verùm etiam contra volũtatem testatoris si ex supradictis verbis quis dicat fideicommissum aliquod omnibus relictum esse, quod verbis apertissimis vni relictum fuit. At multo magis si quis addat, fideicommissum hoc quod omnibus relictum nostri volunt, esse condiționale, si nemo eligetur. Verba enim affirmatiua quibus testator vsus est, quomodo negatiuam conditionem includere possunt? Non ignoro fieri facilè posse, vt quod sub conditione aliqua vni datum est, sub contraria conditione ademptum, & contra, quod sub aliqua conditione ademptum est, sub contraria datum intelligatur, *l. aliquando* 107. *de cond. & demon. l. legata inutiliter* 14. *De adi. leg.* Sed vt quod vni sub aliqua conditione datum est, videatur ea deficiente aliis datum esse sub contraria conditione, Id verò ausim dicere nusquam scriptum esse, nec scribi vllo vnquam loco potuisse. Sed etsi fideic. à testatore ita relictum proponeretur, *omnibus qui ex familia sunt nisi vnum ex omnibus eligere hæres malit*: quibus verbis dubitari non posset quin fideic. omnibus datum esset, adhuc tamen dici posset fideicommissum illud esse quasi conditionale, primamque hæredis voluntatem exigere vt non prius ad fideicommissum omnes de familia possent admitti quàm hæres dixisset nulle se quenquam eligere, *l. fideicommissa* 11. §. *sic fideicommissum relictum De legat.* 3. vbi tamen testator sic dixerat, *Nisi hæres meus noluerit* quæ locutio valde diuersa est ab illa quam nos proponimus, *Nisi vnum ex omnibus eligere hæres malit*, quia verbum *malit*, quod suo sensu implicitum continet, verbum *velit*, temporis tractum habet & extensiuum est ad tempus futurum vt Vlpianus noster subiungit, *in § seq. & in l.* 1. §. *si quis adita D. ad SC. Tertyll.* quod non similiter dici potest de verbo *noluerit* cuius potestas prima noluntatis declaratione consumitur. *d. §. sic fideicommissum.* Ergo quando potest hæres vnum ex omnibus eligere, tandiu nemo dixerit omnibus ex familia fideicommissum relictum esse, nec si fideicommissum iis quæ proximè retulimus verbis c[...]ceptum proponatur: Cui consequens fiet vt si [...] ex familia vino hærede decesserint, nihil ad h[...]des suos transmittant, quasi pendente legati c[...]itione defuncti *l. fideicommissa §. hoc autem*, quod non æque dici posset si fideicommissum esset purum, & quasi præsenti die datum, *d. l. cum quidam* 4 *de legat.* 2. Quanto minus igitur dicendum erit cum Paulo Castrensi, datum videri omnibus fideicommissum, quod testator dedit vni ex familia quem hæres eligeret, si nulla sit secuta electio.

ERROR VI.

De sententia & ratione l. vnum ex familia 67. §. rogo de legat. 2.

SEd hæc fortasse magis subtilia quàm vera videbuntur, nisi Papinianum ipsum à nobis stare ostendamus. Id verò apertissimum fiet, prolatis iis ipsis Papiniani verbis in quorum interpretatione à Castrensi dissentimus, quæ extant, *in d. l. vnum ex familia §. rogo*, in cuius specie ita scripserat testator: *Rogo fundum cùm morieris restituas ex libertis cui voles.* Ait Papinianus, quod ad verba attinet ipsius esse electionem, id est non alium ex his verbis posse fideicommissum petere, quam qui electus erit ab hærede, siue verba, siue mentem testatoris inspicias: nec proinde petere quemquam posse quandiu alius præferri potest, id est quandiu hæres viuit, quia toto eo tempore liberam haber mutandæ electionis facultatem: Non ex natura electionis, sed quia non nisi eùm moreretur eligere iussus erat, *d. l. vnum in prin.* Qui enim priùs petere vellet, non solum præmaturè peteret, sed etiam nullo iure, quia se fideicommissarium esse probare nullomodo posset: quòd tamen cuilibet fideicommissum petenti necessariò probandum est. *l. postquam* 5. §. *si dies D. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Et quidem ex verbis testamenti, *l. quidam cùm filium familias* 46. *D. de hæ. inst. l. Lucius* 78. §. 1. *& seq. ad SC. Treb.* Nisi verba quæ desunt suppleri possint iusta interpretatione, vel eorum qui ius facere possunt autoritate suppleantur *d. l. vnum §. si omissa & § ult. de legat.* 2. *l. ex facto.* 17. *in princip. l. qui filium* 74. *ad SC. Trebell. l. verbum volo.* 10. *C. de fideic.* Quid ergo si defunctus sit hæres prius quam aliquem eligeret; *Petent omnes* inquit Papinianus: sed ita tamen vt non repetat quod circa priorem speciem dixerat *quod ad verba attinet.* Neque enim dici potest fieri ex verbis id, quod aduersus verba ipsa fit & verbis non modo non fauentibus, sed etiam repugnantibus. Quod verò magis repugnans, quàm vt fideicommissum quod vni datum est, omnibus datum interpretemur; An non dicimus *Vnum* ad differentiam *omnium*: Et vicissim *omnes* ad differentiam vnius? Et tamen ita esse in proposita specie vt fideicommissum hoc, quod omnes petunt vni soli relictum sit, testatur euidentissimè Papinianus ipse *in d. §. rogo* eùm subiicit in hunc modum *Itaque eueniet vt quod vni datum est, vnus pluribus vnus, petere non possit, sed omnes petant quod non omnibus datum est.* Quid vero scribere potuit ille apertiùs, vt id ipsum exprimeret quod nos asserimus fideicommissum hoc quod secundum verba non nisi vni datum est, non posse videri omnibus datum esse; Nec tamen dat manus Castrensis, sed vt vim hujus obiectionis effugiat, sic interpretatur verba illa Papiniani *quod non omnibus datum est*, vt de suo subaudiat & suppleat, *si vnus eligatur.* Sed si nullus eligitur, inquit, omnibus datum videtur. At probabilis interpretatio hæc non est. Non enim Papinianus loquitur vt simpliciter dicat, hoc fideicommissum non omnibus datum esse, sed ita scribit tractans de fideicommisso quod omnes petunt. Ergo vult eo ipso casu quo petunt omnes hoc fideicommissum, non omnibus tamen datum illud esse. At qui non omnes petunt eo casu quo vnus eligatur, sed quo nullus. Sensit igitur Papinianus hoc fideicommissum nullo penitus casu omnibus datum esse, Id est ne tum quidem cùm nullus electus fuit. Vno enim electo superuacuum esset monere, non omnibus datum esse id quod non omnes petunt, sed vnus duntaxat. Quis enim de eo dubitaret. Itaque negari non potest, quin Papiniani sententia cum nostra consentiat. Sed illud tamen adhuc mirum est, quod nec Papinianus ipse explicat. Quo igitur iure fiat vt omnes qui sunt ex familia nemine electo petant fideicommissum, quod neque omnibus datum est vt probauimus verò vni propter defectam scilicet conditionem sub qua vni datum fuerat, id est si eligeretur. Nam & hoc dignum obseruatione est, quod non ita scribit Papinianus *sed omnes petant quod vni datum est*, sed ita, *quod non omnibus*: Nimirum quia nec omnibus, nec vni datum potest videri fideicommissum eo casu quo petunt omnes. Cùm non aliter omnes petant,

quàm si nullus sit electus : quod cùm euenit, quis est qui fideicommissum sibi vnì relictum possit dicere? Ratio quam quærimus, ni fallor, quæ facit vt electo nemine omnes fideicommissum perant quod non omnibus datum fuit, illa sola afferri potest, quòd alioqui necesse esset euenire vt ob non factam electionem fideicommissum intercideret ab eo præstandum qui vnum ex familia eligere iussus erat : Quo admisso illud etiam eueniret, vt in eius esset potestate facere ne vlli fideicommissum deberet, sicut in eius potestate est, vt vel aliquem eligat, vel neminem. Atqui hoc absurdum esset alienúmque à ratione iuris quæ nunquam patitur vt in potestate sit debitoris an debeat, *l. 2. §. Scæuola aliàs l. non vtique D. de eo quod cert. loc. l. sub hac conditione 8. D. de oblig. & action.* Nec magis si de fideicommisso quàm si de legato in hæredis arbitrium & voluntatem conferendo tractetur, *d. l. vtrùm 7. §. 1. de reb. dub. l. Stratius 43. §. legatum. de legat. 1. l. fideicommissa 46. D. de fideic. libert.* Et sicuti nunquam debet in potestate debitoris esse an debeat, ita nec facere an debeat, vel non debeat, id est vt eximat se ab obligatione, factóque suo suam obligationem tollat, *l. nec tr 17. §. 1. D. de ado. l. si seruum 91. §. nunc videamus D. de verb. obligat.* Nec igitur absurdum hoc eueniat, necessariò inducendum & recipiendum fuit, vt si neminem elegisset is, qui vnum ex familia eligere iussus fuisset, perinde possent omnes petere fideicommissum, quod non omnibus datum est, ac si omnibus datum esset. Alterutrum enim admitti necesse fuit, vt vel omnes fideicommissum petere possent, vel nemo. Vnus nàmque vt posset petere fieri nullo modo poterat, cùm sciri non posset electo nomine quis vnus ille esset qui fideicommissum sibi datum dicere posset. Quamquam non tam incertitudo ista est quæ facit ne possit quisquam solus eo stante electione petere fideicommissum eligendo vni datum, quàm quòd singulos inspicias qui eligi potuerunt, verum est in omnium personis defecisse conditionem, quæ in cuiusque singularim persona impleri poterat si electus is fuisset, ac quam impleri oportuerat, vt posset vnus ille ad fideicommissum admitti: Tantùm abest vt dici possit in omnium persona extitisse conditionem, quæ in singulorum personis defecit. Ex quo intelligimus totum hoc ius de omnibus admittendis ad petendum fideicommissum quod non omnibus datum fuit, atque ita verbis ipsis repugnantibus, ex interpretatione aliqua descendere : eaque non voluntatis, sed iuris, adiuuantis voluntatem testatoris, ne circumueniri ea ab hærede pariatur potiùs quàm suppleutis aut verba testamentis, aut voluntatem aut testatoris in aperta verborum sententia: quod Iureconsulti facere nunquam solent: quippe quorum manus semper fuerit vt sæpius ex Cuiacio monuimus, interpretari, non supplere, *l. commodissime 10. D. de liber. & posthum.* Nego esse hanc interpretationem voluntatis, quia ia qui vni fideicommissum relinquit quem hæres elegerit, nihil protsus exprimit, propter quod videri possit ea esse voluntate, vt si nemo eligatur, omnes ad fideicommissum admittantur. Nam præter id quod ipsa formula verborum, ex quibus potissimùm ae multò certiùs voluntas deprehenditur, suadet potiùs vt non omnibus fideicommissum dare voluerit is, qui vni dedit, quemadmodum vnius electio excludit in totum cæteros, *d. l. vnum §. 1. vers. itaque,* Illud etiam multò conuenientiùs ac verisimiliùs disputari posset, Eum qui vno electo cæteros omnes excludi voluit quasi defectos conditione perinde voluisse excludi omnes quasi conditione defecta si nemo eligeretur, vt eadem sit ratio omnium quantum ad omnes, quæ vnius quantum ad vnum. Est igitur hæc interpretatio iuris potiùs quàm voluntatis. Necesse siquidem est vt ius hac parte se interponat ne sit in arbitrio hæredis grauati neminem eligendo, fideicommissum eludere, & in pœnam non factæ electionis, in quo si non dolus certè negligentia saltem aliqua versatur vt tractat Bart. *ad l. si quis Titio 17. §. 1. de legat. 2.* Ita autem se ius interponit, vt patiatur omnes fideicommissum petere, non quasi ea fuerit defuncti voluntas, sed quia nihil melius habet quod constituat: Vt sint alia pleraque iure ciuili vel recepta vel constituta, non ob aliam causam, quàm quia nihil melius dici possit, Quale illud est vt frater fratri, agnato proximo succedat. Nec enim aut votum naturæ aut ratio vlla miserationis hæreditatem fratris fratri adiudicat, vt solemus dicere cùm de parentum, aut liberorum successionibus disputamus, *l. scripto 7. §. vlt. D. vnd. lib.* sed ratio illa sola, quòd post parentes & liberos persona nulla sit quam aut fratri præferri, aut cum fratre concurrere æquum sit.

ERROR VII.

De pluribus ob nullam electionem factam ad fideicommissum admittendis. An simul, an ex ordine. Et ad Nouell. 1. §. exhæredatos de hæred. & falcid.

Porrò cùm iusta interpretatione ita fiat vt si is qui vnum ex familia eligere iussus erat, neminem elegerit, omnes possint fideicommissum petere quod in casum electionis vni datum fuerat, in casum verò nullius secutæ electionis, nemini: Consequens est, vt non omnes qui eligi potuerunt, admitti debeant ad petitionem fideicommissi, sed ij tantùm quos iuris ratio habeat pro fauorabilioribus, & qui aliqua de causa digniores videri debeant, qui cæteris præferantur. Proinde si ponas in ea familia plures fuisse personas disparis gradus, quamuis potuerit grauatus hæres vnum eligere ex remotioribus quoque gradibus secundùm ea quæ in præcedentibus disputauimus, nulla tamen facta electione sic temperanda res erit, vt proximiores priore loco inuitati videantur. Nam & eadem iuris interpretatio adhiberetur, tametsi omnibus, qui ex familia sunt fideicommissum relictum esset, *l. omnia 32. aliàs l. cùm ita §. in fideicommisso l. peto 69. §. fratre de legat 2.* Nemo autem dixerit melioris conditionis esse debere illos, qui in remotiore gradu familiæ constituti sunt, cùm fideicommissum petunt, quod ipsis datum non fuit, quàm forent si fideicommissum peterent sibi datum. Præsertim cùm Id, quod dicimus, fideicommisso familiæ relicto præferri proximiores, non ex verbis fiat, sed ex iuris interpretatione, sic accipientis voluntatem testatoris, quasi testator iuris rationem, & ordinem sequi voluerit, qui alioquin si remotiores cum proximioribus concurrerent, peruerteretur. *l. vlt. C. de verb. signific.* Quanto magis eadem iuris interpretatio facienda erit, illo casu quo nihil aliud sit quod fideicommissum faciat præter ipsam iuris interpretationem? Neque verò nouum est, vt latiùs pateat causa voluntatis quàm iuris. Idem namque accidit aliis casibus plerisque, ac ferè semper, quia lex subsequitur voluntatem dummodò iustam, non voluntas legem, nisi hactenus vt contra legem nihil fiat, adeò vt quamuis causa testati præcedat causam intestati, si nihil iuris rationem spectemus, aliud tamen dici oporteat si testatoris voluntas illa fuerat vt causa intestati præcederet, testati verò sequeretur. *lib. si quis ita 82. D. de hæredit. instituendibus.* Et in ea ipsa specie quam tractamus cùm fideicom

fideicommissum familiæ relictum est, etiamsi verum sit quod diximus proximiores remotioribus anteponendos esse, si tamen testator ad remotiores voluntatem suam extenderit, non dubitatur quin admitti remotiores debeant siue vnà cum remotioribus, siue etiam ante remotiores si ea testatoris voluntas fuit vt potior semper sit causa voluntaris quàm iuris, dum ne ius voluntati resistat, *d. § in fideicommisso.* Eadem ratione dicendum est, Si quid sit quod impediat, ne proximiores admitti possint, admittendos etiam primo loco remotiores, puta si eum qui erat in proximiore gradu familiæ testator per aliam testamenti clausulam à bonis omnibus suis deiecerit quòd eum putaret indignum, siue indignitatis causam iustam habuerit, siue iniustam: Nec enim iusta esset illa interpretatio quæ indignum, & à testatoris substantia iam expulsum cum aliis nec indignis nec expulsis admitteret, Multò minùs illa quæ indignum hunc & expulsum cæteris anteponeret, eo solo prætextu quod proximior esset. Solet enim proximitas iis solis prodesse quibus nihil obstat, & facere vt cæteris paribus præferendi sint proximiores, non autem hactenus vt omnimodo præferantur etiamsi aliquid sit propter quod debeant repelli. Quid verò iniustius dici potest, quàm eum qui à testatore propria substantia pulsus est vocari ad res quarum participem eum fieri testator noluerit? quomodo ratiocinatur Iustinianus in *Nouell. 1. §. exhæredatos de hæred. & falcid.* quo loco etsi loquitur de filio à patre exhæredato, & quidem iustè ita vt nihil ex patris habeat voluntate: habet tamen ea ratio perinde locum in quolibet etiam extraneo quem testator ex causa aliqua siue vera, siue falsa, siue iusta, siue iniusta à bonis suis summouerit. Nam & huic conueniunt verba illa Iustiniani *eum qui à testatore propria substantia pulsus est.* Nec maior ratio est cur ei faueamus qui à bonis testatoris summotus est citra exhæredationem cùm exhæredari non debuerit, puta quoniam extraneus fuit, qui exhæredari nisi ineptè non posset, *l. quidem 3 3 x. de verb. obligat.* quàm si ex liberis & exhæredatus esset. In liberis namque expressam & solemnem exhæredationem requirimus, eámque iustam, quia difficilius est vt à paterna hæreditate summoueantur liberi qui alioquin forent sui hæredes, *l. in suis 11. De libert. & posthum.* quique paternam petendo successionem penè ad propria bona veniunt *l. 1. §. largiùs. D. de success. edict.* Ergo in cæteris quos exhæredari non est necesse, idem admittendum erit etiamsi neque exhæredati sint, neque exhæredationis causam vllam admiserint, cùm sufficiat quòd noluerit testator bona sua ad eos peruenire, vt ab eius bonis omnino excludantur, nec alioqui eueniat vt faciliùs admittantur ij, qui faciliùs excluduntur. Nec quod Iustin. eo loco de testatoris hæreditate tractat, nos verò de fideicommisso agimus, quicquam ad rem facit. Nam & per fideicommissum succeditur testatori, non minus, quàm per causam hæreditatis, *l. cohæredi 41. §. cùm filia De vulg. & pupill. substit. l. sequens quæstio. 67. de leg. 2. l. 1. 2. & pass. D ad SC. Trebell.* Cæterùm quàm accommodata sit nouella illa Iustiniani constitutio ad eum casum quem tractamus, ex eo apparet, quòd ex ea constitutione vocantur ad hereditatem etiam illi, quibus testator hæreditatem non dedit: sed vel fideicommissum, vel legatum, vel libertatem: Quomodo in specie de qua agimus, fideicommissum petunt illi quibus tamen fideicommissum nullum datum est, vtrumque solius iuris potestate, sed hac tantùm differentia quod suis authoritas Iustiniani necessaria vt ius nouum illud induceretur, quo permitteretur etiam eiqui hæres scriptus non sit adire ex testamento hæreditatem. At potuit sufficere iuris communis ratio & interpretatio, vt nulla facta electione possent fideicommissum petere illi etiam quibus datum non esset si modo eligi potuissent. Quemadmodum igitur Iustinianus non omnes eos quibus testamento aliquid datum est simul ad hæreditatem admittit, sed ex ordine, ita vt potior sit causa substituti, deinde coheredis, tùm fideicommissarij vniuersalis, postea legatarij aut fideicommissarij singularis cui plus relictum sit, subinde illius qui libertatem aut directam, aut fideicommissariam meruit, denique legitimorum hæredum, & post omnes fisci, Ita & in proposito fatendum est eum ordinem seruari debere, vt in fideicommisso quod non omnibus datum ab omnibus tamen petitur, potior sit causa proximiorum si non sint exclusi: Remotiorum verò si proximiores, aut indigni aut exclusi reperiantur. Nec distinguemus an iis, quos testator exclusit aliquid dederit quo eos iusserit esse contentos, an nihil. Non enim minoris potestatis exclusio est, vno quam alio casu, *l. pete. 69. in princip.* & ibi nostri notant, *De legat. 2. l. quæsitum. 78. §. 1. de. legat. 3.* Et quod Iustinianus *in d. §. exhæredatos*, de iis exhæredatis loquitur, qui nihil penitus habeant ex substantia testatoris, nō eò pertinet vt fauorabilior illorum causa esse debeat, qui aliquo accepto à reliquis bonis exclusi sunt, sed vt appareat Iustinianum, qui eo loco de exhæredatis liberis tractat, adeóque de iis tantum, qui iustè exhæredati sint, quibus vix est vt à parente quicquam relinquatur, non de iis agere qui vel bona mente exhæredati fuerint, quomodo multi olim exhæredabantur, *l. multi 19. De liber. & posthum.* vel in minima aliqua hæreditatis parte instituti, atque ita effectu ipso licèt non expressim à reliqua hæreditate exclusi, quos alia Iustiniani constitutio habet pro institutis in tota legitima portione, *l. omnimodo. 30. C. de inoff. testament.* Horum enim causa minùs odiosa videri debet, quasi quos testator non tam odio aliquo sit prosecutus, quàm minùs amauerit: Quæ res non facit eos indignos, quominùs ex beneficio legis admitti possint ad hæreditatem adeundam quæ ab aliis fuerit sepudiata: Quemadmodum & si Bartolo nostro credimus & cæteris, *ad l. quoties 3 3. C. de hæred. inst.* habebent etiam ius accrescendi. Quamquam posset dici, multò faciliùs posse ius accrescendi saluum alicui conseruari, quàm ius succedendi per fideicommissum in bonis à quibus fuerit per testatorem exclusus etiam aliquo accepto, Cùm ius accrescendi non possit à testatore prohiberi secundum eam sententiam quam nos in superioribus Decadibus contra Bartolum defendimus, liberum autem sit cuilibet alios omnes præterquàm si sint ex ascendentibus aut descendentibus à successione sua pro arbitrio summouere, Nulla quoque adiecta causa, multò magis verò si aliqua adiecta sit, sed quæ vera probari non possit, neque aliud in ascendentibus & descendentibus ipsis constituendum est, si tales sint, quos nec instituere nec exhæredare sit necesse, id est si ab alio qui in proximiore gradu sit anteuertantur: Hos enim neque institui, neque exhæredari necesse est, nisi necessitate, vt nostri loquuntur, causatiua, id est, ideò tantùm ne rumpant quandoque testamentum succedendo in locum eius à quo testamenti tempore anteuertebantur.

***

ERROR VIII.

De perſona præterita quæ habetur pro exhæredata, an poßit fideicommiſſum petere inter cæteros qui ſunt ex familia.

SEd etſi teſtamentum ab o factum proponas enim præteritio pro exhæreda tione eſſe poſſit & debeat puta ſi mater ſit, aut auus maternus, idipſum iuris obtinere debet, quod obtineret in teſtamento extranei, vt qui à bonis teſtatoris eiuſmodi teſtamento ſummotus, & excluſus eſt, non magis fideicommiſſum petere poſſit, inter cæteros qui ſunt ex familia, quàm ſi eſſet cum iuſtæ cauſæ adiectione exhęredatus: Non tam ob id quòd pro exhęredato haberi debeat hic qui præteritus fuit, id eſt neque inſtitutus nominatim neque exhęredatus, tametſi aliquid ei legatum proponatur ne per obliuionem præteritus videri poſſit, *§. poſthum. Inſt. de exhær. lib.* Quam propter ſpecialem & nominatim factam excluſionem, quæ omnino certè neceſſaria eſt, vt excludatur hic à fideicommiſſi petitione ad quam cæteri omnes qui ex familia ſunt admittuntur. Præteritio enim ſola etſi pro exhæredatione habetur, non tamen adeò indignum facit eum qui præteritus eſt quominùs alia via & per fideicommiſſum ad bona teſtatoris admitti poſſit, atque ſi eum teſtator nominatim & expreſſim à bonis ſuis omnibus expuliſſet, Niſi ponas præteritum fuiſſe adiecta aliqua præteritionis cauſa eàque iuſta qualẽ requirit Iuſtiniani Conſtitutio, *Nouell. 15. Vt cùm de appel. cognoſc. §. aliud quoque capitulum.* Vix enim dici poſſit quamobrem vel in quo minoris poteſtatis eſſe debeat eiuſmodi præteritio quàm exhæredatio nominatim facta. Sed cùm ea cauſæ adiectio non ſit præcisè & abſolutè neceſſaria quacumquè præteritione pro exhæredatione habenda, at illo ſolum caſu quo ea perſona pręterita ſit quæ primum in cauſa ſucceſſionis gradum locúmque obtineat, volo dicere non omnem præteritionem quæ pro exhæredatione ſit, tantam vim habere poſſe ad ſummouendum præteritum à petitione fideicommiſſi, quantam haberet nominatim facta excluſio, Eſt enim ſimilior exhęredationi & proximior excluſio, quàm præteritio, etiam quæ pro exhæredatione habeatur. Maximè verò ſi ponas nullum huiuſmodi excluſionis effectum alium eſſe poſſe, quàm vt excluſum qui à teſtatoris omnibus bonis expulſus ſuit, arceat à petitione fideicommiſſi, quod continget facilè, quoties talis erit excluſus, vt nihil ei ab inteſtato teſtatore relinqui debuerit, nec ille quicquam ex bonis teſtatoris, niſi ab eius liberalitate ſperare. Tritum namque ac veriſſimum eſt ſic interpretandas omnes ſiue teſtamenti ſiue contractus clauſulas, imò ſingula clauſularum verba, vt aliquid operentur. *vulg. l. ſi quando 109. de leg. 1.* Erit verò hoc indubitatius ſi teſtator eam excluſionis, & vt loquuntur, priuationis quam irrogauit cauſam attulerit quæ oſtendat habitum ab eo fuiſſe pro indigno illum quem excluſit, ſiue ratio indignitatis aliqua interuenerit, ſiue colorem illum quæſiuerit teſtator, vt erga illum malè ſe probaret affectum. Nam & cùm teſtator pluribus legatum dedit ſub eo nomine quod omnibus æquè conueniat, & omnes comprehendere aptum ſit, conſtat tamen ad legatum admitti eos non poſſe quos teſtator aliquando proſecutus eſt odio niſi probent conciliationem interueniſſe, *l. Lucius 88. §. Lucius Titius Damam. de leg. 2.* vbi rectè Bartolus notat, in generali teſtatoris diſpoſitione non contineri perſonas odioſas, cui non diſſimiliter Baldus, *ad l. 1. D. teſtam. quemad. inſpic.* verba generalia reſtringenda ſemper eſſe ad honeſtos petitores. Quanto magis dicendum eſt, ad fideicommiſſum, quod non tam ex verbis teſtamenti aut ex mente ac ſententia teſtatoris, quàm ex mero legis beneficio per iuſtam interpretationem inducatur, admitti eos non debere qui vel teſtatorem re vera offenderint, vel quaſi offenderint, ab eo ſint nominatim excluſi? Faciliùs enim lex à ſeipſa poteſt hãc interpretationem euincere verbis fideicõmiſſi, neque fauentibus neque repugnãtibus, quàm ſi verba repugnarẽt, quomodo repugnare videbantur in ſpecie, *d. §. Lucius Titius Damã* Etſi ea quoque ratio vim excluſionis auget, quòd verba generalia non ſolent eos comprehendere de quibus aliquid iam ſpecialiter cautum, & diſpoſitum fuit, Nec ſi fauorabilis fuit diſpoſitio vt cernere eſt in ſpecie, *l. cohæredi 41. §. qui patrem de vulg. & pup. ſubſt. l. alimenta. 16 §. Baſilica l. Seiæ bus 20. D. alim. & cibar. leg.* Multò igitur minùs eos comprehendent de quibus anteà nominatim cautum & diſpoſitum reperiatur in eorum odium & ad ipſos à bonis teſtatoris omnibus, ac in totum excludendos: Ne alioqui videamur inconſtantiam exprobrare teſtatori qui tam citò, ac ſine cauſa mutauerit voluntatem, *vulg. l. non ad ea 89. ff. de condic. & demonſtrat* Eſtque longe fauorabilior & plauſibilior illa interpretatio quæ clauſulam vnam teſtamenti ex alia intelligendam eſſe docet, *vulg. l. qui filiabus 14. de leg. 1.* Non eſt ſupradictis contrarium, quod ſcriptum eſt in *d. l. cùm quidam 24. l. vnum ex familia 67. §. rogo de le. 2. l. Labeo 21. §. vlt. ff. de ſtatulib.* Nemine electo ex iis qui eligi potuerunt admitti omnes ad fideicommiſſum nulla diſtinctione adhibita, ex iis quidam proximiores ſint, aut digniores. Nam præter id quod omnibus iis locis agitur de libertis qui omnes æquè liberti ſunt, & in quos vix vllus ordo affectionis, vllúve graduum diſtinctio cadere poteſt, non ſunt iſta pugnantia, Admitti omnes ad fideicommiſſum, quod Iureconſulti ſupradictis locis aiunt, & quod nos volumus, admitti ex ordine ita vt proximiores remotioribus præferantur: nam & Papinianus noſter ita loquitur *in d. l. peto 69. §. fratre de leg. 2.* vt duo iſta quaſi æquè ac ſimul vera coniungat. Quamquam de excludendo eo agatur qui non remotior ſit ſed à teſtatore iam excluſus, nunquam admittam vt poſſit hic fideicommiſſum petere non modò cum cæteris, at neque poſt cæteros, ita vt fiſcum potiùs ei præferri oporteat quàm vt vllo ſiue caſu ſiue tempore contra teſtatoris voluntatem petens audiatur, quomodo Bartolus ſentit de filio exhæredato in ſpecie, *d. §. exhæredatos Nouell. 1. de hæred. & falci.* Nec enim quicquam hac parte diſtat inter exhæredationem, & expreſſam ac ſpecialiter à teſtatore factam excluſionem vt oſtendimus. Et omni caſu exceptio doli obſtat ei qui aliquid petit ex teſtamento contra voluntatem, *l. 1. §. vlt. l. 4. §. preterea l. dolo 8. §. 1. D. de doli mal. except.* Superioribus ſimile eſt quòd ſi teſtator fundum aliquem familiæ aut vni ex familia relictum de familia exire prohibuerit, placet omnes, qui ſunt ex familia fideicommiſſum petere poſſe in caſum contuentionis, id eſt ſi fundus ille extra familiam alienetur, *l. filiusfamilias 114. §. Diui 2. de legat. 1.* An quia fideicommiſſum huiuſmodi à teſtatore datum ſit? Minimè. Nulla enim hic verba ſunt precaria ex quibus fideicommiſſum æſtimatur, ſed prohibitoria. Sed quia nihil eſt quod iuris interpretatio facere meliùs poſſit ad conſeruandã defuncti voluntatem, quæ illa fuit vt fundus non alienaretur. Non enim aliter reuocari poteſt alienatio quàm ſi fideicommiſſum inducatur in eorum fauorem qui ex familia ſuperſunt. Indéque fit vt ex ipſa iuris interpretatio quæ fideicommiſſum hoc inducit, non omnes inuitet qui ſunt ex familia, ſed iuris ordine ſeruato, id eſt proximiores primo, *d. l. peto 69. §. fratre*

de

de leg. 2. Item vt ab huiusmodi fideicommisso arceantur illi omnes qui partes suas alienauerunt, & eandem voluntatem testatoris offenderunt, *l. cum pater 77. §. libertis eod. tit.* Denique vt ad hoc fideicommissum inuitati videantur etiam ij quibus hæredes extranei fideicommissam libertatem reddiderunt. *d. l. cum pater §. fidei heredum ,* quamuis verum sit istos nec de nomine esse nec de familia testatoris, nempe quia cùm tale fideicommissum non ea verbis, sed ex sola iuris interpretatione inducatur, nec tam ex voluntate, quàm ad consetuandam voluntatem, vtique recipit aliam interpretationem, prout ratio iuris & æquitatis dictare videtur, quod non similiter obtineret si fideicommissum ex verbis ipsis deberetur. Tunc enim verba spectanda essent quæ si aperta & clara proponerentur, nullam interpretationem exigerent, nec eam facilè paterentur, *d. l. cùm quidam 24. de leg. 2. l. ille aut ille 25. §. 1. l. non aliter 69. de leg. 3.*

ERROR IX.

Si testator eum quem à bonis suis omnibus exclusera, postea eligi permiserit.

AT noue, quod aliquando ex facto contigisse scio, auum maternum qui cùm plures ex filia nepotes haberet masculum vnum, fœminas duas, & ex singulis nepotibus plures quoque at disparis numeri, sexúsque pronepotes, post exclusum à bonis suis nepotem adiecta etiam causa quòd inuito se ac inuita matre vxorem minùs congruam duxisset, matrique suæ & eidem filiæ testatoris litem de paternis bonis minatus esset, Eodem tamen testamento institutam ex asse filiam grauasse, vt cùm moreretur hæreditatem restitueret illi vel illis quos ex tribus liberis suis aut liberorum liberis nominare vellet, Iniuncto præterea onere illi illisve qui nominati essent vt nomen & insignia testatoris perpetuò deferrent ad familiam eius perpetuandam: Neque tamen vllam à filia quandiu vixit nominationem factam esse, sed defunctam eam superstite illo ipso filio quem auus excluserat, itémque superstitibus pronepotibus ex filiabus prædefunctis: Constabat non eò minùs fideicommissum deberi, quòd filia vnum pluréſve nominare iussa nominato nemine decessisset. At quærebatur, An nepos ille ab auo exclusus ad huiusmodi fideicommissum ante pronepotes aut saltem cum pronepotibus admitti deberet. Is enim se non modò simul cum cæteris admittendum esse contendebat, sed etiam præ cæteris & ante omnes, quòd proximiore gradu esset, quòd masculus & hoc ipso ad arma testatoris deferenda magis idoneus, quod testatori cognitus fuisset, denique quòd primo loco nominatus quasi testator per scripturæ ordinem gradus electionis, & consequenter fideicommissi præscripsisset, vt in *l. cum pater, 77. §. pen. de leg. 2. l. heredes mei 37. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* Sic enim habebant verba Gallica, quibus Latina nulla possint satis commodè respondere: *Et apres la mort de sa fille il luy substitue en tous sesdits biens celuy, ceux ou celles de sesdits trois enfans ou des enfans de ses enfans qu'elle voudra nommer. A la charge que celuy, ceux ou celles qu'elle nommera seront tenus de porter à perpetuité le nom & les armes du testateur afin de perpetuer sa familles.* Qui pronepotum ius defendebant, cum propositionem illam generaliter & indistinctè verissimam putarent quæ asserit, Nulla facta per hæredem grauatum electione, omnes ad fideicommissum vocatos videri quotquot eligi potuerunt, *ex l. cùm quidam 24. l. vnum ex familia 67. §. rogo de leg. 2. l. Labeo. 21. §. vlt. D. de statulib.* de quarum sententia & ratione iam multa diximus in præcedentibus, non alio iure actorem repelli posse credebant, quàm si negarent eligi eum à matre potuisse, propterea quòd eodem testamento & per illam clausulam quæ hæredis institutionem immediatè præcedebat testator nepotem hunc à bonis suis omnibus, adiecta etiam voluntatis suæ causa, repulisset. In quam sententiam mouebantur ex eo quòd generali testatoris dispositione nunquam comprehendantur ex personæ quas testator non multò ante pro indignis vel odiosis habuit, nisi reconciliatio probetur, *l. Lucius 88. §. Lucius Titius Damnam. de leg. 2. d. l. cum pater 77. §. rogo eod. tit.* Itemque quod is qui à testatore nominatim exhæredatus & exclusus fuit, ante hæredis institutionem ab omnibus gradibus qui institutionem sequuntur exclusus esse intelligatur, *l. 3. §. antè heredis D. de liber. & posthum. §. exheredates Nouell. 1. D. hered. & fa.* Vnde sumpta est *Auth. hoc amplius C. de fid.* Ne si aliter interpretemur, fatendum sit inconstantem fuisse testatorem qui tam citò, nulláque noua causa emergente priorem suam voluntatem correxerit, quod nunquam est probabile, *vulg. l. non ad ea 89. D. condit. & demon.* Ego verò post grauissimos plerosque viros, qui ex facto responderant de ea re consultus, dicebam non posse negari, quin hic nepos ex eorum numero esset, quos per filiam eligi posse testator voluerat, neque admittendam esse quæstionem voluntatis, cùm nulla in verbis ambiguitas esset, *l. ille aut ille 25. §. cùm in verbis l. non aliter 69. de legat. 3. l. Labeo. 7. in fin. D. supell. legat.* Apertè siquidem testator masculum aliquem in electione posuerat duobus illis pronominibus demonstratiuis *celuy, ceux*, quæ in personis duarum fœminarum verificari, vt nostri loquuntur, nullomodo poterant, adiectum enim erat *ou celles* ad eum casum exprimendum, quo solæ fœminæ duæ pluréve siue masculis eligerentur. Alius porrò masculus præter hunc nepotem nullus erat. Nec ad rem faciebat quod respondebatur posse masculum de quo testator senserat & scripserat sumi ex gradu pronepotum, quod ex pronepotibus quoque eligendi potestatem filiæ pater fecisset. Hanc enim interpretationem verba testamenti nullomodo patiebantur quibus scriptum erat *celuy ceux ou celles des susdits trois enfans* designato expressim numero liberorum primi gradus quos habebat filia, & subiecta mentione liberorum sequentis gradus, iis sequentibus verbis, *ou des enfans de leurs enfans.* Ne dubitari posset quin testator eligendi facultatem daret filiæ quem vellet ex tribus filiis suis primi gradus, qui porrò neque tres erant, neque ex iis masculus quisquam si non hic nepos in eo numero computaretur. Nam & simili ferè modo argumentatur Paulus *in l. vltim. versic. quia Ei vel Eis verba vtrosque fratres complecterentur. D. ad SC. Trebell.* Fatendum igitur erat eam testatoria voluntatem fuisse vt posset hic nepos à matre sua eligi inter cæteros, tametsi alia eiusdem testamenti parte ab omnibus bonis testatoris summotus fuisset: Neque quod de tam subita voluntatis correctione in dubio vitanda obiiciebatur, locum habere poterat in proposita specie, in qua dubij nihil erat. De illo solo dubitari poterat, an solus & ante omnes eligi debuisset: quod ille vt suprà diximus contendebat. Id verò nulla mihi ratione probabile videbatur cùm eadem ipsa quæ retulimus verba liberum filiæ arbitrium darent nominandi quem vel quos vellet non minùs ex nepotibus quàm ex filiis suis, nulla graduum siue electionis, siue fideicommissi distinctione præscripta, sed positis æquè omnibus in

electionis conditione & alternatione per vnicam clausulam, non quia ab vnico verbo regeretur quod æqualiter & vniformiter omnia determinabilia determinare deberet, vt alij dicebant (idem enim euenerat in specie, *d. l. cum pater §. penultim. & d. l. heredes mei. §. vltim.*) sed quia vnico relatiuo *quem vel quos* omnes personæ demonstratæ erant quas testator voluerat eligi posse. Nec enim testator dixerat, *restituas liberis tuis vel cui ex eis voles, aut nepotibus tuis, & cui ex eis voles* vt in *d. §. vltim.* qua formula fuissent præscripti gradus electionis, nec rursus ita, *Restituas liberis tuis, aut nepotibus tuis*, quo casu non tam electio data, quàm varij fideicommissi gradus præscripti viderentur, vt *in d. §. penult.* Sed in hunc modum, *Restituas cui ex liberis aut ex nepotibus tuis voles.* Quomodo si locutus fuisset testator apud Papinianum, *in d. §. penult. d. l. cum pater & d. §. vltim. l. heredes mei*, vtique non respondisset vt puto Papinianus quod respondit præscriptos à testatore gradus fideicommissi, alioqui nunquam dari casus poterit, in quo data electione dicendum non sit præscriptos esse gradus per ordinem scripturæ, cùm fieri nequeat vt pluribus personis siue eiusdem gradus, siue plurium, in passiua eligendi facultate positis, non sint alij priore, alij posteriore loco nominati, vt disputauimus in Errorem octauum. Quod verò nepos hic addebat se masculum, nullius erat ponderis, cùm sexus facere non possit vt nepos magis quàm neptis ex filia sequatur familiam aui materni, cui æquè omnes sunt extranei tanquam qui patris sui nomen & familiam retineant, *l. pen. D. de agnosc. & attend. liber.* Sicut & quod afferebat se testatori cognitum fuisse, non etiam pronepotes, qui maiore ex parte post aui mortem concepti & editi fuissent, fauorabiliorem ipsius causam facere non poterat, sed tantò duriorem, quòd eum auus pro ingrato & indigno habuisset, qui enim viuo testatore concepti nondum erant, sicuti nihil de illo promereri poterant, ita neque ipsum offendere, ob hoc ipsum dignoiores quos auia in eligendo præferret filio qui auum maternum cui erat cognitus, & de quo promereri poterat, offendere maluisset. Parum enim est non promereri de aliquo, si eum, qui non promeruit compares cum eo qui offendit, *d. l. cum pater §. rogo*, nec quod proponeres ab auo materno cogniti nunquam fuissent vsque adeò nocere iis debebat vt ob id succedere prohiberentur, cùm non eò minùs verum esset vocatos eos fuisse, & quidem sub conditione & in diem incertum mortis auiæ, quo tempore sufficiebat esse illos in rerum natura, vt in aliis omnibus fideicommissis & dispositionibus conditionalibus euenit, in quibus scilicet non dispositionis sed euenientis conditionis tempus inspiciendum est, *d. l. cum pater 77. §. hereditatem filius de leg. 2. l. si in persona 14. C. de fideicommiss. l. intercidit 59. l. cum qui post apertum 104. D. de condit. & demonstr.* Minùs verò mouebat, quod pro nepote afferebatur, Contra testatoria voluntatem fore si in tot frusta & partes scinderetur testatoris hæreditas, quot fieri necesse esset admisso pronepotum concursu cum nepote, quandoquidem testator vnicam sibi hæredem scripserat, velletque se bona in familia conseruari declarauerat, vt familiæ suæ amplitudini consuleret, quod non fieri commodiùs poterat, quàm si in vnius tantùm persona totius patrimonij amplitudo retineretur. In promptu namque responsio erat, imò verò contrariam testatoris mentem ex eo apertissimè probari quod in filiæ arbitrio & potestate posuerat vt ex liberis suis ac liberorum liberis, & plures & quot vellet, adeò vt etiamsi omnes ab ea nominari contigisset, nihil tamen ab ea contra voluntatem factum dici potuisset, cùm non eligere sed nominare iussa esset. Data siquidem electione certum est non posse omnes eligi, sed data nominandi facultate possunt omnes nominari, in eóque plenior est nominationis, quàm electionis appellatio, vt monuimus in superioribus. Et verò admissis in hæreditatis communionem pluribus personis, quæ omnes & nomen & insignia testatoris deferre cogerentur, tantò melius satisfactum iri videbatur desiderio ipsius ad nominis familiæque perpetuationem: Ne contrariæ voluntatis coniectura sumi ex eo poterat, quòd is non nisi vnicam hæredem scripsisset. Quid enim aliud fecisset is qui vnicam habebat filiam? Aut cur filiæ cohæredes dedisset nepotes ex eadem ipsa filia, quos non nisi propter filiam diligebat? *argument. l. dotem 6. D. de collat. bonor.* Placebat itaque nepotem potuisse quidem nominari à matre, non tantum inter cæteros, sed etiam præ cæteris omnibus si mater voluisset, At non potuisse cogi matrem vt eum eligeret, si cæteros etiam remotiores ipsi æquare adeóque præferre maluisset, propterea quòd liberum eligendi, & nominandi ex omnibus quem aut quos vellet, arbitrium filiæ dedisset pater, nullis penitus, aut electionis, aut fideicommissi gradibus præscriptis, illa proinde succedebat quæstio, An quia nullam filis nominationem fecisset, admittendus esset nepos, & an cum pronepotes cæteri, quos diximus simul cum eo eligi potuisse. Id enim consequens videbatur ei quod vulgo creditur, Nulla electione facta admittendos esse generaliter & indistinctè omnes, ad fideicommissum quotquot eligi & nominari potuerunt. Atque ita is quis de causa cognouerat vir maximus, nec minùs scientiæ quàm probitatis gloria inter suos conspicuus, mihi etiam si quid hoc ad rem pertinet, amicissimus, pronunciauerat adhibitis pluribus assessoribus, diuidenda bona fideicommissi in tot partes, quot erant illorum capita qui nominari potuissent, computatis, quod magis est, in eo numero ipsius quoque nepotis liberis, quod non minùs illi, quàm nepotes ex nepotibus inter eos qui eligi poterant, à proauo positi fuissent. Mihi contrà videbatur, etsi nullo neque electionis, neque fideicommissi gradus testator præscripsisset, in eum casum quo nominatio aliqua sequeretur, si tamen nemo esset nominatus, inuitatos quidem ad fideicommissum ex solius beneficio legis omnes, quos nominare filia potuisset, at cum hoc temperamento, vt graduum distinctionem seruari, ac prout quisque proximior esset, ita præferri eum oporteret, secundum ea quæ duobus proximis capitibus disputauimus. Quare nec dubitabam quin ad fideicommissi partem admitti deberet nepos si aliud nihil ei obstaret, cùm nemo illum præcederet: Non tamen solus, quia etsi eius sorores in eodem gradu constitutæ prædecesserant, superstites tamen liberos reliquerant qui in earum locum subintrantes eundem gradum iure repræsentationis occupabant, quos proinde ex ea ipsa iuris ratione, quæ proximiores anteponit, cum auunculo suo concurrere, necesse erat, si auunculus non aliqua de causa succedere prohiberetur, aut si auunculo quid obstaret, anteponi cognatis ex eo auunculo susceptis, tanquam proximiores remotioribus, propterea quòd non sicut pronepotes ex præmortuis neptibus personas gradúmque matrum repræsentabant, ita similiter dici poterat repræsentari à pronepotibus ex viuo nepote gradum quem nepos ipse viuus implebat, & ne vacare videretur, impediebat. Igitur cùm in ea essem opinione, vt ab eo fideicommisso arcendus esset nepos, quem testator non solùm odio prosecutus fuisset, verùm etiam indignum existimasset,

masset, adeóque disertis verbis ab omnibus bonis suis exclusisset, in eo tandem conquiescebam, vt solos pronepotes ex neptibus prædefunctis ad fideicommissi petitionem admittendos esse existimarem, & quidem in stirpes non in capita cùm succederent iure repræsentationis, & de ascendentis id est aui proauíque successione ageretur. Excluso nepote tanquam indigno & per ipsum testatorem summoto, exclusis item omnibus ex eo pronepotibus, tanquam remotioribus. Nec proinde dubitabam, quin malè iudicatum esset in eo quod & ad petitionem fideicommissi admissus fuerat nepos, & cum eo liberi eius, quódque inter omnes iussa erat diuidi hæreditas in capita quæ inter solos pronepotes ex neptibus prædefunctis in stirpes diuidi debuisset.

ERROR X.

De non admittendo ad fideicommissum inter cæteros proximiore qui etiam ante cæteros eligi potuisset distinctis à testatore gradibus fideicommissi.

AT quoniam in tota hac mea opinione nihil minùs probabile videbatur, quàm quòd admissa graduum distinctione nihilominùs nepotem in totum excludebam, quem tamen gradu proximiorem, aut saltem in proximiore gradu positum esse constabat, in hoc maximè laborandum fuit vt ostenderem quo iure arcendus esset hic nepos, qui & ex proximioribus esset, & cum cæteris adeóque præ cæteris omnibus eligi potuisset. Nam cur solus ad hoc fideicommissum admitti non deberet, ratio erat apertior, Nempe quòd in eo gradu proximiore solus non esset, pronepotibus scilicet ex neptibus prædefunctis eundem gradum ex persona matris iure repræsentationis, vt dictum est occupantibus. Quod enim vulgò, nec malè traditum est, In fideicommissis ius repræsentationis locum non habere ad hunc casum non pertinebat, in quo de ascendentis successione agebatur, quemadmodum iam attigimus, & sequenti Decade latiùs disseremus Dicebam autem, eam ipsam rationem, quæ faceret vt ad huiusmodi fideicommissum priores admitti deberent illi qui essent proximiores, etiam facere debere vt ab eo esset in totum arcendus nepos, quamuis esset si non solus proximior saltem ex proximioribus. Ratio quæ proximiores inuitat, & remotiores interim repellit qui priores eligi ac nominari potuissent, non alia est, vt diximus, in præcedentibus quàm quòd nulla siue electione siue nominatione secuta, fideicommissum nullum superfit, nisi quod sola iuris potestate per interpretationem inducitur, ne testatoris voluntas impunè contempta per hæredem ad se vltrò exonerandum neglectáque videretur, & quia in hac specie nihil est, quod ius facere meliùs possit in pœnam eius qui noluit eligere cùm ex testatoris voluntate id facere & posset & deberet, *l. si quis Titio* 17. §. 1. vbi Bart. *de leg.* 2. Ius autem, cuius potestate huiusmodi fideicommissum inducitur, non alium sensum in eo inducendo seruare potest, quam quem seruaret in interpretatione fideicommissi, quod pluribus sub nomine collectiuo relictum proponeretur: In quo fideicommissi quamuis expressi genere, sic interpretanda esset voluntas testatoris, vt prout quisque sibi proximior esset, ita priorem illum inuitasse ad exemplum & modum legis crederetur, *l. omnia* 32. *aliàs l. cùm ita §. in fideicommisso l. peto* 69. *§. fratre eod. tit. de legat.* 2 Multò igitur magis eadem iuris interpretatio locum habere debet in hoc fideicommisso quod ab iis petitur quibus datum à testatore non fuit: nec ob id solùm quòd per absurdum fuerit plus iuris eos habere qui ad fideicommissum veniunt præter testatoris voluntatem, quàm eos qui aperta expressáque voluntate nituntur, sed etiam, quòd cùm inter plures contendentes aliqua graduum distinctio est, habet ius nostrum aliquid quod statuat meliùs, quàm vt omnes simul ad fideicommissum venire patiatur, hoc vnum videlicet, vt proximiores primo loco inuitet, ac subinde remotiores. Quid enim necesse est admitti omnes simul, cùm inter admittendos tanta est ratio diuersitatis? Eadem porrò ratione fieri dicebam, vt si quis ex iis qui ad huiusmodi fideicommissum aut simul cum cæteris, aut ante cæteros tanquam proximiores admitti alioquin deberent, indignus reperiatur qui admittatur, & ab ipso testatore summotus & exclusus ab omnibus bonis, nullus ei locus dari debeat ad succedendum ex fideicommisso, per quod scilicet testatori succederetur, *l. cohæredi* 41. *§. cum filia de vulg. & pup. subst. §. restituta Inst. de fideicom. hæred. l. 1. 2. & poss. D. ad SC. Trebell.* Est enim hoc etiam casu aliquid quod meliùs statuere lex possit, quàm vt omnes simul & indistinctè ad fideicommissum admitti patiatur, Nempe vt eum quem disertis verbis testator iusta præsertim ratione motus à successione sua excluserit, non sinat cum aliis concurrere ad partem iis faciendam, multò minùs verò aliis præferri. Vna enim legis intentio est vt quæ disposita sunt à morientibus, impleantur. Quis autem iustum putet eum qui ab ipso testatore propria substantia pulsus sit vocari ad eas res quarum testator fieri eum participem noluerit? Inquit Iustinianus in §. *exhæredatos Nouell.* 1. *De hæred. & Falcid.* Quidni ergo hanc quoque iuris interpretationem adhibeamus in eo fideicommisso interpretando, quod sola, vt diximus, iuris potestate inducatur? Obseruandum tamen est nos de illo tractare, qui non tantùm indignus sit, sed etiam exclusus nominatim ab ipso testatore, vt maior sit vis & potestas exclusionis nominatim factæ, quàm indignitatis. Indignus enim potest aliquando non solùm admitti inter cæteros, sed etiam cæteris præferri *d. l. cum quidam.* At exclusus non potest, *d. §. exhæredatos.* Atqui iam dictum est, inquies, nepotem hunc quem testator auus non modò indignum dixerat, sed etiam quasi indignum excluserat, nihilominùs eligi à matre potuisse, si eum mater aut cum cæteris concurrere, aut aliis etiam præferri voluisset. Quidni ergo admittetur etiam nulla facta electione, Aut cur ei nocebit vno casu indignitas vel exclusio, quæ alio casu non noceret? Hoc verò est in quo totius quæstionis cardo versabatur. Dicebam, euidenter diuersam esse horum casuum rationem: Nec quod testator nepotem hunc quamuis indignum & exclusum, eligi tamen à filia & nominari permisisset, consequens esse vt perinde voluerit illum admitti etiam non nominatum. Casus enim ille nominationis à filia factæ supponit in necessarium antecedens præcedentem aliquam inter matrem & filium reconciliationem, ac placatam à filio pacatámque matris offensam, cùm non esset verisimile futurum vnquam vt filium hunc mater ad fideicommissum inuitare vellet, quin priùs ei omnes præteriti temporis offensas remisisset. Quod prorsus dissimile est in casu contrario, quo defuncta sit mater, nulla nominatione facta Prudens autem consilium testantis aui animaduertebatur, qui cùm non alia de causa offensus esset nepoti, quàm quòd is minùs piè matrem tractasse, eíque multas querelæ causas præbuisse diceretur, capacem eum manere voluerat, vt à matre ni-

nihilominùs

nihilominùs eligi posset, Ne si omnem ei ac succedendum in bonis auitis viam præcluderet, hoc ipso renocare illum videretur ab iis præstandis officiis quibus matris erga se voluntatem promereri ac prouocare posset, Et contrà, Vt spe futuræ nominationis & electionis quasi in personam suam à matre conferri posse sciret, tantò magis eniteretur benè mereri de matre veterésque offensas nouis delere beneficiis, vt sibi reditum ad aui bona quæreret, à quibus alioquin exclusum se videret. Nec enim paruum momentum est in liberorum voluntatibus erga parentes conciliandis, si credant liberi se sibi obsequio parare posse spem aliquam successionis, *l. nec ei 17. §. penul. D. de adopt. l. si quando 35. §. 1. C. de inoffic. testam.* Itaque non tam nepotis huius quàm filiæ commodo & contemplatione videbatur testator in eam venisse voluntatem, vt suum nepotem quem iam exclusérat, nominari tamen à matre pateretur, & ita demum ad fideicommissum admitti, si à matre nominatus inueniretur, Exemplo eius quod nos disputauimus in *Error. 1. Decad. 16.* Si quis ab hærede instituto fideicommissum reliquerit sub ea conditione quæ vulgò solet adiici, si hæres grauatus sine liberis decederet, liberos in conditione positos esse, non tam vt ipsis, quàm vt ipsorum patri faueretur, Ne scilicet superstites relinquens liberos fideicommissum vllum deberet quod alioqui debuisset, *l. filium familias 114. § cum quis erit, de legat. 1. l. generaliter 6. C. de institut. & substitut.* Nam & in proposita specie non paruus fauor filiæ est, vt quem velit ex suis liberis possit eligere ac nominare. Etiam indignum & ingratum, vt hac spe allectus ille melius de matre mereatur, fiátque tanto dignior & gratior. Quemadmodum è contrario non leuis pœna est matris, si qua de causa vt puta ob secundas nuptias electio quam inter liberos alioquin haberet ei auferatur, *Cap. 1. Nouell. 1. de non elig. secund. nub. mulier.* Porrò cùm mater quæ poterat hunc quamuis indignum & exclusum eligere, ac nominare decessit nulla facta nominatione, nullus vtique matris fauor supererat propter quem dici debeat hunc qui poterat eligi, admittendum esse ad fideicommissum cum cæteris aut præ cæteris, sed redundaret totum illud in fauorem filij, qui tamen cùm non modo indignus dictus sit à testatore, sed etiam à bonis omnibus exclusus, odio tantùm, non etiam fauore aliquo dignus videri potest. Denique cùm testator hunc nepotem semel exclusum non reuocasset ad sua bona per viam fideicommissi nisi in eum expressim casum quo à matre sua nominaretur, Omnino consequens erat, vt nulla per matrem facta nominatione si quæreretur an nihilominùs admitti nepos deberet, non ex communis iuris regulis definiri ea res deberet quæ si nostris credimus admittunt generaliter & indistinctè ad fideicommissum omnes eligi potuerunt, sed ex alia eiusdem testamenti clausula, per quam hic ipse nepos exclusus inueniebatur. Vnde fiebat vt non posset hic casus dici omissus, quem testator non apertè expressisset. Atque hæc mihi omnium fortissima ratio esse videbatur, cùm illi qui nepotis causam tuebantur, non alio iuris colore niterentur, quàm quòd casus qui euenerat nullius factæ nominationis, omissus videretur, & ideò ex iuris communis dispositione, vt loquebantur, regulandus. Vnum illud sententiæ nostræ valdè obstare videbatur, quod obiici poterat *ex d. l. cùm quidam* Eo casu quo possit etiam indignos eligi ac præferri, si nemo electus sit admittendos omnes ad petitionem fideicommissi etiam indignos. Sed præter id quod iam respondimus, loqui Vlp. eo loco de indigno tantùm non etiam de excluso, illud præterea obseruandum est indignos eos esse accipiendos qui hæredem eligere iussum offenderint, non eos qui testatorem. Nam qui testatorem ipsum offenderunt, nunquam ad legati communionem cum cæteris admittuntur, nec si verbis generalibus quibus testator vsus est, continerantur, nisi aliquid sit ex quo appareat vel securam reconciliationem, vel testatorem ad eos quoque voluntatem suam extendisse, *d. l. Lucius 88. §. Lucius Titius Damam de leg. 1.* iunct. *l. cùm pater 77. §. rogo, eod.* In proposito autem nepos de quo tractabamus non tantùm matrem, sed etiam auum offenderat ducta vxore inuito eo à quo tamen ingentia pleraque beneficia & inter cætera insignis cuiusdam ac præcipuæ dignitatis gratuitam resignationem accepisset. Quare nec in eorum numero poni debuisset, quos matri licebat eligere, nisi vis verborum quibus testator electionem filiæ dederat, sententiam hanc extorqueret, cùm tam aperta essent verba, vt nullus interpretationi locus relinqueretur? Sed non inde consequens fiebat, vt extrà casum nominationis deberet admitti eum cæteris ad petitionem fideicommissi, quod nulli relictum, omnibus tamen debitum quidem erat sed ex beneficio & interpretatione legis, ac proinde non aliis quàm quos ius dignos interpretaretur, qui cum cæteris admitti deberent: In quo numero hic esse non poterat qui testatorem offendisset, adeóque exclusus ob eam causam ab omnibus testatoris bonis fuisset. Planè si matrem solam offendisse diceretur, non dubitarem quin admitti posset cum cæteris qui non offendissent, siue offensa testamentum præcessisset, siue subsecuta fuisset. Sed hoc ita demum si non indignitati iuncta esset exclusio quæ in casu nostro iuncta reperiebatur, ideóque nullam dubitandi causam relinquebat, quominùs manere deberet exclusus in euentum nullius secutæ nominationis. Excluso itaque nepote, & admissis ad fideicommissum pronepotibus ex neptibus prædefunctis, quæstio illa sola supererat, An cum iis pronepotibus admitti deberent etiam pronepotes ex nepote excluso. Admittendos enim iudex pronuntiauerat, etiamsi patrem quoque ipsum admisisset. Defendebam non debuisse illos admitti, sed pronepotes ex neptibus solos, quia quæ ratio faciebat vt potuissent illi admitti etiam cum nepote si exclusus is non fuisset, nempe quod matrum suarum personam gradúmque repræsentarent, atque ita in eodem gradu quo nepos ipse constituti viderentur, eadem faceret vt istis ex nepote pronepotibus præferri deberent, tanquam qui beneficio repræsentationis proximiores haberentur, quos natura pari gradu produxisset, nec enim poterat similiter dici, pronepotes ex nepote gradum repræsentare patris sui, qui cùm adhuc superstes esset gradum suum implebat, nec vacare patiebatur, tametsi exclusus probaretur: quoniam non sicut per mortem ita & per exclusionem gradus vacat, obstátque proculdubio filius exhæredatus liberis suis quominùs ad successionem aui siue paterni siue materni venire possint, quamuis mortuus non obstaret, *l. si quis filio 6. in princ. D. de iniust. rupt. l. scripto 7. D. vnd. liber.* nec quod dici solet exhæredatos pro mortuis habendos esse ad hunc casum pertinet vt alio loco explicauimus, *ex l. 1. §. si pater in potestate D. de coniunctione cum emanc. lib. eius.* Et tamen potuerant etiam pronepotes isti à filia eligi si ea voluisset, quia erant ex numero eorum in quos electionis facultatem cadere posse testator voluerat, neque tantùm soli aut cum auunculis poterant eligi, sed etiam cum suo patre, cum quo tamen admitti eos multo improbabilius erat, non solum quòd si pater exclusus non esset, potior eius causa esse deberet, quàm liberorum tanquam vno gradu remotiorum, sed etiam quod inauditum

inauditum ſit vt pater cum liberis concurrat quoties vocati ſunt omnes ſub nomine collectiuo ad ſucceſſionem eius cuius diſpar & ordinata fuerit charitas & affectio, qualis eſt aſcendentis erga deſcendentes. Nam & hoc caſu placeret abſurdi huius vitandi gratia coniunctam reſolui in diſiunctam, vt noſtri notant *ad l. Gallus 29. §. quidem rectè, D. de liber. & poſthum.* Ex quo apparet quod diximus eſſe veriſſimum, Non omnes qui potuerunt eligi & nominari, ſtatim debere admitti ceſſante nominatione. Neq; enim dubitationem res habebat, quin potuiſſet filia etiam viuo patre eligere nepotes ex filio perinde ac nepotes ex præmortuis filiabus ſuperſtites, quamuis eſſent vno gradu remotiores, & tamen admitti eos ſimul cum patre abſurdum erat, niſi hactenus ſaltem vt ad vnicam portionem cum patre admitterentur vt in *l. cùm emancipatus 13. §. 2. & ſeq. de bon poſſ. contr. tab.* Non enim ideò liberi vocantur ad fideicommiſſum cum patre, vt partem ei faciant, ſed potiùs vt in caſum ſubſtituti videantur, quomodo Papinianus loquitur in *l. Iulianus 26. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament.* Cùm etiamſi ex propria perſona filius viuo patre admitteretur, tamen fideicommiſſi commodum non ſibi, ſed patri acquireret, inſpecta iuris veteris ratione, *vulg. l. placet 79. D de acquirend. hæredit.* Niſi fideicommiſſum in id tempus collatum eſſet, quo filius eſſet ſui iuris, *l. filio familias 42 l. duos mater 70. mater filio 93. de condit. & demonſtr. l mulier 22 verſicul. Braſidas. D. ad SC. Trebell. l quidam cùm filium familias 46. D. de hæred. inſtit.* Denique qui patrem liberis coniungit, omnes eorum perſonas ſic quaſi vnicam perſonam intuetur, *l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſtit.* quæ lex in hanc ſententiam omnium accommodatiſſima eſt, quandoquidem loquitur de liberis cum patre ſuo per inſtitutionem etiam ab extraneo factam vocatis. Qui caſus longè minorem habet dubitationem quàm ſi vt in propoſito aliquis ex aſcendentibus filium ſuum cum ſuſceptis ex eo nepotibus, aut nepotem cum ſuperſtitibus ex eo pronepotibus, vocaſſet *d. §. quidam rectè d. l. omnia aliàs l cùm ita §. in fideicommiſſo De legat. 2. l. peto 69. § fratre eodem.* Multò autem magis idem obſeruari debet cùm parentes & liberi vocantur ſolius legis beneficio iuriſque interpretatione. Solos igitur ex præmortuis neptibus pronepotes fideicommiſſum petere poſſe videbatur, & quidem non in capita, quomodo pronunciatum erat, ſed in ſtirpes cùm non niſi repræſentationis iure præferientur. Sed fiet hoc apertius ex iis quæ ſequ. Decade dicturi ſumus, De repræſentationis iure fideicommiſſis inducendo.

ANTONII FABRI IC.

Decas Quinquageſimaquarta.

ERROR PRIMVS.

De ſententia & electione. §. cùm quidam 24. & l. cùm pater 77. §. rogo 15. De legat. 2.

QVÆ diſputauimus ſuperiore Decade aduerſus Pragmaticos & Interpretes noſtros de fideicommiſſo per electionem relicto, vix benè potuerunt intelligi, ſi non ſubiiciamus coniecturam noſtram de lectione ac ſententia, *l. cùm quidam 24. de legat. 2.* quæ totius tractationis huius præcipuam partem continet. Vereor enim ne locus ſit partim exſcriptoris vitio corruptus, partim à Triboniano etiam deprauatus, qui ſententiam Marcelli aliter interpretatus ſit, quàm aut ab ipſo Marcello expreſſa fuerit, aut per Scæuolam accepta. Vlpianus, cui ea lex tribuitur, initio refert Marcellum putaſſe, cùm quidam ita fideicommiſſum reliquiſſet, *Rogo reſtituas libertis meis quibus voles* poſſe hæredem etiam indignum præferre: Nempe propter liberum arbitrium ei datum eligendi quem velit per verba illa, *quibus voles* quæ largiſſimam & latiſſimam habent ſignificationem. Tum ſubiicit, *At ſi ita his quos dignos putaueris, petere poſſe ait eos qui non offenderint.* Hoc verò primum eſt, quod ego non poſſum intelligere: nam cùm euidenter Marcellus aut Vlpianus, ex Marcello id agit, vt differentiam conſtituat inter has electionis dandæ formulas, *quibus voles* & *dignos putaueris*, Circa priorem verò formulam nihil aliud dixerit, niſi quòd poteſt hæres etiam indignum præferre, omninò conſequens eſt vt circa poſteriorem formulam, non de illo tractauerit Iurec. quis fideicommiſſum petere ab hærede poſſit, ſed de illo potiùs, quem poſſit hæres præferre. Sic enim aperta & congrua erit antitheſis ſi dicamus legis ſententiam eſſe vt poſteriore caſu poſſit hæres non alios præferre quàm qui non offenderint. Cùm tamen priore caſu poſſit etiam indignos præferre, quo indignorum nomine non alij digniùs ſignificantur, quàm qui offenderunt: Itaque puto abundare verbum *petere*, eóque ſublato legendum ſimpliciter, *poſſe ait eos*, ſubaudiendo ſcilicet verbum *præferre*, repetendum ex clauſula præcedente. Quod non intelligens malus interpres, cùm ſententiam vt credibile eſt mancam & imperfectam eſſe putaret, addidit de ſuo verbum illud *petere*: Niſi fortè probabiliùs quis putet, vt pro *petere* reponamus *præferre*. Nam nec tanta inter has dictiones diuerſitas eſt, vt non facilè potuerit mendum irrepere vitio & inſcitia exſcriptoris. Alterutrum ſanè omnimodo probandum eſſe ex eo intelligimus quod toto illo legis initio tractat Iureconſultus de eligendi non de petendi iure: Non ob id ſolùm quòd quandiu eligendi durat, petendi ius nulli competit vt diſertè Papinianus ſcribit *in l. vnum ex familia 67 §. rogo eodem tit.* Sed etiam quia caſum illum contrarium quo electio nulla facta ſit, tractare incipit Iureconſultus in verſ. ſequent. his verbis. *Idem ait ſi neminem eligat omnes ad petitionem fideicommiſſi admitti*, quæ apertum eſt eò pertinere vt ſciamus non quis ad fideicommiſſum eligi, ſed quis ceſſante electione ad fideicommiſſum admitti poſſit. De quo tamen priuſquàm dicere pergamus, monendum eſt. Marcelli ſententiam illam quæ habet poſſe indignum quoque præferri ab hærede

grauato

gratiato sub hac verborum formula *Rogo restituas libertis meis quibus voles*, non de illo accipi debere qui ob hoc sit indignus quòd testatorem ipsum offenderit (nec enim de talibus indignis sensisse vnquam videtur testator, licèt verborum generalitas patiatur nisi secuta probetur reconciliatio iam ipso tempore testamenti. *l. Lucius* 88. *§. Lucius Titius Damam eod.*) sed de illo qui offenderit hæredem. Nam nec testatoris, sed hæredis gratia huiusmodi clausula poni solet, *l. cùm pater* 77 *§. rogo, sed l. seruos* 20. *D. de manum. testament.* Nec quicquam facit hæres contra voluntatem, cùm indignum præfert, si liberum eligendi arbitrium habeat à testatore, quo modo habet cùm testator ita scripsit *quibus voles*. At cùm ita *his quos dignos putaueris*, non aliter videtur satisfacere voluntati quàm si præferat eos qui non offenderunt. Videtur enim hoc casu commissa ei electio tanquam viro bono, non vt liberum eligendi quem vellet, arbitrium haberet, Vir autem bonus non arbitrabitur dignum esse illum, qui hæredem offenderit: ac proinde fieret contra voluntatem, si indignus eligeretur, ex cóque iniuria cæteris inferretur qui digni essent cùm non nisi dignis fideicommissum præstari testator voluerit. Quid ergo si quidam sint, qui non solùm hæredem non offenderint, sed de illo etiam promeruerint? Nemo negauerit quin isti sint digniores, nec tamen ideò cogetur hæres ipsos præferre, quia sufficit vt non præferat indignum, quasi dignos sit quisquis non probatur indignus *d. l. seruos & l. testamento* 51. *in princip. D. de manum. testament.* Non enim iussum relinquendi his quos hæres dignos putauerit, includit iussum relinquendi dignioribus, sed videtur libertis omnibus etiamsi non æqualiter promeruerint, relictum tamen æqualiter fideicommissum. *d. l. cùm pater §. rogo.* Multùm tamen refert an testator ita scripserit, *his quos dignos putaueris vt in d. l. cùm quidam*, an ita, *Rogo bona tua distribuas liberis tuis, vt quisque de te meruerit* quo modo *in d. §. rogo.* Hoc enim posteriore casu etsi cessante matris electione perinde admittuntur omnes qui non offenderunt, solique illi non admittuntur qui offenderunt, non alios tamen eligere ac præferre mater potest quàm qui soli promeruerint, ita vt si quosdam elegerit ex iis quoque qui promeruerunt, non aliter futuri sint illi potiores quàm si soli promeruerint. An quia testator expressè habuerit respectum ad merita? vt Bartolus sentit *ad d. §. rogo.* Minimè. Nam & cùm testator promerendi verbo vsus est, non impedit ea res quominùs etiam illi qui non promeruerunt admittantur eum cæteris, si modò non offenderint, vt Papinianus ipse fatetur *in d. §. rogo*, & Africanus *in d. l. seruos* rursùmque idem Papinianus *in d. l. testamento*, sed quia testator non dederat filiæ arbitrium dandi omnibus liberis qui promeruissent, sed adiecta dictione restrictiua *prout* & distributiua *quisque* per hanc formulam *prout quisque de te promeruerit*. Vt appareret testatorem ea fuisse voluntate vt non alij possent eligi quàm qui promeruissent, itémque vt quisquis promeruisset, eligi necessariò deberet si qua fieret electio, inspectis singulorum meritis, quamuis non inspecta in singulorum personis æqualitate meritorum. Id enim est quod Papinianus scribit *in d. §. rogo. Eos autem quos mater elegerit fore potiores si soli promeruissent, existimaui* Nam cùm negari non possit quin supradicta formula datum sit filiæ arbitrium distribuendi bona sua inter liberos, nec ita tamen vt vel eos qui offendissent præferre posset iis qui non offendissent, vel eos qui non offendissent iis qui hoc ampliùs promeruissent, Consequens erat vt vel neminem eligere deberet filia si vellet omnes qui non offendissent ad fideicommissum admitti, Vel vt deberet eligere eos qui promeruissent & solos & omnes: Ne alioqui faceret iis iniuriam contra testatoris voluntatem, si vel merentibus præferret immeritos quamuis nec demeritos, vel ex merentibus aliquos neglectis cæteris, qui si non æquè tamen quoquomodo meruissent: cùm singulis merentibus datum esset fideicommissum propter dictionem illam distributiuam *quisque*, nec nisi merentibus propter dictionem restrictiuam *prout*, in casum scilicet electionis. Nulla enim facta electione fatetur Papinianus datum esse fideicommissum omnibus, qui non offenderunt, etiamsi nec promeruerint. Duplex enim fideicommissum supradictis verbis contineri videtur, Alterum quod liberis omnibus relictum sit, Alterum quod iis solis inter quos mater fideicommissum distribuere voluerit prout quisque de ea meruerit: vtrumque enim fit ex potestate verbi *distribuas* quo testator vsus proponebatur, & cuius ea vis est, vt dandi necessitatem præsupponat, solum verò distribuendi liberum arbitrium hæredi relinquat, *leg. vtrum* 7. *§.* 1. *D. de rebus dubiis.* Prius fideicommissum eo demùm casu locum habet, quo nulla per filiam facta sit electio & distributio, Posterius autem in contrarium euentum secutæ distributionis: Itaque mirum non est plures ad fideicommissum admitti vno casu quàm alio, cùm pro casuum diuersitate aliud atque aliud sit fideicommissum licèt eadem sint bona quæ vtroque fideicommisso continentur, eadémque persona quæ fideicommissum debet. At illud magis mirum est, Eos qui non offenderunt eligi non posse, qui tamen cessante matris electione simul admitterentur eum iis qui soli promeruissent. Ita enim fit vt minùs iuris habeant qui pro se habent etiam matris voluntatem, quàm si non haberent: Nempe quia cùm habent etiam matris voluntatem illi qui nec offenderunt, nec promeruerunt, hoc ipso desinunt habere voluntatem testatoris, quæ illa fuit vt non aliter posset mater eligere quàm prout de ea quisque meruisset, restricto posterioribus verbis eligendi arbitrio, quod prioribus liberum dari videbatur. Certum porrò est potiorem esse, imò solam spectandam testatoris voluntatem, nec inspiciendum quid hæres velit, nisi quatenus voluntas eius cum testatoris voluntate consentiat. In alio autem casu quo cessat electio admittuntur omnes qui non offenderunt etiamsi nec promeruerint, quia pro se habent voluntatem testatoris: Ni obstante clausula illa restrictiua, *prout quisque de te meruerit*, quæ scilicet non omnimodo fideicommissum, afficit, sed ex ea tantùm posteriore parte, quæ dabat filiæ electionem, nec tam dationem ipsam fideicommissi quàm distributionem eius solam restringit. Ea namque & potissima significatio est verbi *distribuas* licèt dandi quoque, vt diximus, implicitam habeat significationem, in necessarium antecedens. Ex quo euidenter apparet, quàm verum sit quod superiore Decade aduersus pragmaticorum & interpretum nostrorum opiniones disputauimus, non esse propositionem illam generaliter & indistinctè admittendam, quam nostri pro verissima passim vtuntur, vt cessante electione fideicommissum petere possint ij omnes qui eligi ab hærede potuissent. Nam sicuti quandoque latiùs patet ius electionis, vt possit hæres etiam aliquem ex remotioribus eligere, qui tamen si nulla electio facta esset, nec præferri proximioribus posset, nec cum iis concurrere, *l. hæredes mei* 57 *§ vltim. D. ad SC. Trebell.* iunct. *l. omnia* 32 *aliàs l. cùm ita §. in fideic. de leg.* 2. Ita euenit aliquando vt strictior sit potestas eligendi: Nimirum

quoties

quoties ita sunt concepta verba fideicommissi, vt dubitari non possit quin testator voluerit esse illam strictiorem. Sed & diuersitatis huius ratio profiscisci etiam potest ex diuersa conditione fideicommissorum. Fideicommissum enim quod ex ipsis testamenti verbis inducitur, tam latè patet quàm patent verba ipsa quibus relictum est, nec vnquam restringitur, nisi quatenus verborum propria significatio aut iusta interpretatio suadere videatur. At fideicommissum quod interdum sola legis potestate inducitur, quale illud est quod ex alienationis extra familiam prohibitione in casum contrauentionis, aut ex iussu dandi cui ex familia hæres voluerit; si nulla electio secuta sit, prudẽtes nostri induxerunt, faciliùs recipit restrictionem ex eiusdem legis interpretatione, vt non omnes qui verborum generalitate æquè comprehendi possent simul admittantur, sed secundum eum ordinem quem lex præscribit, de cuius interpretatione frustra & immeritò conquerantur illi qui sine beneficio legis non admitterentur, & quibus lex dat fideicommissum, quod testator ipse non dedit licèt non alia de causa det quàm vt conseruet atque adiuuet voluntatem.

ERROR II.

Quid intersit an electio data sit his verbis, Quibus volet, an illis, His quos dignos putaueris.

ILla etiam & quidem obseruatione digna differentia esse creditur inter has fideicommissorum formulas, *quibus voles*, & *his quos dignos putaueris*, aut quod hac parte idem est, *his qui se promeruerint*, quòd prior formula omnes admittit ad petitionẽ fideicommissi statim atque mora in eligendo per hæredem facta est quasi iam præsenti die dato fideicõmisso, vt disertè scriptum est, *in dicta lege cùm quidam*. Ex qua lege interpretes nostri omnes ita sentiunt. Posterior verò clausula dat arbitrium ei qui rogatus est, quo tempore fideicommissum præstare velit, etiamsi de fideicommissaria libertate agatur (quod fideicommissi genus omnium fauorabilissimum est) ita vt si viuus non præstiterit fideicommissum eius hæres statim id præstare compellatur, *dicta lege seruos 20. De manumiss. testament.* Cuius diuersitatis si vera sit illa fortasse ratio est, quòd hæres statim velle potest, & decernere cui potiùs offerat: quos verò dignos putet, non tam facilè, nec tam citò potest constituere, cùm fieri possit, fiàtque quotidie; vt qui heri dignus erat, aut saltem non indignus, hodie faciat aliquid propter quod videri debeat indignus. Itaque videtur hæc clausula fauorem hæredis maximè respicere, non tantum vt habeat distribuendi arbitrium, & præferendi quem volet (idem namque obtinet cùm testator scripsit *quibus voles*) sed etiam vt quandiu hæres viuit, ij omnes, qui ad fideicommissum inuitati sunt, in officio retineantur, ne indignos se præbeant, quod non aliter aut meliùs fieri potest, quàm si perpetuum hæredi, quandiu viuit, obsequium præstent, nisi hæres malit fideicommissum repræsentare vt maiore beneficio ad præstandum officium prouocentur: in quo tamen illud mirum videri potest, quòd ratio hæc diuersitatis supponit verbum *voles* non habere tractum temporis, & tamen vt constat, *ex l. 1. §. si quis adita l. filij 6. §. 1. D. ad SC. Tertyll.* vbi dicitur hoc verbum extensiuum esse, & cùm verba extensiua sunt posse admitti pœnitentiam, & mutationem voluntatis, quia scilicet futurum tempus respiciunt, non præteritum, aut præsens, nisi fortè quia respondeat subtiliter, meo iudicio magis quàm verè, vt in sequentibus dicemus, multùm interesse an tale verbum prolatum sit à lege, an ab homine conditionis adscribendæ gratia: quasi priore casu facilè possit eam recipere interpretationem quam lex vult, & quàm propriæ dictionis significatio requirit. Posteriore verò non item quia conditionum verba ex solius testatoris voluntate in vltimis voluntatibus sunt interpretanda, *l. in conditionibus 19. D. de condic. & demonstr.* Testator autem cùm ita scribit *quibus voles* ea procul dubio mente est, vt contentus sit prima voluntate, quia statim atque semel hæres voluit, verum est eum voluisse. Nec quod postea nolit, facere potest vt non semper verum sit eum semel voluisse, atque ita conditionem impletam fuisse, quæ porrò vbi semel extitit deficere postea nunquam potest, sicut nec illa vnquam existere quæ semel defecit. Tantóque magis hæc obtinent, quod non ità relictum fideicommissum fuisse ponimus *si voles*, nec enim sic relictum valeret vtpote quod esset collatum in meram hæredis voluntatem quod fieri nequit; *l. Senatus 43 §. penult. de leg. 1.* Nec rursum ita *cùm volueris*, quæ verba constat habere tractum temporis quandiu viuat is à quo fideicommissum relictum fuit, ac proinde facere conditionem, tanquam dato fideicommisso in diem incertum mortis hæredis; qui dies incertus pro conditione habetur, *l. dies incertus 75. de condic. & demonstr. l. fideicommissa 11. §. hoc autem legatum de leg. 3.* sed in hunc modum *quibus voles*, & quidem post datum purè libertis omnibus fideicommissum per illa verba, *Rogo restituas libertis meis*, quæ clausula præcedens facit, vt illa subsequens *quibus voles* non adeò conditionale fideicommissum reddat, atque si scriptum esset, *cui ex libertis meis dare voles*, sed hactenus duntaxat ne quisquam ex libertis possit se fideicommissarium dicere ante declaratam ab hærede voluntatem, aut moram in ea declaranda contractam: cùm tamen superiore proximo casu, id est cùm ita scriptum fuit, *cui ex libertis meis voles*, maneat conditionale fideicommissum in id vsque tempus, quo electio aliqua secuta sit, etiamsi mora in eligendo per longum tempus contracta proponatur. Est enim huiusmodi fideicommissum ab initio conditionale, ita vt nulla ex parte verborum possit videri purum, nec proinde quicquam est, ex quo suam intentionem confirmare possint fideicommissarij ante factam electionem, quia quandiu electio facta non est tandiu verum est nec extitisse conditionem fideicommissi quę potest adhuc deficere, nemine in posterum electo, nec defecisse, quæ nimirum potest adhuc existere si modò hæres grauatus, aliquem velit eligere in diem vsque mortis, *l. vnum ex familia 67. in prin. & §. 5. & §. rogo de leg. 2.* Denique etsi verum est iam inde ab initio alicui ex libertis relictum esse fideicommissum, tamen quis ille sit nescitur, Aut vt meliùs dicam, Sat scitur neminem esse cui relictum sit adeò vt non tantùm probatio hoc casu deficiat vt *in l. duo sunt Titij 30. D. de test. tu.* sed etiam ius, quia nullum ius competere potest ex fideicõmisso conditionali, siue expressa conditio sit siue tacita; quovsque conditio extiterit, *l. is cui 42. D de oblig. & action. l. 5. De cond. & demon.* In summa fideic. ita relictum, *Rogo restituas libertis meis quibus voles*, non tam conditione quàm mora suspenditur, quia etiamsi voluntatem suam hæres non declaret, atque ista sit & maneat inutilis adiectio illa *quibus voles* supersunt tamen priora illa verba, *Rogo restituas libertis meis*, quæ quoniam dispositiua sunt, & bonum per se sensum habent, & fideicommisso conueniunt, vtique fideicõmissum continent, & quidem

purum, ex quo proinde nihil absurdi est nasci petitionem fideicommissi statim atque mora in declaranda voluntate contracta est. At quod ita relinquitur, *cui ex libertis meis veles*, adeò implicitam habet tacitam electionis faciendæ conditionem, vt ea sublata nihil supersit quod per se possit constituere aliquod fideicommissum, multò minùs quod purum. Quantum verò intersit an conditione, an mora fideicommissum suspendatur constat satis ex *l. heres meus 79 in princ. l. quibus diebus 40. §. quidam Titio. De condit. & demon. l. ex his verbis 5 C. quand. dies legat vel fideic. ced.* & aliis quàm plurimis locis. Proinde fideicommissum omnimodo conditionale esse hoc casu necesse est, quippe quod si conditionale non esset, nullum esset. Nec pugnat quod scriptū videtur *in d. l. verum 7. §. 1. De reb. dub.* distribuendi quidem liberum arbitrium in hac specie hæredi cōcessum esse, sed dandi necessitatem præcedere. Illo namque loco relictum erat fideicommissum vni ex cohæredibus cui grauatus hæres vellet, ac proinde quamuis nulla electio sequeretur, non eo minùs tamen verum erat datum fuisse fideicommissum purè si non omnibus cohæredibus saltem vni ex eis. Quod non ita esset si testator simpliciter scripsisset, *cui ex cohæredibus veles*. Quamuis illo etiam casu verum sit nemine electo posse omnes fideicommissum petere, *d. l. vnum 67. §. rogo de leg. 2.* non tanquam omnibus datum sub conditione contraria quæ nullibi expressa inuenitur, si nemo eligeretur, sed quia licèt vni tantummodò datum sit, & quidem non purè sed sub conditione in casum electionis, non debuit tamē esse in hæredis potestate vt neminem eligendo liberaret se ab onere fideicommissi; quod vtique eueniret necesse esset nisi per iustam legis interpretationē ea fideicommissi præstandi ratio induceretur: idémque euenit, cùm testator vni expressim fideicommissum dedit eum illa adiectione *cui veles*. Etsi enim hic casus in eo differt à superiore quod vni ex cohæredibus dandi necessitas ab ipso testatore proficiscitur non à lege, perinde tamen incerta est persona eius cui testator fideicommissum dedit acsi simpliciter scriptum esset, *cui ex cohæredibus veles*, nulla electione secuta, cùm quis vnus ille sit, penitus ignoretur, Nec minùs futurum sit vt fideicommissum omninò intercidat, nisi per legis potestatem voluntas testatoris adiuuetur, obligato hæredis hærede vt ob nullam electionem factam præstet omnibus fideicommissum quod non nisi vni fuerat datum. Vtroque igitur casu nulla electio facta sit, dandi necessitas incumbit, sed vno casu iniuncta per testatorem dandi omnimodo & purè, quamuis non protsus statim, vni, per legem verò dandi omnibus si nesciatur quis vnus ille sit, ne alioqui quod datum est vni præstetur nulli: Alio autem casu iniuncta æquè per testatorē dandi vni quidem sed non omnimodò, nec purè, at sub illa conditione si is eligetur: Per legē verò dādi omnibus si nemo eligatur. Priore casu necessitas dandi à testatore iniuncta præcedit arbitrium distribuendi, quod idem testator concessit. Posteriore verò necessitas quæ est dandi à testatore iniuncta non præcedit sed concomitatur distribuendi arbitrium: Necessitas verò illa, quæ per legē inducitur præstandi omnibus quod vni soli datum fuit, vtroque casu sequitur arbitrium distribuendi, nullo præcedit, cùm non aliam causam habeat quàm quod electio nulla facta sit per eum, qui eligere & potuit, & debuit. Atque ita in toto hoc tractatu diligenter attendēdum est an de ea dandi necessitate agamus quæ iniuncta sit per testatorem, an de ea quæ iniungitur per legē. De priore loquitur Caius *in d. l. 7. §. 1. de reb. dub.* & Vlp *in d. l. cùm quidam*. De posteriore verò Papin. *in d. l. vnum ex familia 67. § rogo eod. tit. De legat. 2.*

ERROR III.

De inscitia Triboniani in d. l. cùm quidam & de Marcelli sententia ibidem relata.

Redeo iam ad *d. l. cùm quidam*, in qua quod ex eodem Marcello subiicit Vlpian. *in vers. idem ait*, Si hæres rogatus restituere libertis quibus volet neminem eligat, omnes ad fideicommissum admitti, facilem habet ex superioribus rationem. Quid enim mirum est peti ab omnibus fideicommissum, quod omnibus datum fuit? Nec enim verba illa *quibus voles* quæ à testatore adiecta ponimus, facere possunt vt fideicommissum intercidat, quasi defecta conditione sub qua relictum videbatur, cùm electio nulla facta est: Siquidem sublatis verbis illis fideicommissum remanet purum, & consequenter tantò citiùs præstandum, quasi quod ab initio non tam conditione aliqua quàm mora declarandæ per hæredem voluntatis suspensum fuerit, nunc verò ne mora quidem suspendatur postquam hæres ipse in declaranda sua voluntate moram contraxit. Sed illud magis mirum est quod Vlpian. ait *videri quasi iam præsenti die datum, cum sic relinquitur, Quibus voles nec vlli efferat*. Sensus enim est vt eiusdem legis sequentia explicant, quæ hanc Marcelli sententiam interpretantur, Cùm fideicommissum ita relinquitur, *Rogo restituas libertis meis quibus voles*, si non offerat hæres cui dare velit, adeóque si non statim offerat, id est sine aliquo interuallo, statim competere omnibus petitionem, id est etiam viuo hærede, qui in mora est offerendi: Mihi vero videtur hoc durius, & improbabilius, quàm vt possim credere sic Marcellum sensisse, Tantum abest vt credam esse id ex iuris ratione: Primùm quia non ita Marcellus scripserat si eius sententiam benè retulit Vlpianus, *si neminem statim eligat, omnes ad petitionem fideicommissi admitti*, sed simpliciter & indefinitè hoc modo, *si neminem eligat*. Sensit igitur potiùs non aliter posse omnes ad fideicommissi petitionem admitti quàm si neminem hæres quandoque elegerit, hoc est si nemo vnquam ab hærede electus sit, vt intelligamus quandiu hæres potest eligere fideicommissum à nemine peti posse, non magis quàm in specie illa de qua respondit Papinianus, *in l. vnum ex familia 67. §. rogo eod. de leg. 2.* Etsi namque in illa Papiniani specie hoc amplius est quòd fideicommissum ab hærede relictum fuerat, non nisi cùm moreretur præstandum, ne dubitari posset quin esset relictum in diem incertum mortis hæredis, nec proinde priùs debitum, cùm possent antea fideicommissarij omnes mori, *l. vxorem 41 §. Seium maritum de leg. 3. l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici D. de iur. fisc.* Effectu tamen ipso nihil apud me interest, an libertis suis restituere cùm morietur rogatus quis sit, an cùm voluerit, nec rursus an *cum voluerit*, an verò *cum voles* aut *cui voles*. Nam omnes hæ tres clausulæ sunt extensiuæ & habent tractum temporis in futurum, vt superiore capite scripsimus ex *l. fideicomm. 11. §. hoc autem legatum de leg. 3. l 1. §. si quis adita l. filij 6. §. 1. D. ad SC. Tertyll.* Vt scilicet hæres eligat si semel voluerit, & aliquem eligerit, adhuc tamen quandiu viuit mutare voluntatē possit, & per inde iterum eligere alium ac si cùm moreretur eligere iussus esset, *d. l. vnum ex familia in princip* Hoc est enim quod Vlp. scribit *in d. §. hoc autem*, huiusmodi legatum *cum velueris* tractum habere quandiu viuat is à quo fideicommissum relictum est, vt constat ex coniunctione, *d. §. cum §. praeced.*

Nec

Nec quod nos eum casum tractamus in quo scriptum erat *quibus voles*, diuersitatem iuris potest inducere, cùm hoc verbum *voles* magis habeat tractum temporis quàm verbum *volueris*. vt apparet ex *l. si quis stipulatus sit* 112. *De verb. oblig.* vt Pomponius scribit, multum referre an stipulationis verba ita cõcepta sint *quem voluero*, an ita *quem volam*. Nam si talis sermo fuerit, *Quem voluero*, stipulatorem postquam semel elegerit, mutare voluntatem non posse, quasi nõ habeant verba illa tractum temporis, Si verò tractum habeat sermo & sit talis, *quem volam*, potestatem habere mutandi donec iudicium dictet. Qui locus ne pugnet cum *d. §. hoc autem*, necessariò fatendum est differre hac parte vt in aliis plerisque legatum à stipulatione. In legato verbũ *cùm volueris* perinde habere tractum temporis atque verbum *voles*: In stipulatione non item, ideò fortasse quòd in legatis fiat latior interpretatio, præsertim fauore hæredis cui nihil potest imputari, At non in stipulatione cùm possit imputari stipulatori cur aliter & meliùs legem non dixerit, *lege quicquid* 99. *eodem*. iunct. *lege veteribus* 39. *D. de pact.* Vtut sit, negari non potest quin verbum *voles* habeat tractum temporis. Nec minùs si ab homine proferatur ad conditionem adscribendam, quàm si à lege. Illa enim distinctio quam proximo capite ex aliorum magis quàm ex nostra opinione retulimus, quasi aliter explicanda sint verba cùm ab homine quàm cùm à lege proferuntur, mihi probabilis fieri nulla ratione potest, qui video etiam in testamentis perpetuum esse vt non aliter à propria verborum significatione recedi oporteat, quàm si manifestum sit aliud sensisse testatorem, *lege non aliter* 69. *De legat.* 3. Itémque vt eas controuersias quæ ex ipso testamento oriuntur necesse sit secundum scripti iuris rationem expediri, *lege in his* 16. *D. de conditionibus & demonstrationibus.* Sed etsi verum esset, quod nos semper negabimus, verbum *voles* tractum temporis non habere vt permittat mutationem voluntatis: illud tamen semper faciet, vt non prius possit quisquam id fideicommissum petere quàm hæres suam declarauerit voluntatem. Nam si ea verba *nisi hæres noluerit* quæ post primam voluntatem non relinquunt hæredi arbitrium dicendi se nolle aut noluisse, ipsius tamen expressam voluntatem exigunt, vt scriptum est in *d. l. fideicommissa §. sic fideicommissum.* quanto magis expressa erit necessaria voluntas hæredis à quo fideicommissum relictum fuit *cùm volet*, aut *cui volet?* Quod si quis admittat, statim consequens fiet vt non ob id solùm possit ad fideicommissi præstationem vrgeri, quòd non continuò suam voluntatem declarauerit, cùm etiamsi nondum velit, quandoque tamen possit velle, cui scilicet testator ad eam voluntatem declarandam nullum tempus certum præscripsit. Quàm verò absurdius & iniquius illud erit si Marcellum sic interpretemur, vt hic hæres cuius voluntatem testator exegit & cui liberum eligendi arbitrium dedit, non solùm statim velle cogendus sit, ne statim ab omnibus conueniatur, sed etiam fideicommissum ei quem eligat offerre. Longè siquidem plus est non petenti offerre adeoque ei qui petere non possit, quàm petenti soluere: Neque verò vspiam proditum est cogi hæredem offerre legatum legatario, aut fideicommissum fideicommissario, ne tum quidem cùm legatum aut fideicommissum purum est, iísque verbis relictum quæ voluntatem hæredis nullomodo exigant: Sufficit enim vt petenti legatario vel fideicommissario non deneget solutionem, quia & interdum fieri potest ne legatum, aut fideicommissum petere velit is cui relictum fuit: nisi cùm legatum est minuri, *lege Titia Seio octuagesimaseptima §. vsuras de legatis* 2. *leges cùm quidam decimaseptima §. si pupillo Digest. de vsur. lege in minorum* 3. *Cod. in quibus causis non est necessarium in integrum restitui.* Et tamen sic Vlpianus loquitur, *in dicta lege cùm quidam*, quasi Marcellus senserit obligatum esse hoc casu hæredem vt offerat fideicommissum statim alicui ex libertis, aut vt se ab omnibus conueniri patiatur. Quod si ita est, durior erit conditio hæredis qui iussus est fundum restituere libertis quibus volet, quàm si fundum purè ac simpliciter restituere iussus esset. Nam & cùm hæres damnatus est vni ex libertis decem dare, nec constituit apud se cui dare velit, non ad aliud tenetur hæres quàm vt eadem decem libertis omnibus præstet, nimirum petentibus, quomodo ex eodem Marcello scriptum est *in lege si quis Titio decimaseptima §. 1. de legat.* 2. At vt hæc decem aut alicui ex libertis aut omnibus offerre debeat nullo loco proditum est, Multúmque refert an dicamus debere hæredem apud se constituere cui dare velit, vt scriptum est *in d. §. 1.* an verò debere ipsum offerre, quomodo loquitur Vlpianus *in d. l. cùm quidam.* Sed & me illud maximè mouet, quod video Vlpianum ex Marcello duas species tractare, Priorem de fideicommisso sic relicto, *Rogo restituas libertis meis quibus voles*: Posteriorem verò de fideic. per hanc formulam concepto, *Rogo restituas libertis meis his quos dignos putaueris.* Et postquam dixit in quo huiusmodi formulæ discrepent quatum ad conditionem eligendorum, Vt nimirum prior formula patiatur etiam indignum præferri, Posterior verò solos illos qui non offenderunt: Subiungit Vlpian. ex eodem Marcello versiculum illum, de cuius interpretatione nunc agimus, *Idem ait, si neminem eligat, omnes ad petitionem fideicommissi admitti*, Nempe siue priorem, siue posteriorem fideicommissi formulam à testatore vsurpatam proponas. Cur enim ad priorem solam velit quis hunc versiculum referre, ac non potiùs ad vtramque? Aut si alterutra eligenda est quidni potius posterior quæ præcessit immediatè? Tritum enim est sequentem clausulam referri debere ad proximiora non ad remotiora Atqui cùm ita fideicommissum datum est, *Rogo restituas libertis meis quos dignos putaueris*, certum est, Arbitrium eius esse qui rogatus sit quo tempore fideicommissum præstare velit, ita vt si volens non præstiterit hæres ipsius statim præstare cogatur, *l. seruos legauit* 30. *D. de manumiss. testament.* vbi Africanus hoc ipsum scribit fideicommissu libertatis quod omnium fauorabilissimum est. Nec enim facilè patitur ciuilis legislator moram aliquam fraudémve fieri libertati, *l. cùm verò* 26. *§. subuentum, & legibus sequentibus* iunct. *l. generaliter* 24. *§. si quis seruo de fideic. libert. l. mulier* 22. *§. non est dubitatum D. ad SC. Trebell.* Non ergo verum esse potest quod Marcellum voluisse Vlpianus vult, vt hæres ipse qui fideicommisso grauatus est si non statim fideicommissum offerat alicui ex eis quos eligere potuit, idipsum omnibus statim præstare teneatur. Idque præsentiés siue Tribonianus siue interpres potiùs quidam ille fuit, post illa verba, *cùm sic relinquatur*, adiecit *quibus voles*, ne alioqui Marcellus aut Vlpianus cum Africano hac in re pugnare videretur, cùm tamen apertissimum sit vtriusque formulæ speciem, vt iam diximus ab Vlpiano & Marcello tractatam fuisse, nam & verba illa *quibus voles* lineis interclusa sunt vt solent esse quæ sunt suspecta. At omnium intolerabilissimum illud est, quod Vlpianus posteaquam Marcelli sententiam sic interpretatus est, quasi senserit

hæredem hunc de quo agimus, statim eligere aliquem ex libertis, eique offerre fideicommissum debere, subinde *statim* illud sic interpretatur, *sine aliquo scilicet internallo.* Quis enim prudentum sic vnquam interpretatus est? Imò clamant omnes, Quoties in iure nostro ita cõstitutum vel receptum est vt aliqoid statim fieri sit necesse, sic accipi id oportere vt laxamentum & temperamentum aliquod adhibeatur quod illi quodã interuallo dicunt, id est, cum aliquo spatio temporis nec minimo, nec maximo, & quod magis intellectu percipi, quàm eloquutione exprimi possit, vt in *lege prima §. item si legatum D. ad legem Falcidiam, lege continuus 137 §. cùm ita, De verborum obligationibus lege promissor vigesimaprima §. 1. Digest de constitut. pecun. lege quod dicimus 105. De solut. l. quo enim 12. § Iulianus D. rat. rem habe.* Neque verò Vlpianus ipse hoc negare potest in specie, *d. l. cùm quidam*, in cuius postremis verbis ita scribit. *Nisi fortè antequam iustum tempus prætereat: quo potuit eligere cui potius offerat, cæteri decesserint.* Itaqoe secum pugnat, qui cùm priùs dixisset non solùm offerendum esse statim, sed subiecta etiam illa interpretatione *sine aliquo scilicet interuallo*, quæ dictio *scilicet* præcisè restrictiua est vt nostri post Bart. tractant ad *l. omnia 32. alias l. cùm ita §. in fideicommisso de leg. 2.* subinde tamen fatetur iustum tempus intercedere oportere, quod præterierit, & intra quod potuerit hæres eligere vt omnes liberti ad petitionem fideicommissi, quasi contracta mora per hæredem admittantur. Nec quod Accursius vt hanc repugnantiam effugiat, interpretatur verba illa, *sine aliquo scilicet interuallo*, de eo interuallo quod sit magnum, id est iusto maius, non de eo quod sit iustum, facere potest, vt non semper verum sit malè locutum Vlpianum & contra quàm soleat ipse loqui, cùm quod dixerat *statim* offerri debere sic interpretatus est, *sine aliquo scilicet interuallo.* Aliquod enim interuallum qui dicit in huiusmodi tractatu, is non de magno, sed modico potiùs iustóque interuallo sentire intelligitur, tantum abest vt de eo sentire possit quod sit maius iusto. Sed & me illud malè habet, quod in eadem sub Vlpiani nomine scriptum video, Hæredem qui in mora fuerit eligendi lege posse tamen moram purgare & adhuc eligere, quandiu fideicommissum nemo petit ex iis qui eligi potuerint. Id enim est quod scribitur in versic. *vtique si vno petente iam eligere non potest cui det.* Prius ergo est vt aliquis ex libertis fideicommissum petat, quàm vt hæres qui non statim elegit, eligere prohibeatur. At qui non aliter potest quisquam ex libertis fideicommissum petere, quàm si vel electus ipse sit, & quidem incommutabiliter, vel certum sit hæredem neque elegisse, neque eligere amplius posse: Sic enim accipio, quod Marcellus dixerat, *si hæres neminem eligat omnes ad fideicommissi petitionem admitti.* quia perpetuò verum est quod Papin. noster scribit *in d. l. vnum ex familia 67. § rogo eod. tit.* non posse quemquam petere quandiu præferri alius potest. Sic igitur fiet vt circulum inducamus, & perplexitatem à qua euolcere nos non possimus, exemplo illius de qua *in l. qui quadringenta 88. D. ad leg. falc. & in l. si Titius 16. D. de condit. instit.* Nam si dicamus libertos omnes post moram ab hærede in eligendo contractam posse fideicommissum petere, consequens statim fiet vt ab eo tempore non sit permittendum hæredi vt eligat; Non ob id solùm ne cæterorum quibus iam par & æquale ius quæsitum est conditionem deteriorem faciat, sed etiam quia prius est vt non possit eligere, quàm vt ob non factam electionem, possint liberti fideicommissum ab eo petere. Rursum si dicamus posse illum eligere etiam post moram quoadusqoe aliquis fideicommissum petat: Nemo igitur interim fideicommissum petere poterit: Atque ita eueniet vt post moram hæredis vtraque propositio vera futura sit, libertos & habere ius petendi fideicommissi, & non habere, Hæredem verò & eligere adhuc posse, & non posse, quod quàm absurdum sit, nemo non videt. Cum itaque iuris ratio fiat, vt neque ad fideicommissi petitionem aliter admittantur liberti, quàm si hæres neminem ex eis elegerit, nec eligere amplius vnquam possit, Neque prohibendus sit hæres eligere, adeóque quod magis est postquam elegerit mutare voluntatem quandiu viuit cùm data ei electio est per verba illa tractum temporis habentia, *quibus voles* aut *quos dignos putaueris*, concludamus in vtroque casu isto expectandam necessariò mortem hæredis vt fideicommissi petitio libertis omnibus possit competere, ac proinde non nisi in hæredis hærede verum esse quod de hærede ipso ait Vlpianus, Conuenire eum statim de fideicommisso ab omnibus libertis posse, vt ab Africano in specie non dissimili disertè responsum est in *d. l. seruos.* Multò magis autem falsum esse quod sub Vlpiani nomine scriptum est in *d. l. cùm quidam*, videri huiusmodi fideicommissum quasi iam præsenti die datum cùm sic relinquitur *quibus voles*, si hæres nulli offerat. Habet enim reuera fideicommissum hoc temporis tractum vt hæres quandocumque & velle possit, id est eligere, & vbi semel voluerit, & elegerit, adhuc voluntatem mutare quandiu viuit.

ERROR IV.

De emendatione dict. l. cùm quidam.

QVæ cùm ita sint, cogor dicere, & asseuerare quod ante me nemo dixit totam legem illam à Triboniano nostro deputatam fuisse sub Vlpiani nomine ob non bene perceptam Marcelli sententiam quam ille per mиram inscitiam iuris malè interpretatus longè aliter accepit quã aut à Marcello expressa sit aut accepta per Scæuolam qui ad Marcellum notas scripsit, Tollo primùm verba illa *videri quasi iam præsenti die datum cùm sic relinquitur, Quibus voles nec vlli offerat.* Inde namque incipit error & absurditas, vnde initium sumit Triboniani interpretatio; hanc porrò non tam Marcelli sententiam fuisse quàm alterius ad Marcellum interpretationem coniicio, probóqoe ex eo quod scriptum est in *versic. videtur enim:* Videri Marcellum arbitrari, cùm fideicommissum ita vti diximus, relinquitur, nisi offerat hæres cui velit, & statim offerat sine aliquo scilicet interuallo statim competere omnibus petitionem. Quid enim erat necesse sic loqui Vlpianum, & quasi de Marcelli sensu ac mente dubitantem, si tam apertè Marcellus scripserat, quasi iam præsenti die datum videri hoc fideicommissum? At neque perfecta est sententia, si non addas dictionem *enim*, aut quam aliam similem, quæ superiori hanc coniungat, & quàm necesse est à malo interprete aliquo subtractam esse, cùm existimaret fortasse verbum *videri* ad præcedentem sententiam pertinere, quomodo etiamnum legitur in plerisque editionibus quæ habent virgulam post *videri.* Omnino malè. Grammatica enim constructio requireret, vt scriptum esset *quasi iam præsenti die dari* cùm in præcedenti clausula scriptum sit *fideicommissi*, ni clausula hæc distincta esset, & separata, ac veluti rationis loco subiecta. Prodit verò hæc ratio Tribonianum, cui familiare est, prudentum sententias quantumuis apertissimas quasi obscuræ sint,

pro arbitrio interpretari, vt inde nouas & qualea vult propositiones inferat à iuris ratione penitus alienas. Nam in proposito, quid obsecro, dixerat Marcellus, propter quod suspicari quis posset in ea fuisse illum opinione, vt si non statim hæres eligeret, ne sine aliquo scilicet interuallo, protinus fideicommissum ab eo petere liberti omnes possent? Id vnum Marcellus nimirum dixerat, si hæres neminem eligat, omnes ad fideicommissi petitionem admitti. Quid vero illud est *si neminem eligat*, nisi hoc ipsum quod nos interpretamur, si neque velit, neque possit amplius eligere. Quandiu enim potest eligere, quid obstare illi debet, non elegisse? Illud ergo quærendum & discutiendum supererat, An eligendi facultas intercideret, si non electio statim facta esset. De quo tamen non dubitabat quidem Marcellus, quia nec dubitandi causa vlla subesse poterat, cùm ex iis verbis fideicommissum relictum proponeretur, quæ extensiua esse constabat: prodit etiam Tribonianum quod tam sæpe vtitur verbo *offerendi* pro eo quod voluit dicere *præstandi & restituendi*. In quo sensu neque Vlpianus, neque vllus ex veteribus prudentibus oblationis nomen vnquam vsurpauit, at Tribonianus persæpè, maximè in Nouellis adeo *vt oblationem* passim dixerit pro solutione & datione. *Nouell. 39. de restit. & ea qua par. vndec. mens. cap. 1. §. quamobrem.* & *Nouell. 97. de æqual. dot. cap. 6. §. illud quoque.* vnde sumpta est *Auth. quod locum*, quæ hoc etiam verbo in eundem sensum vtitur *C. de collat.* Produnt quoque Tribonianum tot interiersæ secundum pugnantes sententiæ, tanquam dubij hominis & hæsitabundi. Nam cum prius dixisset videri fideicommissum præsenti die datum si hæres nulli offerat, mox vt ius tam asperum corrigat, subiungit, *vtique si vno petente iam eligere non potest cui det.* Quasi non possit decernere vtrum præcedere debeat, An vt non possit hæres ampliùs eligere ad hoc vt petere fideicommissum possit aliquis ex libertis, An contrà vt possit aliquis ex libertis fideicõmissum petere, antequam hæredi etiam qui moram contraxerit, facultas eligendi omnino auferatur. Rursus cùm Marcelli sententiam sic interpretatus esset, quasi non dubitasset Marcellus quin præsenti die fideicommissum datum esset si hæres moram in eligendo quantulamcumque contraheret, mox de hoc ipso dubitat an Marcellus ita senserit, cum subiungit *videtur enim Marcellus arbitrari. &c.* Præterea postquam Marcelli sententiam sic accepit, quasi statim hæres eligere, & electio fideicommissum præstare debeat, subinde dubitat quid sibi velit illud *statim*, mox adhibet præcisam & certam affirmationem iis verbis *sine aliquo scil. interuallo*, tum veluti mutata sententia, & per eam formulam quæ Triboniano est omnium familiarissima, subiicit: *nisi fortè antequam iustum tempus prætereat quo potuit eligere cui potius offerat, cæteri decesserint.* Ita admittens falsum esse quod paulo ante dixerat debere hæredem statim eligere sine aliquo scilicet interuallo: nisi quis probabilius putet his postremis verbis Marcelli sententiam notari & corrigi, vt quemadmodum à Scæuola reprehensus fuit in eo, quod dixerat prædefunctis vno excepto cæteris libertis omnibus soli superstiti fideicommissum dandum esse, ita reprehendatur ab Vlpiano, aut potius à Triboniano sub Vlpiani nomine in hoc quod senserat debere statim hæredem eligere ac sine aliquo interuallo. verum vt iam suprà monuimus iniusta & maleuola isthæc reprehensio est: quæ fingit sensisse Marcellum quod neque dixit, neque sensit, vt habeat quod possit reprehendere, vt proinde cauillationem verius quàm reprehensionem eam dicere debeamus.

ERROR V.

De sententia l. si quis Titio 17. §. 1. de legat. 2.

SEd quid, rogo, esse potuit, quod Tribonianũ mouerit, vt tam absurdã sibi fingeret ad Marcellum interpretationem? Duo fuerunt, ni fallor, quæ Tribonianũ satis alioquin falli facilem fefellerunt. Primum illud est, quod huius Marcelli sententiæ qualem eam fuisse hoc loco interpretatur, vestigia quædam vidit in *l. si quis Titio 17. §. 1. eod. tit. de legat. 2.* vbi Marcellus scribit, si hæres damnatus sit vni ex libertis dare, & non constituerit cui daret hæres, omnibus eum præstare eadem decẽ cogendum esse. Non enim animaduertit Tribonianus quantum distet inter speciem illam, & hanc quæ ex eodem Marcello tractatur *in d. l. cum quidam*: id est quantum intersit, an testator vni ex libertis fideicommissum reliquerit simpliciter, non adiecto eo, *cui voles vt in d. §. 5.* an verò libertis omnibus, aut, etiam si mauis vni ex plurib. libertis cum illa adiectione, *quibus voles* aut *cui voles.* Priore siquidem casu fideicommissum purum est, nulla prorsus habens verba extensiua, quæ vel conditionem, vel moràm qualem qualem possint fideicommisso iniicere. Proinde nihil est quod impediat quominus fideicommissum per omnes peti statim possit, nisi quod vni soli relictum fuit non omnibus. Quis autem vnus ille sit, planè nescitur, donec hæres constituerit cui dare velit. Sed hæc ratio probat tantum, esse hæredis electionem cui potius ex libertis omnibus dare malit, non quidem quantum ad verba, vt *in dict. l. vnũ ex familia §. rege*, vbi electionem testator hæredi suo dederat verbis illis expressis *cui voles*, sed quãtum ad vim & sententiam verborũ, quia quod vni personæ incertæ ex pluribus certis relictum est, nõ aliter sciri potest cui debeatur, quàm si persona illa certa fiat, quæ porrò fieri certa nequit nisi per electionem, & quidem ab hærede tanquam debitore faciendam siue fideicommissum relictum sit, siue legatum per damnationem quod ad fideicommissi naturam propiùs accedit, & de quo agit Marcellus *in d. l. si quis Titio §. 1.* aut per sortem vt *in l. vlt. C. commun. de legat.* Debet igitur esse in potestate & arbitrio hæredis cui det, cùm vni ex pluribus dare iussus fuit: licet nihil testator expressim de electione dixerit, quia tacita eligere iussus est qui vni ex pluribus dare iussus & dãnatus fuit: & par est hac parte vis taciti & expressi. Sed quia non tã ex verbis quàm ex testatoris voluntate ius hoc eligendi proficiscitur interueniente iusta quoque iuris interpretatione, placet electionem hanc tandiu durare, quandiu non sit hæres in mora eligendi, & ideò si hæres non constituerit cui dare velit, interposito nimirum illo temporis spatio quod neque maximum, neque minimum esse debere diximus, protinus cogendum eum dare omnibus, quod vni fuerat dare iussus, in pœnam scilicet negligentiæ, vt Bartolus noster ad eum locum notat, non aliter quàm si testator ita scripsisset, *Hæres meus decem vni ex libertis meis dato si non dederit, omnibus dato.* In qua specie non dubitaretur quin omnibus deberetur legatum aut fideicommissum, quod vni oblatum & præstitum incontinenti non esset, *d. l. 1 §. item si legatum D. ad leg. falcid.* Quasi transfusio in omnes legato, quod in vnum dumtaxat collatum fuerat, *l. si penum 54. D. quand. dies legat. ced.* Simile aliquatenus sed non omnino est quod ex Paulo scribitur *in l. si Titio 16. de leg. 2.* si Titio aut Seio vtri hæres vellet legatum relictum sit, hærede alteri quidem dando ab vtroque liberari:

ſed ſi neutri det perinde poſſe ab vtroque ſeparatim & in ſolidum conueniri ac ſi ſingulis & vnicuique ſoli legatum foret : ſimile namque illud in hoc caſu eſt, quod vterque petit legatum alterutri duntaxat datum, idque propter moram in eligendo ab hęrede contractam: At illud diſſimile eſt, quod eorum quiſque petendo legatum , id petit quod ſibi relictum eſt nominatim, nec repelli poteſt exceptione illa, quaſi id petat quod alij, aut quod non ſibi ſoli relictum fuerit. Ponimus enim Titio aut Seio legatum datum eſſe, hoc tamen addito, *vtri heres mallet*, non vt conditionale fieret legatum , ſed vt appareret eam teſtatoris eſſe voluntatem , non vt inter illos portiones viriles conſtituerentur , at potiùs vt fierent duo correi, cùm ſicuti per ſtipulationem, ita per teſtamentum duos correos conſtitui nihil prohibeat vt eadem lex ait: itaque poterit quidem vterque petere ſolidum, adeóque ſtatim nullo temporis interuallo quantumuis minimo expectato, quia non in pœnam negligentiæ hæredis vt in ſuperiore ſpecie, ſed ex verbis teſtamenti ad petitionem legata admittuntur , ſed non ideò tamen ſinguli ſolidum conſequentur, at is demùm qui prior petierit, cùm eius petitione perinde atque acceptilatione tota ſoluatur obligatio, & hæres vni dando ab vtroque liberetur. Nam & in duobus correis idem contingeret, *l. 2. l. eandem rem 9. l. ex duobus 16. D. de duob. reis l. ſi rem 31. §. 1. D. de nouat. l. ſi per imprudentiam 51. §. vlt. D. de euict.* In illa autem ſpecie quá Marcellus tractat *in d. l. ſi quis Titio* 17. §. 1. hoc eſt cùm legatum vni ex libertis ſimpliciter datum nulla electionis facta mentione omnes petunt, neque ſinguli poſſunt petere ſolidum , neque vni ex eis ſolidum ſui poſtquam cœperunt cæteri poſſe petere: ſed omnes admittũtur in viriles partes, ita vt verum ſit quod lex ait eadem decem omnibus præſtari : quia iuris interpretatio quæ ſola facit vt quod vni datum eſt omnibus præſtandum ſit multiplicare legatariorum aut fideicommiſſariorum perſonas citra hæredis iniuriam poteſt , At multiplicare legata pro numero legatariorum , aut fideicommiſſariorum non poſſet , quin multiplici præſtatione contra teſtatoris voluntatem hæres grauaretur. Ius autem cùm ſe interponit vt legatum , aut fideicommiſſum vni relictum pluribus præſtari iubeat , non id agit vt hæredem contra vel ſupra teſtatoris voluntatem oneret, ſed hoc tantùm vt hæredem non patiatur ſeipſum eximere ab obligatione præſtandi legati, vel fideicommiſſi per negligentiam ſuam in eligendo contractam, ne alioqui voluntas teſtatoris intereidat , quam ſeruari ſemper , & vt ſeruetur adiuuari oportet : cæterùm in ea ſpecie qua ex eodem Marcello tractatur *in d. l. cùm quidam*, ſunt omnia diuerſa. Ibi enim proponebatur fideicommiſſum relictum non vni ex libertis , ſed libertis , indefinitè , ac proinde omnibus, cùm dici ſoleat, quod & veriſſimum eſt, indefinitam æquipollere vniuerſali , *l. ſi plures 98. de legat.* 3. Relictum, inquam, additis tamen verbis illis, *quibus voles*, quæ cùm habeant tractum temporis, non patiuntur ſanè illam interpretationem , vt hæres ſtatim velle & eligere cogendus ſit, & ni faciat conueniri protinus ab omnibus poſſit , quaſi amiſſo eligendi beneficio, quod ei ſaluum ad diem vſque mortis eſſe teſtator voluit. *d. l. ſi fideicommiſſa 11. §. hoc autem legatum de legat. 3. d. l. ſeruos 20. D. de manum. teſtam. d. l. ſi quis ſtipulatus 112. de verb. oblig. d. l. 1. §. ſi quis ad ea. l. filij 6. §. 1 D ad SC. Tertyll.* ſed & illud inter has ſpecies diſſimile eſt quod etſi in vtraque admittuntur liberti omnes ad petitionem fideicommiſſi quod vni tantum deberi darique potuerat, ſi hęres eligere voluiſſet, Attamẽ in ſpecie, *d. l. ſi quis Titio* 17. §. 1. admittuntur omnes non tam ex verbis teſtamenti quàm ex iuris interpretatione ad conſeruandam voluntatem nec repugnantibus verbis, ideóque nihil vetat eam fieri à iure interpretationem vt ſtatim conſtituere apud ſe hæres debeat, cui ex libertis dare velit, alioqui poſſit ſtatim ab omnibus conueniri, quia non aliter nec melius conſeruari teſtatoris voluntas poteſt, quàm ſi hoc modo puniatur negligentia hæredis, qui tardiùs eligere voluit, vt fideicõmiſſum nemini interim præſtaret , quod citiùs & ſtatim vni præſtari teſtator iuſſerat. In ſpecie verò, *d. l. cùm quidam*, admittuntur omnes liberti ad petitionem fideicommiſſi non ex iuris interpretatione ſed ex verbis ipſis teſtamenti , *rogo reſtituas libertis meis*. Proinde nullus ambigendi locus relinquitur , qui admitti debeant ſecundum formulam verborum. Ergo non ſtatim atque hæres negligens fuerit in voluntate ſua declaranda ſed eo demùm tempore quo non poſſit ille amplius eligere ex teſtatoris ſui voluntate : quod iam diximus non priùs contingere quàm deceſſerit, quia quandiu viuit, ſaluum habet , liberúmque etiam poſtquam elegerit, iterum eligendi arbitriũ propter verba illa extenſiua *quibus voles*, aut, *quos dignos putaueris* , ita vt nec poſſit dici negligens quandiu viuit. Is enim tantùm negligens eſt in eligendo qui tardiùs eligit quàm teſtator voluerit, non qui ſpatio temporis ſibi ad eligendum dato vſus eſt , quamuis citiùs eligere potuerit ſi voluiſſet. In quo facere adhuc non poſſũ, quin moneam Triboniani manum & inſcitiam in *d. l. cùm quidam*, aliunde nec obſcurè meo iudicio deprehendi, ex eo nimirum quod cùm initio legis eam ſpeciẽ propoſuiſſet, in qua teſtator dixerat, *rogo reſtituas libertis meis, quibus voles*, ſubinde tamen eam variat, cùm *in verſ. Videtur enim*, eam fideicommiſſi formulam quaſi eadem ſit, proponit , *ex libertis cui volueris*, cùm tamen inter has formulas multùm interſit. Hæc enim poſterior non admittit libertos ad petitionem fideicommiſſi ex vi verborum: ſed tantùm per iuris interpretationem, ſiquidem quantum ad verba ipſa hæredis electio eſt vt Papin. loquitur, in *d. l. vnum ex familia. § rogo*, id eſt non alius ad fideicommiſſum per ea verba inuitatus videtur quàm is quem hæres elegerit , & ideò ceſſante electione nemo ex figura verborum ad fideicommiſſum admittendus eſſet , omnes tamen admittuntur ſed per interpretationem iuris, ne alioqui, vt toties diximus, in poteſtate ſit hæredis facere neminem eligendo, vt fideicommiſſum intercidat, ergo non viuo hęrede, at poſt ipſius duntaxat mortem , quo demum tempore certum eſſe incipit neminem præferri amplius poſſe , *d. § rogo*, cuius loci rationem qui petunt ex eo , quod teſtator in fideicommiſſo adiecerat verbum *cùm morieris*, errant meo iudicio, cùm iis quoque verbis omiſſis , poſſet nihilominùs peti ex ſequentibus illis, *cui voles*. Quid enim refert an teſtator fideicommiſſum expreſſim contulerit in tempus mortis, an in eam hæredis voluntatem quoę declarari adeóque mutari quandocunque poſſit ad extremum vſque vitæ ſpiritum? Quod ſi ita eſt, quis non fateatur longe duriorem & abſurdiorem eſſe interpretationem quam ad Marcellum Tribonianus adhibet , ſi dicamus eam Marcelli ſententiam fuiſſe , vt teſtatore ita ſimpliciter locuto. *ex libertis cui volueris* , admittendi ſint ad fideicommiſſi petitionẽ ſtatim atque ceſſauit vel tantiſper hæres in eligendo ? Eſt enim longè difficilius vt per iuris interpretationem iis ſuccurratur qui ex verbis non veniunt , quàm iis qui pro ſe habent verba teſtamenti, ne vt noſtrorum brocardico vtar, duo ſingularia circa eandem rem & ſpeciem concurrant, ſi eos qui vocati non ſunt ne quidem ſinguli niſi ſub

conditione

conditione siue expressa siue tacita, *si eligerentur*, admittamus & nulla facta electione & statim atque cessauit hæres in voluntate sua declaranda, cùm satis supérque iis esse debeat, quod ad fideicommissum voi duntaxat relictum eligeretur, aut quod idem est, si eligeretur, omnes tamen admittuntur etiam citra electionem quamuis non nisi eo demum tempore quo certum sit electionem fieri amplius nullam posse, id est post mortem hæredis. Fateor tamen effectu ipso nihil interesse hac parte, an testator ita scripserit, *rogo restituas libertis meis quibus voles*, an ita, *cui ex libertis meis voles*. Vtroque enim casu si electio nulla per hæredem facta sit, admittuntur omnes liberti ad petitionem fideicommissi, & vtroque casu non nisi post mortem hæredis, aliter atque si legatum sit vni ex libertis non addita expressim clausula, quæ det electionem, quamuis ea tacitè subintelligatur per legis Interpretationem, quæ sicuti nulla requirit verba, sed solam iuris potestatem, ita non potest videri habere verba vlla extensiua, quorum potestate fieri debeat vt eligendi facultas in diem vsque mortis hæredis durare debeat, vt suprà diximus. Non ergo debuit Tribonianus eam Marcelli sententiam quæ extat *in d.l.si quis Titio* 17. §.1. aptare & proträhere ad speciem illam quæ ex eodem Marcello proponitur *in d.l.cùm quidam*, debuerátque obseruare non modò diuersitatem illam formolarum, quam huc usque explicauimus, sed etiam quod duo illi loci ex diuersis Marcellis libris sumpti sunt. Vnus enim est libr.10. Digestorum, alius ex decimo quinto vt constat ex inscriptione, *d.l.*17. *& l.si tamen* 25. quæ sequitur immediatè, *d.l.cùm quidam*, & in qua tamen tractatur eadem ipsa quæstio, de qua *in d.l. cùm quidam*, si quibusdam ex libertis absentibus præsentes fideicommissum petant quasi præsenti die datum, quid faciendum sit. Credibile si quidem est ex eodem libr.15. sumptam esse Marcelli sententiam quæ ex Vlpiano refertur *in d.l. cùm quidam*, nullo citato libro.

ERROR VI.

De Scæuola ad Marcellum nota in d.l. cùm quidam, 24. De legat. 2.

Alterum quod Tribonianum fefellit meo iudicio illud est, quod Marcellum à Scæuola notari & reprehendi vidit, nec tamen Scæuolæ notam benè percepit, inde namque occasionem sumpsit reprehendendi, magis ac magis Marcelli, etiam in eo in quo non fuerat à Scæuola reprehensus. Scripserat Marcellus, post expositam suam opinionem de libertis omnibus ad fideicommissi petitionem admittendis si nemo electus esset, *planè si cæteri defuncti sunt, superstiti dandum, vel hæredi eius, si priùs quàm peteret, decessit*, hoc verò est quod Scæuola reprehendit, ratione illa, quod si omnes petere potuerunt, cur non, inquit, qui decesserunt ad hæredem transmiserunt? Reprehensio non est mala, si Marcelli mentem bene Scæuola intellexit, illud enim extra dubium est, legati petitionem quæ defuncto competiit transmitti ad hæredem, cùm ad causam transmissionis sufficiat diem legati cessisse vel fideicommissi viuo legatario aut fideicommissario, quod ipsum nihil aliud est, quàm cæptum fuisse deberi legatum, vel fideicommissum, *l.*2.3.4.*& poss. D. quand. dies leg. ced. l.cedere diem.* 213. *de verbor. significat.* Sed vereor ne Marcelli mens longè alia fuerit, quem nemo facilè credideric ignorasse id quod omnes sciunt: quod enim scripserat, *si cæteri defuncti sunt*, haud dubiè intellexerat de iis qui viuo hærede mortui essent, ac proinde priusquàm fideicommissi petitio nata esset, quam suprà ostendimus nasci non potuisse ante mortem hæredis propter fideicommissi verba extensiua, quæ saluum eligendi arbitrium in ea specie dabant hæredi quoad viueret, de iis in summa qui defuncti essent non solùm antequàm fideicommissum peterent, sed etiam priùs quàm fideicommissum petere possent. Et contrà, quod dixerat Marcellus *superstiti dandum*, non de alio poterat accipi, quàm de eo, qui hæredi grauato superuixisset, superstitem enim opponebat, non cæteris collibertis prædefunctis, sed hæredi, qui cùm eligere viuus debuisset, nulla tamen facta electione decesserat. Eodem planè sensu quo Papinianus scripsit in *l. cùm pater* 77. §. *hereditatem filius eodem, de legat.* 2. Cùm quis hæreditatem filiis suis vel cui ex his voluerit, restituere rogatus est, conditionem fideicommissi ante mortem filij eiusdémque hæredis non existere, ideóque viriles partes inter illos fieri qui eo tempore vixerint quo filius mortuus est, cùm de aliis eligendi facultas, inquit, non fuerit, quæ ratio eadem facit, vt si vnus tantùm superstes fuerit, ei soli dandum sit fideicommissum, non cæteris quia defuncti sunt, nec eorum hæredibus, quia non potuerunt fideicommissum conditionale transmittere, ij qui ante conditionis euentum decesseruot: quod tamen transmittit superstes, si priusquàm peteret, decesserit, ante quàm moreretur, cùm superuixerit hæredi per cuius mortem extitit conditio fideicommissi vt consequenter dubitari non possit quin dies cesserit eo viuo, vnde apparet euidenter qua ratione motus Marcellus aliud iuris constituerit in hærede superstitis quàm in hæredibus prædefunctorum. Nempe quia de iis prædefunctis tractabat qui priùs decessissent non solum quàm fideicommissum peterent, sed etiam quàm petere possent, de eo autem superstite qui decessisset priusquam peteret, at non priùs quàm petere posset, Scæuola verò vt Marcellum reprehenderet, more illis familiari qui ad alium notas scripserunt, quos nimio reprehendendi desiderio tenere vt plurimùm solere compertum est, sic Marcellum accepi quasi senserit, defunctis vno excepto libertis omnibus post diem fideicommissi cedentem soli superstiti dandum fideicommissum aut eius hæredi si priusquàm peteret ille decessit, non etiam hæredibus cæterorum, qui etiam cùm viuerent, petere potuissent. Sic enim acceptum fuisse Marcellum à Scæuola constat ex ratione illa reprehensionis, *Si omnes petere potuerunt, cur non qui decesserunt ad hæredem transmiserunt?* Et sanè si Marcellus ita sensisset, quomodo eum interpretatus est Tribonianus, vt statim atque hæres fideicommisso grauatus moram vel minimam in eligendo contraxisset admittendos esse omnes ad petitionem fideicommissi, vix fieri posset, vt non potuerint prædefuncti colliberti fideicommissum petere ante mortem suam; nisi ponerentes viuo adhuc testatore aut saltem ante aditam ab hærede hæreditatem decessisse: quo tamen casu non esset tractandum de transmissione fideicommissi quod in causa caduci vel caducum factum esset. Et tamen negari non potest, quin Marcellus de iis senserit qui decesserint non modò post testatorem verùm etiam post aditam ab hærede ipsius hæreditatem, sed viuo tamen hærede, atque ita ante ntem ex conditionis euentu diem fideicommissi: neque vllam reprehensionis occasionem vel maleuolo cuiquam Marcellus reliquisset si ad illa verba, *planè si cæteri defuncti sunt*, adiecisset, *viuo hærede*, quomodo certè

intellexit. At quia non dixit, noluit quisquis Marcellum reprehendit, hoc supplere, vt reprehendendi ansam retineret. Sic enim loquor, quia non facilè possum mihi persuadere in mentem Sceuolæ vnquam venire potuisse vt tam libenter nullóque colore tantum Iureconsultum quantus Marcellus fuit, notaret, cuius sententia iusta interpretatione adiuuare & excusare potiùs debuisset. Vereórque ne sit etiam hæc nota Triboniani, quem video adiecisse de suo verba illa, *cùm nulli offertur*, quæ non potuit addere Scæuola quin eam inscitiæ & cauillationis culpam in se conijceret quam nos Triboniano adscribimus. Nec enim Marcellus scripserat posse omnes fideicommissum petere cùm nulli offertur, ab hærede viuo, sed posse omnes fideicommissum petere si hæres neminem elegerit, quod perinde erat ac si scripsisset posse omnes fideicommissum petere post mortem hæredis, qui scilicet quandiu viuit eligere potuit, ac proinde quem diei non potest absolutè, neminem elegisse priusquàm decesserit, quamquam autem liceret de Scæuola tam malè suspicari vt Marcellum temerè ac sine causa reprehendere voluisset, quasi Marcellus negasset transmissam esse petitionem fideicommissi ab iis, qui post mortem hæredis cessante electione decessissent ante petitum fideicommissum, non ideò tamen fatebor aut Marcellum aut Scæuolam in ea fuisse hæresi vt crederet in proposita specie natam fuisse pro omnibus petitionem fideicommissi iam inde à quo tempore viuus hæres moram in eligendo contraxisset, tantum abest vt mihi persuadeam vtrumque in tam absurda sententia cum Triboniano consensisse, aut Vlpianum eodem sensu siue Marcelli, siue Sceuolæ sententiam accepisse. Neque rursum contextus ille verborum sapit elegantiam Vlpiani, præsertim verò illo in loco, *Cum igitur omnibus competat, merito notatus est, &c.* Est enim totum id longè dignius elegantia Triboniani, maximè si iungas cætera quæ nos in præcedentibus obseruauimus.

ERROR VII.

De fideicommisso familiæ relicto ad §. in fideicommisso l. omnia 32. aliàs l. cùm ita de leg. 2.

CVm familiæ relictum est fideicommissum in qua sint plures agnatorum aut etiam liberorum gradus, si quæratur quis ad fideicommissi petitionem admitti debeat, & quo ordine fauentur omnes id seruandum esse quod Modestinus respondit *in l. omnia 32. aliàs l. cùm ita, § in fideicommisso de legat. 2.* Admitti quidem eos solos qui sunt ex agnatione testatoris, & de nomine ipsius non etiam cognatos qui per fœminam coniuncti sunt, quos constat familiæ appellatione non contineri, *l. familiæ, De verbor. significat.* nisi communis vsus loquendi eo in loco in quo testamentum conditum est, diuersam interpretationem suadeat vt Bartolus tractat *ad dict. §. in fideicommisso. num. 4.* vbi addit & rectè, nihil ad rem facere quod Iustinianus cognatis agatis exæquauerit quantum ad causam successionis intestati, *Nouell. 118. de hered. ab intest. veniem.* Nec enim Constitutione illa factum est, fierive potuit, vt cognati facti sint agnati, aut contrà, quæ nimis fœda esset verborum rerúmque confusio, vt eiusdem Iustiniani verbis vtar, *in l. vlt. C. de legit. tutel.* Sed inter eos qui sunt ex familia quis admitti debeat & quo demum ordine non ita constat. Modestinus sanè primo loco eos vocari ait, qui nominati sunt à testatore, nimirum cuiuscumque gradus sint etiamsi remotioris vt rectè Castrensis interpretatur, quod nonnulli Accursio sic accipiunt, vt si testator ita scripserit, *Fundum Cornelianum familia mea dari volo scilicet Petro & Ioanni*, Petrus & Ioannes cæteris omnibus qui ex familia sunt præferantur, iis verò deficientibus & extinctis cæteri de familia admittantur. Alij verò, ac multò meliùs cum Bartolo, si testator ita dixerit, *Fundum Cornelianum familiæ meæ dari volo & Petro & Ioanni.* Copula enim, *&*, auget non restringit, *l. ea tamen, 46. de legat. 3.* cùm è contrario articulus, *scilicet*, restringat, faciátque vt Petrus & Ioannes taxationis potiùs quàm ampliationis gratia nominati videantur, ac proinde vt alij quàm ipsi ad huiusmodi fideicommissum admitti non possint, ne quidem post ipsos, *l. legata supellectili, 9. §. 1. D. de supell. legat.* At post eos qui nominati sunt, quamuis placeat Modestino admitti eos debere qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore quo is moriebatur, dubitant tamen nostri an ita id intelligi debeat, vt priores admittantur illi qui sunt ex eodem ordine, & gradu nominatorum, an verò illi qui sunt ea alio gradu dummodò proximiore. Nam si sint ex alio gradu remotiore constat inter omnes non posse illos cum proximioribus concurrere, cùm vt quisque proximior est, ita & prior in dubio ac cæteris paribus ad fideicommissum inuitatus videatur, vt scriptum est *in d. §. in fideicommisso*, & à Papiniano, *in l. peto, 69. §. fratre eod. tit.* Frequentior tamen & verior nostrorum sententia est, non tam eum gradum spectandum esse, in quo sunt qui soli nominati proponuntur, quàm eum qui sit proximior testatori. Nam vt Bartolus benè obseruat, non ita scribit Modestinus, vt dicat post extinctos omnes eos, qui nominati fuerant, admitti eos qui ex eo ordine fuerint, sed qui ex nomine defuncti, & ea his ipsis illos qui primo gradu procreati sunt. Nominatio enim certæ personæ demonstrat dilectam fuisse à testatore personam illam, non gradum in quo est persona. Sunt ergo priore loco admittendi proximiores. Sed hic rursum hæsitatur, an proximiores intelligi debeant illi qui proximiores sunt testatori, an verò qui hæredi. Sic enim Modestinus locutus est, & adeò ambiguè vt quid senserit, non facilè sciri possit, *aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sint.* Nec desunt magni plerique viri qui moti ex illis verbis, *& qui ex his*, pro iis respondeant, qui proximiores sunt hæredi. Nam quemadmodum prior pars clausulæ non de aliis loquitur, quàm qui fuerint ea nomine defuncti, tempore mortis inspecto, ita posterior non ad alios pertinere videtur, quàm qui procreati sint ea iis qui ex defuncti nomine fuerunt, ac proinde qui ipsis prioribus fideicommissariis proximiores sunt non qui testatori. Quam sententiam præcipua inter cæteros contentione defendit Bartholom. Socin. *ad l. heredes mei 57. §. cum ita D. ad SC. Trebell. & consil. 249. 253. & 86. vol. 5. consil 73. volum. 4.* & alij tam multi post eum, vt quamuis à contraria parte ster Bartolus, Baldus, & frequentior veterum interpretum schola, hodie tamen vix sciri possit, quænam sit magis communis, si a thorum qui in vtramque partem afferri solent capita numerentur: quæ numerat exactè Antonin. Tessaur. *decis. Pedem. 64.* Mihi tamen contraria opinio quæ ve diximus fuit iam olim Bartoli, *ad l. si cognatis num. 2. de rebus dub.* & antiquiorum, non solùm probabilior esse semper visa est, sed extra omnem omnino dubitationem, si Modestino credimus, *in d. §. in fideicommisso*, vbi quod ait, *& qui ex his primo gradu procreati sunt*, non aliam sensum

habet

habet, quàm ſi ſcriptum eſſet, *& ex his qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore quo moriebatur quos paulò ante dictum eſt admitti debere ad petitionem fideicommiſſi poſt extinctos omnes nominatos, illi præferendi ſunt qui primo gradu procreati ſunt*, relatione ſcilicet ſemper facta ad nomen & familiam teſtatoris, & ad perſonam ipſius, non ad perſonam hæredis aut prioris fideicommiſſarij. Nam cùm ſcripſiſſet Modeſtinus poſt extinctos omnes nominatos, admitti eos debere qui ex nomine defuncti fuerint cùm is moreretur, & dubitari probabiliter poſſet, an ſic ſenſiſſent vt omnes omnino agnati ad teſtatoris nomen & familiam pertinentes ſimul admittendi eſſent, an verò ſucceſſiuè ita vt alij aliis præferrentur, neceſſe erat Modeſtinum ea verba addere, *& quis ex his primo gradu procreati ſunt*, vt quiuis intelligerat ſeruandam eſſe hoc caſu inter vocatos graduum prærogatiuam, & proximiores teſtatoris remotioribus præferendos. De quo nec quiſquam vt opinor dubitaret ſi paulò clariùs Modeſtinus ſcripſiſſet, *& ex his illos qui primo gradu procreati ſunt*. Quid autem intereſſe poteſt apud bonos & intelligentes Iureconſultos an ita ſcriptum ſit, *& quis ex his*, an ita potiùs, *& ex his quis*, ſic *& in l. Titia Seio* 87. *§ Seia libertis*, ibi, *quive ex his tunc ſuperuiuent*. Præſertim cùm præcedentia verba eſſent aperta de admittendis iis ſolis qui de nomine ac familia defuncti fuiſſent mortis tempore, & ratio iuris eſſet manifeſtiſſima pro iis qui teſtatori ipſi proximiores eſſent, non etiam pro iis qui hæredi, quandoquidem per fideicommiſſum non hæredi ſucceditur, ſed teſtatori: *l. cohæredi* 41. *§ cùm filia de vulg. & pupill. ſubſt. l. ſequens quæſtio* 68. *de leg.* 2. *l.* 1. 3. *& poſſ. D. ad SC. Trebell.* Qua de cauſa non inſubtiliter quidam hac in re diſtinxerunt vulgarem & fideicommiſſariam ſubſtitutionem à pupillari, vt in pupillari ſpectandum ſit quis proximior fuerit non patri qui pro filiò teſtatus proponitur, ſed filio qui ipſe teſtator eſſe intelligitur. Secundum ea quæ ſcripſimus in Codice Fabriano, *Defin.* 6. *de verborum ſignificat.* At longè meliùs quam qui vulgarem & pupillarem à fideicommiſſaria ſepararunt, quos refert refellitque Teſſaur. *dict. deciſ.* 64. *num.* 4. Denique vt ſubtiliter iam olim Raph. Cuman. dicebat dictio, *&*, in ſupradictis illis Modeſtini verbis, *& qui ex his*, non ad copulationem addita eſt, ſed ad declarationem præcedentium verborum.

ERROR VIII.

De nomine familia an per ſe inducat multiplicationem fideicommiſſorum.

Videtur autem hæc interpretum noſtrorum diſſenſio: & eorum error qui pro grauati proximioribus reſponderunt, ea eo deſcendiſſe, quod omnes ſupponunt & pro vero habent, in ſpecie illa Modeſtini de fideicommiſſo familiæ relicto ita ius eſſe, vt fideicommiſſum etiam quod prioribus acquiſitum ſit, tranſire nihilominus debeat an poſteriorum graduum agnatos quaſi pluribus fideicommiſſi gradibus conſtitutis, in caſum non modò vulgarem, ſed etiam fideicommiſſi, vt tale ſit fideicommiſſum & perpetuum quandiu aliquis ea familia ſupererit. Sic enim vulgò noſtri *ad d. §. in fideicommiſſo*, ſed omnium apertiſſimè Caſtrenſis, dicens tenendum hoc eſſe menti, quia verbum familiæ, inquit, hoc importat vt fideicommiſſum veniat de vno in alium, nec meliore at ne quidem alia ratione vnquam moti ſunt qui tam pertinaciter & inſulsè pro grauati proximioribus reſponderunt, quàm quòd poſteaquàm bona iam ſemel acquiſita ſunt grauato, cùm is qui poſt grauatum ſuccedit, non niſi mediatè ſuccedat teſtatori, æquum ſit illum qui proximior ſit grauato præferri ei qui teſtatori proximior fuit. Ita enim Alciat. *in l. pronunciatio §. familiæ de verborum ſignificat.* Atqui hoc falſum eſt, quod putant, omnes eos qui ſunt de familia ſic vocari ad fideicommiſſum familiæ relictum vt bona fideicommiſſo ſubiecta poſſint & debeant de vno ad alium, vt Caſtrenſis loquitur, deuenire. Fateor quidem admitti eos gradatim, vt ſcriptum eſt *in l. vlt. C. de verborum ſignificat.* id eſt de gradu in gradum, vt quiſque quo prior eſt in gradu eò potiùs debeat admitti ad fideicommiſſum, ſed dico ita hoc accipi debere vt fideicommiſſum omnibus qui ea familia ſunt gradatim deferatur in caſum vulgarem duntaxat, id eſt ita demùm ſi is qui prior vocatus eſt, ſuccedere tamen nolit, aut aliqua de cauſa non poſſit, non etiam in caſum fideicommiſſi, hoc eſt ita vt qui ea fideicommiſſo iam ſucceſſit poſt modum ex alio fideicommiſſo eadem bona ſequentis gradus agnato reſtituere teneatur. Quam in ſententiam à nobis iam multos ante annos propoſitam, *lib.* 14. *Coniectur. cap.* 14. mouent me verba ipſa tam Modeſtini *in d. §. in fideicommiſſo*, quàm Iuſtiniani *in d. l. vlt.* Modeſtinus enim poſtquàm dixit in fideicommiſſo quod, familiæ relinquitur hos ad petitionem eius admitti poſſe qui nominati ſunt, non ſubiicit quomodo ſubiicere debuerat ſi idem ſenſiſſet, quod interpretes *& poſt omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore quo teſtator moreretur*, ſed ſcripſit, *aut poſt omnes eos extinctos*, per articulum diſiunctiuum, *aut*, cuius proprium eſt, non ſolùm vt ſeparet atque ordinem ſucceſſionis demonſtret, impediendo concurſum qui alioquin per copulam, *&*, ſi aliud nihil obſtaret induceretur, ſed etiam vt vulgarem caſum exprimat, ac ſi pluribus ſcriptum eſſet, *aut ſi ij qui nominati fuerint ſuccedere nolent aut non poterunt, quia fortè iam ſint prædefuncti, vt in d. l. Titia Seio* 87. *§ Seia libertis*, in illis verbis, *quive ex his tunc ſuperuiuent eodem tit. de legat.* 2. *l. Lucius* 78. *§.* 1. ibi, *vel ſi vnus, ei omnem, D. ad SC. Trebell.* Certum enim eſt in fideicommiſſis vt & in legatis & in hæreditatibus poſſe vulgarem fieri ſubſtitutionem, *l. vlt. eodem Scæuola* 76. *d. l. Lucius. § pater puerum eodem l. vt hæredibus* 30. *de leg.* 2. Senſit ergo Modeſtinus, non quod volunt interpretes ad fideicommiſſum familiæ relictum poſſe ordine ſucceſſiuo admitti omnes qui ex familia ſunt in caſum fideicommiſſarium, ſed è contrario vocatos quidem omnes, & quidem ordine ſucceſſiuo, ſed ita tamen vt nunquam omnes ad fideicommiſſum admittantur, non ſolùm ſimul, at ne quidem ordine ſucceſſiuo. Si enim vel vnus admiſſus ſit, hoc ipſo protinus excludi cæteros, & ita excludi vt in perpetuum remaneant excluſi: qui verus caſus eſt vulgaris ſubſtitutionis, quam ſolemus dicere per aditionem hæreditatis ſi de hæreditate agatur, vel per acquiſitionem legati aut fideicommiſſi expirare ſi de legato, aut de fideicommiſſo tractetur: *vulg. leg. poſt aditam* 5. *Cod. de impub. & aliis ſubſtitut.* Nec rurſum ita loquitur Modeſtinus, vt dicat priore loco admitti eos qui priore gradu ſunt, poſteriore verò eos qui ſunt remotiores, & vlteriores, ſed ſimpliciter admitti eos, qui priore gradu ſunt, niſi ſpecialiter defunctus ad vlteriores voluntatem ſuam extenderit, vt intelligamus vel hos, vel illos tantùm admitti, nunquam verò & hos illos, ſiue ſimul, ſiue diuerſis temporibus. Et verò pone ita ea facto incidiſſe, vt ſpecialiter extenderit defunctus voluntatem

tatem suam ad ulteriores, vt scilicet ij priore gradu admittantur & ex ea voluntate agnatos ulteriores solos totum fideicommissum obtinuisse, postea tandem sine liberis eos decessisse, quis credat ita interpretandum esse fideicommissum vt post extinctos illos remotiores qui iam successerint, admittantur iterum ex posteriore loco proximiores? An non fuerit perabsurdum remotiores quos testator magis dilexerit quàm proximiores, intelligi tamen grauatos favore proximiorum minùs dilectorum? Hoc verò si ita est, nónne illud quoque fuerit adhuc absurdius, vt proximiores qui in dubio priùs inuitati esse videntur, tanquam prædilecti, censeantur etiam grauati de eodem fideicommisso post mortem suam vlterioribus reddendo? Vnde verò, tanta hæc obsecro fideicommissorum multiplicatio, cùm duntaxat vnum fideicommissum sit, quod testator familiæ suæ reliquit, idque non nisi verbo vno? Finge testatorem qui filio aut fratre hærede instituto fideicommissum familiæ reliquit post hæredis instituti mortem, præstandum, ea fuisse mente vt non nisi vnicum esset fideicommissum, & ei soli præstandum qui proximior fuisset tempore mortis, & capax acquirendi fideicommissi tempore conditionis euenientis. An fortè dicemus hunc qui de vno tantùm fideicommisso inducendo cogitauerit, multa tamen fecisse ob hoc solùm, quòd non Titio, aut Sempronio, sed toti familiæ fideicommissum reliquerit? Atqui in fideicommisso familiæ relicto prudentius consilium testatoris animaduertitur, qui cum prospiceret fieri posse, vt alius proximior sibi esset tempore mortis, quàm qui erat tempore testamenti, & præterea, vt illi ipsi qui mortis tempore proximiores inuenirentur, vno tamen hærede grauato, & ante conditionis euentum decederent, maluit fideicommissum familiæ relinquere, ne tam citò caducum fieret, aut in caduci causam deuolueretur, quando esset multò difficilius vt post grauati mortem nemo ex familia superesset, quàm vt Titius aut Sempronius aut alius cui nominatim fideicommissum datum fuisset, mortuus reperiretur. Non ergo sufficiens ratio illa est ad multiplicanda fideicommissa cùm familiæ vnum duntaxat fideicommissum relictum fuit, quod familiæ nomine vsus sit testator qui alio vti non potuit æquè tutò, nec æquè commodè ad voluntatis suæ scopum assequendum.

ERROR IX.

De fideicommisso graduali & reciproco quod ex familiæ nomine interpretes inducunt.

ET in hoc primum errauit Castrensis, & post eum cæteri ex quibus paucos reperias, qui fuerint eo subtiliores: quod omnes putant familiæ nomen hoc importare vt inter omnes qui ex familia sunt fideicommissum inducatur non modo graduale, sed etiam reciprocum, nempe vt arbitror quia vident nominis huius significationem habere per se tractum aliquem & extensionem, sed non obseruant, quod obseruare debuerunt tractum illum non esse temporis, sed graduum, nec quicquam vetare quominus fideicommissum plures gradus habeat vocatorum, & tamen conquiescat in primo gradu eorum qui admissi sint, nec exinde ad vlteriores gradus porrigatur. Aliud enim est de vocatione loqui, aliud de admissione: vocari possunt plures gradus aut simul aut successiuè & gradatim prout testator voluerit; sed ita tamen, vt vnus tantùm gradus admissus cæteris omnibus obstet, ne admitti vnquam possint: quo casu plures erunt quos vocatos, at non plures quos admissos possis dicere. Fefellerunt etiam Castrensem verba illa quæ sunt apud Modestinum, *post omnes eos extinctos*, quæ apparet habere tractatum temporis, & eam omnino significationem vt alij post alios admittantur. At illud etiam obseruandum fuit quod apertissimum est, non esse verba illa testatoris, sed Iureconsulti, cùm autem dicimus post interpretes verba tractum temporis habentia importare fideicommissum, de iis verbis intelligimus, quæ prolata sint à testatore, aut in testamento scripta. Nec enim solent Iureconsulti fideicommissa inducere quæ testator ipse non induxit, neque rursus de eo disputamus, an fideicommissum aliquod sit, quod familiæ expressim relictum ponimus, sed an plura sint fideicommissa, cùm testator vnum fideicommissum familiæ reliquit. Quid autem prohibet ex verbis testatoris tractatum temporis habentis fideicommissum vnum induci, at non etiam plura? Sed & illud obseruare Castrensis debuerat, ante supradicta verba, *post omnes eos extinctos*, præcedere disiunctiuam illam, *aut*, cuius vim eam esse suprà diximus, vt casum vulgarem non fideicommissarium præ se ferat. Casus enim fideicommissi præsupponit acquisitionem in persona grauati cùm rogari nemo possit de restituendo nisi eo quod ad ipsum peruenerit, capacitatem verò acquisitionis in persona inuita, vt ita fideicommissum in vtriusque persona locum habeat. Contra vero articulus disiunctiuus positus inter multorum personas ad fideicommissum vocatas non nisi alterutram admittit, quæ admissa statim aliam excludit, & exclusa aliam admittit, quæ natura & conditio est vulgaris substitutionis. Ideò autem coactus fuit Modestinus vti verbis illis tractum temporis habentibus, *post omnes eos extinctos*, non vt istam fideicommissorum multiplicationem induceret quam interpretes tam facilè inuexerunt, sed quia tractabat de fideicommisso familiæ relicto, quod vix est vt vnquam relinquatur, nisi ea lege vt post grauati mortem præstetur, quia nec alij præstandum iniungitur, quàm qui ipse sit ex familia, adeóque præ omnibus cæteris dilectus, eamque nimirum ob causam prior vocatus. Qui verò purè grauet de restituendis familiæ bonis, eum, quem ipse ex familia elegerit vt prior bona in familia possideret? An non latius & expeditius esset bona illa familiæ directò, siue per hæredis institutionem, siue per legatum dare, quàm fideicommissi viam in eam rem eligeret? Porrò cùm fideicommissum, quod post mortem præstandum iniungitur, in diem incertum relinquatur, & consequenter sub conditione quia in testamentis dies incertus pro conditione habetur, *vulg. l. dies incertus 75. De condit. & demonstrat.* certum est non alios posse ex eiusmodi fideicommisso succedere, quàm qui conditionis euenientis tempore superstites & capaces inueniantur, cùm neque ij qui prædefuncti sunt ad fideicommissum admitti possint, neque ipsorum successores in quos scilicet fideicommissum conditionale transmitti non potuit, *l. si cum 42. D. de obligat. & action. l. Statius Florius 48. §. Cornelio Felici D. de iur. fisc.* Ergo quia fieri poterat vt fideicommisso relicto familiæ & quibusdam ex familia specialiter nominatis, omnes illi qui nominati essent morerentur ante hæredem grauatum de restituenda post mortem suam hæreditate, quos tamen si superuixissent voluerat testator præferri cæteris, necesse fuit Modestinum qui nominatos illos priore loco admittendos esse dixerat, subiicere verba illa, *aut post omnes eos extinctos*, vt sciretur

quinam

quinam poſſent ex fideicommiſſo ſuccedere ſi nominatim vocatos præmortuos eſſe cogitaſſet. Fuit etiam neceſſe vti cum verbis habentibus tractum temporis, vt totum illud tempus comprehenderet, quòd à die mortis teſtatoris in diem vſque mortis grauati interceſſiſſet, ante diem fideicommiſſi cedentem, non etiam vt ſequens tempus includeret quod ex die agniti & acquiſiti fideicommiſſi ſubſecutum eſſet. Denique vt dicam apertiùs, docet Modeſtinus, quia ad huiuſmodi fideicommiſſum admitti debeat poſt extinctos omnes qui fuerant nominati: ſed non ponit nominatos extinctos fuiſſe poſt agnitum iam & acquiſitum fideicommiſſum: imò antequàm potuerit iis acquiri, hoc eſt ante conditionis euentum, & viuo adhuc hærede qui fuerat rogatus. Proinde in caſum vulgarem duntaxat, non item in caſum fideicommiſſi.

ERROR X.

De ſententia l. vlt. C. de verb. ſignific. & l. peto 69. §. fratre de legat. 2.

NEc alius Iuſtiniani ſenſus fuit *in dict. l. vlt. C. de verborum ſignificat.* vbi tractans ſimiliter de fideicommiſſo familiæ relicto conſtituit, vt ſi quis ſuo elogio fideicommiſſum familiæ ſuæ reliquerit, nulla ſpeciali adiectione ſuper quibuſdam certis perſonis facta, non ſolùm propinqui, ſed etiam his deficientibus gener & nurus admittantur. Quid enim aliud ſibi volunt verba illa, *his deficientibus*, niſi quod voluimus, *ſi propinqui nulli ſint*, eo ſcilicet tempore quo fideicommiſſi dies cedit & fideicommiſſum deberi incipit. Nam & Papinianus noſter in hunc ipſum ſenſum ſcripſit, *in d. l. hæredes mei 57. §. vlt. deficiente verò gradu nepotum*, cùm vellet eum caſum exprimere, quo nepotes quibus fideicommiſſum datum erat, & cui ex iis hæres mallet, omnes viuo hærede grauato, & ante non poſt agnitum fideicommiſſum deceſſiſſent. Nam & in illius §. ſpecie quæ ad noſtram ſatis accedit, vni cum erat datum fideicommiſſum, ſed pluribus tamen adeóque diuerſorum graduum perſonis, & per verba euidenter vulgarem duntaxat caſum demonſtrantia vi diſiunctionis ſæpius repetitæ, cùm teſtator ita ſcripſiſſet, *Reſtituas filiis meis, vel vni eorum vel nepotibus meis, vel cui volueris, vel cognatis meis.* Quomodo & in alia ſpecie ab eodem Papiniano tractata in *l. cùm pater 77. §. penult. de legat. 2.* fideicommiſſum prædiorum pluribus quidem relictum proponebatur, ſed ita tamen vt vnum duntaxat eſſet, ad quod plures vocati erant, & ex ordine alij poſt alios, at non niſi in caſum vulgarem. Ita enim teſtatrix ſcripſerat, *A te peto, marite, ſi quid liberorum habueris, illis prædia relinquas, vel ſi non habueris tuis ſiue meis propinquis aut etiam libertis noſtris*: quibus verbis ait Papinianus non electionem datam eſſe, ſed ordinem ſcripturæ ſubſtitutioni factum proponi, an vt ſi liberi ex fideicommiſſo ſuccederent idem fideicommiſſum propinquis reddere deberent, ſubinde verò propinqui libertis? Minimè, ſed vt ſi liberi non eſſent, eo tempore quo maritus moreretur, fideicommiſſum præſtaret ille propinquis, ſi nec propinqui eſſent, idipſum præſtaret libertis. Ergo in caſum vulgarem non in eadem fideicommiſſi: nam & ſubſtitutionem ſimpliciter cùm dicunt Iureconſulti vulgarem non fideicommiſſariam intelligunt, *l. tutores 39. § hæres D. de admin. tut. l. Scæuola 76. in fin. d. l. Lucius 78. § pater puerum D. ad SC. Trebell. 1. & paſſ. De vulg. & pupill. ſubſtit.* Quidni ergo pariter dicemus, fideicommiſſum relictum familiæ pluribus quidem non modò perſonis ſed etiam gradibus relictum eſſe gradatim & ex ordine, ſed ita tamen vt non tam fideicommiſſorum pluralitas inducatur, quàm vnius fideicommiſſi plures caſus vulgares, pluréſque conditiones pro perſonarum pluralitate conſtituantur, Nihilque prorſus intereſit an teſtator ita ſcripſerit, *Bona mea familiæ meæ relinquo*, an ita, *Relinquo bona mea liberis meis, aut ſi non erunt, nepotibus meis, aut fratribus meis aut patruelibus, aut genero, aut nurui, aut libertis meis.* Qui enim relinquit familiæ, idem prorſus ſentit quod ſentiret qui poſteriore formula vſus eſſet, niſi quod ſolo familiæ nomine vſurpato, & breuiùs loquitur: & plures nihilominùs perſonas comprehendit. Eum verò Papiniani ſenſum eſſe quem dicimus *in d. l. hæredes mei § vlt.* cùm ſcripſit, *Deficiente gradu nepotum*, vt perinde ſit ac ſi ſcripſiſſet, *Præmortuis ante grauatum hæredem nepotibus*, conſtat ſatis ex eo quod præcedit, non rectè mulierem electuram ex cætera cognatione ſi nepotes ſupereſſent. Opponit enim Papinianus hæc duo, *Nepotes ſupereſſent* & *Deficere gradum nepotum*, vt intelligamus tùm deficere gradum nepotum cùm nulli ſuperſunt nepotes. At quo tempore? Eo nimirum quo tractandum eſt de electione per hæredem grauatum facienda. Ergo adhuc viua hærede, quæ fideicommiſſo fuerat onerata, & antequàm fideicommiſſum nepotibus acquiſitum eſſe potuiſſet. Et tamen ſubiungit ibidem Papinianus fideicommiſſi gradus in ea ſpecie fuiſſe à teſtatore præſcriptos: id eſt ita relictum fuiſſe hoc fideicommiſſum vt qui ſunt vocati non niſi gradatim & ex ordine, ac alij poſt alios pro graduum diſtinctione vocati intelligantur. Non ſunt igitur iſta contraria, Vocari plures gradatim ad fideicommiſſum, Nec tamen vocari in caſum fideicommiſſi, ſed in vulgarem ſolum. Atque ita Iuſtinianum quoque ſenſiſſe *in d. l. vlt. C. de verborum ſignificat.* præter id quod iam oſtendimus ex illis verbis *his deficientibus* manifeſtius etiam fit ex ratione quam ſubiungit cur ad fideicommiſſum quod familiæ relictum eſt, etiam generum & nurum admitti velit. *Eos enim nobis*, inquit, *humanum eſſe videtur ad fideicommiſſum vocari, Ita videlicet ſi matrimonium morte filij vel filiæ fuerit diſſolutum: Nullo etenim modo poſſunt gener. vel nurus filiis viuentibus ad tale fideicommiſſum vocari cùm hi proculdubio eos antecedant.* Nam quid impediret, obſecro, quominùs admitti poſſunt gener & nurus, etiam poſteaquàm filius vel filia ſuperſtites admiſſi fuiſſent; ſi per multorum perſonas & manus fideicommiſſum hoc ambulare poſſet? Atqui vult Iuſtinianus iſtos nullomodo admitti poſſe, id eſt nullo caſu, nullóque tempore ſi modò filius aut filia priores admiſſi proponantur, id eſt ne quidem poſt filij vel filiæ mortem: non ergo exiſtimat fideicommiſſum hoc eſſe reciprocum ita vt de vno ad alium debet peruenire. Idémque videtur mihi poſſe non malè probari ex eo quod ſubiicitur *dicta l. vlt. poſt hos omnes, etiam libertos venire.* Quis enim ferat vſque adeò faueri libertis vt etiam liberi ipſi teſtatoris, & nurus & gener cenſeantur rogati hæreditatem libertis quoque reſtituere? Tantum enim abeſt vt in dubio dicendum ſit, vt ſi quis in libertum donationem bonorum ſuorum, vel partis bonorum contulerit, reuocetur donatio propter liberos qui poſtea donatori ſuperuenerunt. Quæ propria ſpecies, & ſpecialis ſententia eſt, *l. ſi vnquam 8. C. de reuoc. donat.* Adeò verum eſt non eſſe quemquam præſumendum nocere liberis ſuis voluiſſe, ſiue per fideicommiſſum, ſiue quo alio modo in fauorem libertorum. Quos tamen ſi cum Iuſtiniano dicas eſſe admittendos

mittendos post liberos in casum, vt ego interpretor, vulgarem, nullam sane liberis iniuriam fecerit, quorum planè nihil interest ad quem bona illa perueniant, in quibus succedere ipsi vel nolunt, vel non possunt. Nec enim vulgaris substitutio est onus, quomodo fideicommissaria, cùm acquisitionem neque impediat neque afficiat, in persona eius cui substitutus vulgaris datur. Sed interpretes omnes videtur magis præcipites egisse responsum illud Papiniani quod extat *in l. peto 69. §. fratre de legat. 2.* vbi cùm testator proponeretur à fratre hærede instituto petiisse ne fundus alienaretur, & vt in familia relinqueretur, Respondet Papinianus, si non paruerit hæres voluntati, sed domum alienauerit, vel eatero hærede instituto decesserit, omnes quidem fideicommissum petere posse qui in familia fuerint, sed si non sint eiusdem gradus, ita rem temperari debere vt proximus quisque primo loco videatur inuitatus, sic tamen vt non ideo sequentium causa propter superiores in posterum lædi debeat, sed ita proximus quisque admittendus sit, si paratus sit cauere se fundum illum familiæ restituturum. Verùm quid facilius, quàm videre longè diuersam esse illam speciem Papiniani ab ea quam tractamus: non enim quærimus de fideicommisso simpliciter relicto familiæ, Papinianus verò de illo fideicommisso, quod in familia relinqui testator iusserit, de quo dubitari non potest, quin vt fideicommissa contineat, quot erunt capita gradúsque personarum ea familia, quibus fideicommissum relinqui oportebat. Fideicommissum quod familiæ relinquitur, vnicum est, licèt pluribus aut simul si sint omnes eiusdem gradus, aut ea ordine & gradatim, in casum tamen vulgarem deferri possit. At fideicommissum, siue toti familiæ, siue alicui ex familia sic datum, vt in familia relinquatur, successiuum est, & habet tractum temporis, tamdiúque durat, quandiu aliquis de familia & nomine superest, qui fideicommissum petere possit. Sed & inter has duas tam varias fideicommissorum species media illa est, per quam fideicommissum nec familiæ relinquitur, nec in familia relinqui iubetur, sed bona testatoris extra familiam alienari prohibentur. Quibus verbis effectu quidem ipso videntur iussi omnes quibus testator bona sua reliquit, ea bona in familia relinquere. Sed cum hac tamen differentia, quod nulla hîc sunt verba fideicommissi, quoniam fideicõmissum quod illi qui supersunt ea familia petunt in casum contrauentionis, non nisi per interpretationem iuris ex alienationis prohibitione inducitur ad conseruandam defuncti voluntatem, quæ aliàs conseruari non posset: Fideicommissum verò quod sic datum est vt bona in familia relinqui iubeantur, debetur ex verbis non minùs quam ex voluntate testatoris, & quidem sine vlla conditione, nisi quod debetur in diem incertum mortis hæredis grauati, qui dies incertus pro conditione est. Contrà verò, inter fideicommissum quod iubet relinqui bona in familia, & fideicommissum quod ex alienationis prohibitione inducitur, differentia hæc est quod fideicommissum inductum ea prohibitione alienationis semper conditionale est, & in casum contrauentionis duntaxat: quod verò in familia relinqui iubet bona testatoris, nulla alia conditione suspenditur, quàm quæ ex diei incertitudine tacitè proficiscitur, vt pluribus à nobis tractatum est *lib. 14. Coniect. c. ap. 14.* vbi ostendimus quàm diligenter sint distinguendi casus isti, & quænam sit inter eos differentia. Itaque non est quod hîc repetamus. Illud tamen prætermittere non possumus supradicto Castrensis errori quem nos refutauimus similem illum esse quem idem Castrensis induxit in *lib. Gallus 29. §. quidam rectè, de liber. & posthum.* vbi ait, si quis filium aut fratrem suum substituerit, & liberos eius censeri vocatos liberos non simul eum patre, sed ordine successiuo: ita tamen vt non tantùm in casum vulgarem, sed etiam in casum fideicommissi, Quo nomine vulgò reprehensus est à cæteris, & plerisque Senatus nostri consultis improbatus, vt videre est in Codice Fabriano *Defin. 9. De fideic.* Cui possis etiam addere quod scriptum est *Defin. 35. eod. tit.* Non esse in dubio credendum testatorem voluisse fideicommisso perpetuo, & in infinitum grauare descendentes ab hærede, & substitutionem factam in fauorem familiæ agnationis aut plurium personarum sub nomine collectiuo quale est liberorum vindicare sibi locum in priore gradu qui eo tempore superfit quo conditio existit, nec ad vlteriores gradus porrigi nisi id ea pressim testator voluerit. Itaque substitutis liberis aut propinquioribus expirare substitutionem, simulsque in persona priore gradu positis locum habuit. Addo, *nisi id expressim testator voluerit.* Hoc enim est quod Modestino additur in *d. l. omnia 32. aliàs l. cùm ita, §. in fideicommisso de leg. 2. nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit.* Etsi non facilè possum mihi temperare, quin suspices adiectionem illam esse Triboniani potiùs quàm Modestini. Nam præter id quod familiare est Triboniano vt speciales istas testatorum voluntates excipiat, tum quoque cùm nulla excipiendi aut ratio aut necessitas est, vt alibi non semel obseruauimus, me illud etiam mouet, quod iam antè Modestinus dixerat in fideicommisso familiæ relicto præferendos illos qui à testatore nominati essent: quod nos iam suprà monuimus ex Paulo Castrensi sic accipiendum esse, etiamsi sint vlterioris & remotioris gradus, vt nominatio à testatore facta quæ affectionis & dilectionis summæ argumentum est, aliquid operatur. Atqui non possis fingere quo modo testator voluntatem suam ad vlteriores gradus extendere potuerit, nisi nominando vel personas in remotioribus gradibus constitutas, vel saltem gradus ipsos remotiores. Satis ergo iam expressum hoc erat præcedentibus illis verbis, nec nisi insulsè potuit repeti, multò minùs per formam exceptionis subiici ad eam clausulam quæ ad casum illum solum pertinebat quo testator fideicommissum simpliciter nullo nominato familiæ reliquisset. Taceo quod vix alio loco reperias in Prudentum responsis similem huic locutionem *ad aliquos voluntatem suam extendere*, pro eo quod solent illi dicere *ad fideicommissum inuitare.* Nec enim illa est extensio voluntatis sed directio intentionis vt Papinianus loquitur in *l. cùm pater 77. §. donationis eodem titulo.* Fateor tamen verum esse quod Tribonianus docere voluit, vlteriores quoque & remotiores non tantùm concurrere posse cum proximioribus, sed etiam priores admitti si ea fuerit testatoris voluntas. Idque tam certum erat vt nonnisi frustra ac propemodum ridiculè potuerit Iurecconsultus id monere. Quis enim nescit in vltimis voluntatibus testatoris voluntatem esse eam quæ totum facit? *l. si mihi & tibi 12. in fin. de legat. 1.* Itaque vel ex hoc maximè tantò certius mouero vt tam inanem, & superuacuam adiectionem Triboniano adscribam.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Quinquagesimaquinta.

ERROR PRIMVS.

De repræsentationis iure in hæreditatibus ab intestato, siue ascendentium, siue transuersalium.

IN successione intestati locum esse iuri repræsentationis certum est quoties de ascendentis hæreditate agitur inter descendentes, vt puta si quis filio superstite decesserit, & nepote ex alio prædefuncto: succedit enim auo nepos cum patruo, eámque portionem aufert quam haberet eius pater si viueret, ita vt si plures nepotes esse contingat, non plus omnes habeant quàm patruus solus, quia nec eorum pater si viueret plus consequeretur, sed etsi non cum patruo succedant, quo casu maximè indigent iure repræsentationis vt quamuis vno gradu remotiores possint tamen cum proximiore concurrere, sed cum patruelibus & consobrinis qui in eodem gradu positi sunt, idem ius & beneficium habent repræsentationis vt non tam ex suo proprio capite, quàm ex parentum gradu succedant. Vnde fit vt hoc etiam casu diuidenda sit successio in stirpes non in capita, quamuis alioqui nulla subsit necessitas inducendæ repræsentationis inter eos qui in gradu pari sunt, vt simul succedant. Idque omnium aptissimè non apertissimè Iustinianus noster expressit, *in §. cùm filius Inst. de hered. quæ ab intest. defert.* Quod si non de ascendentis, sed de patrui aut alterius transuersalis successione legitima tractetur, nemo nescit distinguendum esse ius vetus, à nouo. Iure siquidem vetere quod totis prudentum nostrorum temporibus obtinuit, nullum in hoc successionis genere fuit ius repræsentationis, sed vt quisque proximior erat ita remotioribus præferebatur, *l. 3. §. 1. D. de suis & legit.* At Iustinianus qui nihil penè intactum reliquit quod non peruerterit aut immutauerit, hoc quoque correxit inducto repræsentationis iure quoties fratris aut sororis filius cum patruo vel amita, vel auunculo, vel matertera succedit patruo vel amitæ, aut auunculo vel matertera: sed ita tamen vt vltra fratrum filios ius hoc non porrigatur, *Nouell. 118. de heredit. quæ ab intest. defer.* Vnde sumpta est *Auth. post fratres C. de legit. hæred.* Vnde verò hæc inter ascendentium, & transu[illegible] successiones differentia orta sit pauci quærunt [illegible] es sciunt. Puto ego non aliunde illam, quàm [illegible] ge duodecim tabularum descendere, quæ lon[illegible] aliter de suis hæredibus locuta est, aliter de agnatis. Nam de suis hæredibus nihil aliud dixit, nisi quod ita demum hæreditatem agnato proximo deturi, si suus hæres nullus esset. Agnato autem non alij, quàm qui delatæ hæreditatis tempore proximus inueniatur: qua dictione excludit aperte ius repræsentationis, cuius scilicet potestate fit vt etiam remotior cum proximiore succedat. Neque enim fratris filius in eodem agnationis gradu esse potest quo frater, nec proinde si legem duodecim tabularum inspicias cum fratre concurrere. At nepos superstes ex filio prædefuncto æquè suus est, atque esset pater si viueret, cùm perinde sit in aui sui paterni potestate, primùmque in causa successionis locum obtineat, ex quo vno ius & nomen sui hæredis æstimatur. *l. scripto 7. D. vnd. liber. l. si quis filio. 6. de iniust. rupt. l. si filius familias. 33. D. de testam. milit.* Nec quod alius etiam sit suus hæres qui vno gradu proximior esse videatur, ad rem facit: Non enim sicut agnatus, ita suus quisquam esse potest, nisi qui teneat primum gradum & tam suus est nepos ex filio prædefuncto quam superstes ipse filius, vnde factum est vt non dixerit lex 12. tab. *si suus hæres proximus non erit,* quomodo adiecit, *agnatus proximus familiam habeto,* sed simpliciter *si suus hæres non erit.* Quod si quis pergat quærere cur in suis hæredibus filius subintret locum patris potiùs quàm in agnatis, præsertim cùm dici soleat neque in suis, neque in agnatis successionem esse, *leg. 1 § sciendum D. de suis & legitim. §. placebat Inst. de legit. agnat. success.* Respondebo fieri hoc ex vi & potestate suitatis quæ patris adhuc viui bona quodammodo addicit filio, *leg. in suis 11. de liber. & post. leg. 1. largius D. de success. edict.* Atque ita facit vt ante patrem decedens filius superstite nepote, transmittat in nepotem ius suum quasi iam sibi quæsitum, quippe qui etiamsi superstes patri fuisset, nihil tamen nisi liberiorem rerum suarum administrationem præterea sibi acquirere potuisset. Sed & cùm suitas, vt loquuntur, non minus sit fauorabilis patri cuius interest habere suum hæredem, quam filio, non est patri auferenda per mortem filij, quandiu alia persona superest, in qua continuari possit, superest autem cùm ex filio præmortuo superest nepos neptisve. Idipsum verò non aliter, quàm si nepos subintret in locum & gradum patris sui vt possit primum, & proximum gradum tenere sine quo non esset suus. Indéque nimirum fit vt nepos ex filia quæ futura erat sua hæres patri non succedat in locum matris suæ prædefunctæ licèt eodem sanguinis gradu contingat defunctum auum, quo contingeret si ex filio præmortuo nepos esset, scil. quia non potest hic nepos fieri suus hæres auo materno, cùm non aui materni, sed patris sui familiam sequatur, cui & suus hæres est. *l. pen. D. de liber. agnosc.* Non enim idem duobus suus hæres esse potest, vt nec hæres simpliciter, *d. l. si filiusfamilias 33. de testam milit. l. quod contra 141 §. vni duo de regul. iur.* Nec magis in matrum quàm in parentum maternorum hæreditatibus obtinuit vt filius succederet in locum patris, quia neque fœminæ habent suos hæredes, *l. 4. § ad testamenta D. de bonor. poss. contr. tabul.* neque sui hæredes esse qui per fœminas coniunguntur, vt neque agnati sunt, sed tantùm cognati quos lex 12. tabul. penitus ignorabat *l. 1. D. vnd. cognat.* Ob eámque causam fuerunt necessariæ constitutiones Imperatorum, de quibus Iustinian. *in §. sed cùm de SC. Orphit.* quibus inductum est vt ad similitudinem filiorum filiarúmque nepotes & neptes

neptes ad auiæ successionem vocarentur. Itémque aliæ quas idem Iustinianus refert *in §. item vetustas* 5.*Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* per quas factum fuit vt nepotes ex filia, & pronepotes ex nepte possent succedere auo, vel proauo materno. Post quas constitutiones cœperunt quidem nepotes & pronepotes succedere qui antea iure legitimo non vocabantur, sed tantùm ex prætoris edicto tanquam cognati, at non iure repræsentationis, quomodo nepotes ex filio aut pronepotes ex auo præmortuo, sed ex propria persona tanquam vocati ex constitutionibus.

ERROR II.

De differentia paterni aui & materni cùm de repræsentatione agitur ad §. cùm filius Inst. de hered. quæ ab intest. defer. & ad l. 3. C. vnd legit.

ATque ita esse apparet euidentiùs etiam ex eo, quod Iustinianus fatetur *in fi. dict. Tit de hered. quæ ab intest. defer.* inductum à se primùm fuisse, vt quemadmodum inter filios & nepotes filio antiquitas statuerat non in capita sed in stirpes diuidi hæreditatem, similiter distributio hæreditatis fiat inter filios & nepotes ex filia vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes & proneptes, & inter alias deinceps personas, vt vtraque progenies matris vel patris auiæ, vel aui portionem sine vlla diminutione consequatur, vt si fortè vnus vel duo ex vna parte, ex altera tres aut quatuor, extent, vnus aut duo dimidiam, alij tres aut quatuor alteram dimidiam hæreditatis habeant. Hæc enim Iustiniani verba sunt supradicto loco, ex quibus constat manifestissimè non nisi in aui & proaui paterni successione olim obtinuisse vt inter descendentes fieret diuisio hæreditatis in stirpes, & consequenter non inter alios fuisse locum repræsentationi quæ sola diuisionem in stirpes inducit, ob idque de auo tantùm paterno loquitur Iustin. *in d. §. cùm filius*, vt intelligamus cùm de aui materni successione agitur alio iure censeri nepotes, & succedere illos ex proprio capite non iure repræsentationis, & ideirco non in stirpes, sed in capita quod Imperatores dicunt, *pro virili portione in l. 3. C. vnd. legit.* vbi quod additur, *etiam iure honorario*, includit quidem ius ciuile quatenus ei solet opponi honorarium, at non ius illud ciuile vetus quod sit ex lege 12. tab. sed nouum ex supra relatis posteriorum Imperatorum constitutionib. inductum, & à Iustiniano tandé sic immutatum vt hodie nulla sit differentia siue de paterni, siue de materni aui successione agatur, quémadmodum circa ius transmissionis iam anteà Theodosius constituerat vt ascendentium omnium hæreditates in quoscumque descendentes transmitterentur, *in l. vnic. C. de his qui aut apert. tabul.* sed omni casu, & inter quoscumque nepotes & pronepotes hæreditas in stirpes non in capita diuidatur, *d. §. vlt. & Nouell. 118. de hered. ab intest. venient. c. 1.* qua constitutione Iustinianus omnes suitatis & emancipationis, itémque agnationis & cognationis differentias sustulit, quantum ad causam successionis, solam intuitus rationem naturalem quæ sanguinis iure ascendentium omnium hæreditates descendentibus omnibus pariter defert, sicut & omnes pariter nepotes & pronepotes appellantur, quæ fuit iam olim ratio priorum Imperatorum in vetere iure corrigendo, vt idem Iustin. refert. *in d. §. item vetustas.* Itaque verum hodie est dicere, descendentes omnes succedere ascendentibus omnibus iure repræsentationis, & quod necessariù consequens est, in stirpes non in capita: atque ita abrogatam esse *d. l. 3. C. vnde legit.* quod non satis bené à nostris obseruatum videtur, qui eius legis sententiam sic interpretatur, quasi consentiat cum nouo Iustiniani iure *in dict. Nouell. 118.* Itémque cum eo, quod scriptum est, *in l. inter 11. C. famil. ercisc.* inter filios & filias bona intestatorum parentum pro virilibus portionibus æquo iure diuidi oportere. Aliud enim longé est de filiis, & filiabus tractare, aliud verò de nepotibus, si quidem in filiis & filiabus quoties plures simul succedunt, non alia inter eos diuisio hæreditatis fieri potest quàm in viriles portiones, nempe quia cùm sint omnes in primo gradu succedunt semper ex propria persona, nunquam verò iure repræsentationis, quod graduum pluralitatem & diuersitatem necessariò præsupponit, at inter nepotes potest facilè incidere dubitatio, an in capita succedere debeant, an in stirpes, siue cum patruo concurrant aut cum auunculo, vel cum amita, aut matertera, siue etiam inter se solos, nimirum quia & de illo dubitari potest, an cùm succedunt videantur succedere ex proprio capite, an iure repræsentationis. In quo varium vt dixi ius fuit, nam cùm olim ex quo tempore facti erant capaces succedendi auo materno tam ex constitutionibus Imperatorum quàm ex edicto prætoris succederent iure proprio, & in viriles: hodie contrà ex Iustiniani constitutionibus succedunt semper iure repræsentationis & consequenter in stirpes, nunquam in capita, quia nec vnquam succedunt proprio iure. Quare non sicut abrogatam esse dicimus *eam legem 3. Cod. vnd. legitim.* quæ de nepotibus loquitur, ita possit quis dicere, abrogatam esse, *d. l. inter*, quæ ad filios & filias tantùm, non etiam ad nepotes pertinet. Atque hæc quidem de ascendentium legitima successione dixisse sufficiat. In transuersalium, & vt loquuntur, collateralium successionibus minorem res exigit tractationem. Nam sicuti certissimum est tale fuisse ius vetus quod à temporibus legis duodecim tabularum ad tempora vsque constitutionis Iustiniani *in dict. Nouell. 118.* obtinuit, vt ius repræsentationis locum in hoc successionum genere nunquam haberet, *d. l. 2. §. hac hæreditas D. de suis & legit. l. 3. C. de legit. hered.* Ita dubitari non potest quin post nouellam Iustiniani constitutionem ius repræsentationis inductum sit quoties de patrui hæreditate inter fratris prædefuncti filium & patruum superstitem contenditur, ita tamen vt vltra fratrum filios nunquam porrigatur. Solus ille casus dubitabilis est, si fratrum filij soli succedant patruo, nec cum alio vllo patruo superstite concurrant. Sunt enim quàm plures qui hac parte ius vetus putent manere incorrectum, & fratrum filios succedere in capita debere non in stirpes tanquam proprio non repræsentationis iure succedentes. Quæ frequentior pragmaticorum nostrorum & recentiorum interpretum sententia est à nobis tamen satis supérque confutata in ea forensi disceptatione quam multos ante annos edidimus post tractatum. De nummariis solutionibus, vt specimen esset disputationum forensium, quas tùm meditabamur, & profecturi haud dubiè fuissemus, nisi in tato in melius proposito nouum Chiliadis huius instituendæ consilium suscepissemus.

***

ERROR

ERROR III.

De repræsentatione in fideicommissis. Ad l. hæredes mei 57. §. cùm ita D. ad SC. Treb. & ad l. cùm pater 77. §. hæreditatem filius de legat. 2.

HÆc verò cùm ita se habeant, quod ad casum legitimarum successionum pertinet, quærendum nobis superest cum interpretibus nostris, Quid ergo si non de aliqua hæreditate legitima quæ ab intestato delata sit agatur, sed de iure succedendi ex fideicommisso quod aut in testamento relictum sit, aut in qua alia specie vltimæ voluntatis? An similiter dicendum erit ius repræsentationis locum habere: Præsertim verò si ponas agi de bonis quæ fuerint alicuius ex ascendentibus aut etiam patrui? Sic putant plerique ex pragmaticis nostris, sed imperitioribus, Moti ex eo quod soleut iuris interpretes docere ad l vlt. C. de verb. signific. & ad l. omnia 32. alias l. cum ita §. in fideicommisso de legat. 2. credendum esse in dubio testatorem velle se conformare, vt loquuntur iure communi quod & Bart. tradit, ad l. hæredes mei 57. §. cùm ita num. 4 D. ad SC Trebell. Ex eo namque inferunt pragmatici, Quibus ergo casibus repræsentationis ius haberet locum ab intestato, iisdem quoque admittendum esse vt locum habeat in fideicommissis, non etiam ab vllo. Proinde siue de alicuius ex ascendentibus, siue de patrui hæreditate inter fratrum filios cum patruo diuidenda ex causa fideicommissi certetur, habendam esse rationem repræsentationis, & inducendam diuisionem in stirpes non in capita, quoniam & ab intestato idem obseruaretur. Quod si ita est consequens fiet vt si pater hæreditatem suam restitui iusserit filiis suis, & vnius ante diem fideicommissi cedētem superstitibus liberis & fratre decesserit, debeatur nepotibus iure repræsentationis fideicommissum quod ipsi filio si viueret deberetur. Atqui hoc falsum est, quia nemo vnquam ad fideicommissum admitti potest nisi ad quod ipse fit vocatus: Nemo autem dixerit vocato filio nepotes quoque vocatos videri cùm aliter filij, aliter nepotes appellentur, l. quid si nepotes 6. D. de testament. tutel. Alioqui si quis cum testatoris filio superstite nepotes ex alio filio prædefuncto ad fideicommissum admitteret, Inducenda esset diuisio in stirpes quæ ab intestato locum haberet. Hoc verò quàm falsum sit apparet potissimùm ex duobus responsis Papiniani, quorum alterum est in dicta lege hæredes mei, paragrapho cum ita. vbi sic locuto testatore fidei [illegible] meorum committo vt si quis eorum prior sine [illegible] eris diem suum obierit, partem suam superstiti fratri [illegible]: quod si vterque sine [illegible] eris diem suum obierit [illegible] hæreditatem ad nepotem meam Claudiam peruenire volo, & defuncto altero superstite filio, nouissimo autem sine liberis, cùm quæreretur, an [illegible] fideicommissum deberetur non liberis filij prædefuncti [illegible] que nepotibus testatoris, de quibus n[illegible] deberetur, sed nepoti quæ po[illegible] fuerat per fideicommissum substituta sub ea [illegible] ne. si vterque filiorum sine liberis decederet, admittit Papinianus solam neptem ad portionem integram nouissimi sine liberis defuncti, quasi sola ea vocata, non etiam nepotibus ex filio prædefuncto, quamuis nepotes ex filiis prædilectos fuisse constaret non ex eo solùm quod suscepti essent ex prædilectis & hæredibus institutis, sed ex illo etiam quod in vtriusque fideicommissi conditione positi fuissent, ad excludendam neptem si non vterque filiorum sine liberis moreretur: nec est quod quis pro Pragmaticis nostris respondeat id fieri, quia testator fratri fideicommissum reliquerat non simpliciter, sed cum adiectione illa superstitis cuius dictionis ea vis est secundum Interpretes nostros vt omne ius repræsentationis excludat. Esset enim bona responsio si obiectio fieret ex eo quod ibidem Papinianus ait, cessare primam substitutionem. At cùm fiat ex eo quod Papinianus admittit neptem solam ex fideicommisso ad partem integram nouissimi defuncti, & quidem ob rationem illam, quòd in fideicommissis voluntatem magis quàm verba testatoris spectari oporteat, non potest negari quin Papinianus senserit, nullum in huiusmodi fideicommisso locum esse repræsentationis, nec magis ex voluntate testatoris, quàm ex verbis testamenti, licèt ageretur de hæreditate aui quæ ab intestato diuidenda fuisset æquis portionibus inter nepotem & neptem superstites si successio intestati habere locum potuisset. Alterum eiusdem Papiniani responsum æque perelegans est in lege cùm pater septuagesima septima, §. hæreditatem filios, de legatis secundo In cuius specie filius à patre institutus proponebatur ab eodem rogatus filiis suis cùm moreretur, vel cui ex his vellet, hæreditatem restituere, & ait Papinianus conditionem fideicommissi ante filij mortem non existere, viriles autem iure eos fieri qui eo tempore vixerint, eùm dealitis, loquit, eligendis potestas non fuerit. Finge itaque vnum ex filiis qui tempore testamenti mortisque testatoris superarant, postmodum decessisse viuo adhuc eo qui fuerat rogatus, & superstitibus pluribus liberis, itémque fratre vno superstite, qui omnes superuixerint grauato, tandem priùs quàm eligeret defuncto. Si admittimus ius repræsentationis in personis nepotum, vtique dicendum erit inuitatos eos ad fideicommissum, & quidem in stirpes, non in capita vt eam portionem consequantur, quam pater eorum si viueret, consequeretur. Arqui Papiniano placet eos, qui ad huiusmodi fideicommissum admittuntur non nisi to viriles partes vocari. Non ergo putat nepotes admitti posse iure repræsentationis. At ne quidem ex proprio capite cùm nullomodo fuerint, vocati, sed tantùm filij hæredis grauati, quo filiorum nomine in testamentis nō continentur nepotes, nec etiam in fauorabilibus, d. l. quid si nepotes. Plus ait Papinianus filium eundémque hæredem grauatum cui pater eligendi facultatem deferat, vt cui ex filiis suis vellet hæreditatem restitueret, non ex aliis posse eligere, quàm ex iis quos ipse moriens superstites relinqueret, non ergo expræ-defunctis quemquam, neque ex ipsorū prædefunctorum liberis tametsi facultas eligendi latiùs alioqui pateat, quàm ius succedendi ex fideicommisso citra electionem, vt ex eo apparet, quod illo etiam casu quo electione cessante proximiores præferrentur, potest tamen is quis electionem habet, aliquem ex remotioribus eligere vt iu præcedentib. ostendimus ex l. vnum ex familia 67. §. 1. de leg. 2. l. hæredes mei 57. §. vlt. D. ad SC Treb. Castr ad d. l. omnia 32. alias l. cum ita § in fideicommisso de leg. 2. Igitur si nepos ex filio prædefuncto non potest habere ius repræsentationis ne quidem iuncto beneficio electionis, quanto minùs habebit, si fauor electionis non concurrat? Nullóne igitur casu in fideicommissis locus erit repræsentationi? Ego verò contendo, ne quidem huic quæstioni locum esse posse nisi is qui repræsentationis iure vult admitti, ostendat se de numero esse vocatorum, ità vt de solo gradu sit disputandum. Semper enim prius est, vt qui fideicōmissum petit doceat se vocatum, quam quæri possit in

in quo gradu sit vocatus. Denique hoc volo dicere, neminem posse ex solo iure repræsentationis fideicommissarium fieri, sed si sit ex numero fideicommissariorum, posse locum fieri quæstioni, an cum cæteris fideicommissariis, aut ante cæteros possit admitti. Quod & antè nos bene obseruauit Socin. sen. *cons.* 14. *in fin. vol.* 3. relatus probatúsque ab Illustriss. D. Francisco Mantica *lib.* 8. *De coniectur. vlt. vol. tit.* 9. Nec rursus eum is, qui repræsentationis iure nititur ad fideicommissum iouitatus est, semper fieri potest locus quæstioni, siquidem is qui ipse vocatus est non solet indigere iure repræsentationis vt ad fideicommissum veniat, ad quod ex propria persona admitti potest. Etiamsi ita esse fatendum est, quoties sic vocatus fuit, vt sit etiam nominatus. Nominatio enim facit vt non inspiciendum sit in quo gradu proximitatis positus sit fideicommissarius, sed quo gradu & loco nominatus. *d. §. in fideicommisso l. cum pater* 77. *§. penult de leg. 2. d. l. heredes mei* 57. *§. vlt ad SC. Treb.* Sed si vocatus sit sub nomine collectiuo apto comprehendere pluralitatem non modò personarum, sed etiam graduum: tum verò demùm quæstio institui potest, de iure repræsentationis, quia cùm negari non possit, quin is fideicommissum petit, ex numero sit vocatorum, sola superest illa dubitatio in quo gradu vocatio esse videatur: scilicet cùm graduum distinctio & obseruatio necessaria est, vt qui priore gradu sunt, priore quoque loco vocati intelligantur. Facit enim repræsentatio vt qui reuera in remotiore gradu constitutus est, priorem tamen occupare fingatur, atque ita vt admitti possit tanquam proximior, qui alioquin si non nisi ex propria veniret persona, in totum excluderetur. Talia porrò nomina collectiua sunt quàm plura sed præcipua ista *Suorum*, *Liberorum*, *Descendentium*, *Familiæ*, *Agnatorum* & *Cognatorum*. Quisquis enim *suos* dicit aut *liberos*, aut *descendentes*, aut *familiam*, aut *agnatos*, aut *cognatos*, plures exprimit non modò personas, vt ille qui *filios* diceret, sed graduus personarum quia plures pluriùmque graduum personæ sunt quæ singulis nominibus istis generalibus continetur, *d. §. fideicommisso l. pronuntiatio* 195. *§. familiæ l. liberorum* 220. *de verb signific. d. l. heredes §. vlt. ad Trebell.* Itaque finge testatorem, qui filium hæredem instituerit, eum rogasse, vt hæreditatem liberis suis aut descendentibus, aut familiæ, aut agnatis, aut cognatis testatoris restitueret. huic verò hæredi morienti superstites esse liberos, aut agnatos, aut cognatos diuersorum graduum ex quibus aliquis vno gradu remotior velit concurrere cum proximiore per ius repræsentationis? Quæstio erit, an sit audiendus, videamus.

ERROR IV.

De repræsentatione in fideicommisso relicto pluribus sub nomine collectiuo.

Mihi sanè placebat aliquando ea distinctio quam suprà dixi ab interpretibus nostris magis communiter probatam esse, vtrum de eo fideicommisso agatur quod relictum sit ab ascendente aliquo non hæredis sed testatoris (iam enim ostendimus in præcedentibus spectandam esse proximitatem testatoris non hæredis, quis per fideicommissum succedstur testatori non hæredi) aut etiam a patruo vel ab auunculo, aut ab amita vel à matertera: An verò ab alio transuersali remotiore, vt priore casu locus repræsentationi, posteriore non item quoniam scilicet ab intestato quoque eadem distinctio locum habeiet, vt voluntatem test... in dubio secundum ius commune interpretemur, quemadmodum & ius ipsum commune non alia meliore ratione nititur, quam verisimili voluntate patrisfamilias, qui cùm testamentum facere posset maluit mori intestatus. Ac quamquam non desunt multi qui contrà putent generaliter & indistinctè, nunquam fratris filium in fideicommissis succedere iure repræsentationis, Baldum secuti, qui sententiæ istius author primus & præcipuus fuit, ad *d. §. in fideicommisso*, Ratio tamen qua mouentur, quod in fideicommissis inspiciatur affectio testatoris, non vt in successionibus ab intestato, dispositio iuris, non alio casu videtur mihi vrgere, quàm quo testator fideicommissum certæ personæ, aut certo gradui nominatim reliquerit, puta si reliquerit fratri. Tunc enim admitto præsumi maiorem affectionem erga fratrem, quàm erga filium fratris, nec posse vllo casu fratris filium dici fratrem. Sed cùm testatur fideicommissum reliquit agnatis, quo nomine constat perinde fratris filium atque fratrem ipsum contineri, tentari potest non maiorem videri eum habuisse affectionem erga fratrem quàm erga filium fratris, cùm credendus sit voluisse potius, vt eo ordine agnati ex fideicommisso succederent, quo possent succedere ex lege & ab intestato, cùm eos vocauerit sub nomine legitimo, & agnatorum, perinde atque lex ipsos vocat. Et quamuis ordo charitatis faciat, vt qui fratrem habet, eiusdémque fratris filium, maiore studio & amore fratrem, quàm fratris filium prosequatur, sed ob hoc ipsum quòd fratris filius vno gradu remotior est. Non idem tamen est in eo qui fratrem habeat, & alterius fratris prædefuncti filium quem nos ex fratre nepotem vulgò appellamus. Hic enim quemadmodum ambo fratres quamdiu vixerunt æquè dilexit, & diligere debuit si nihil nisi ordinem charitatis, & affectionis naturalis consideres, ita prædefuncto altero credendus est in filium eius superstitem eandem transferre affectionem, qua patrem viuum prosequebatur, ne alioqui eueniat vt miser fratris filius amisso patre patruum quoque hoc ipso amisisse intelligatur, quem potiùs exinde incipere debeat habere pro patre, si iis credimus qui patruum ex eo dictum volunt, quòd sit velut alter pater, materteram quòd sit altera mater, sicut & fratrem quòd sit ferè alter idem. Quando enim aptiùs & conuenientiùs dici id possit, quàm cùm verus pater nullus superest, aut nulla vera mater? Neque verò alia æquitatis ratione, aut potius alio colore moueri potuit Iustinianus vt nouella illa sua constitutione ius repræsentationis daret filiis fratrum si quando de patrui hæreditate cum patre superstite decertarent. Cùm igitur quod à Iustiniano in hac specie constitutum est de iure repræsentationis aduersus iuris veteris rationem, ex verisimili affectione patrui erga fratris filium proficiscatur, Nemo vtique possit inferre cum Baldo, aliud igitur in fideicommissis dicendum esse, ob id solùm quòd in fideicommissis spectanda sit potissimùm affectio testatoris: sed tamen vt contrà nunc sentiam, nullo penitus casu locum esse repræsentationi in fideicommissis, ne quidem inter descendentes, mouet me authoritas legum omnium quæ loquuntur de huiusmodi fideicommisso familiæ relicto, in quibus video scriptum seruandam esse graduum distinctionem, vt is demùm præferatur qui proximior est in gradu. Sic enim Papinianus in *l. peto* 69. *§. fratre de leg.* 2. illis verbis *ita res temperari debet vt proximus quisque primo loco videatur inuitatus*, & Iustin. *in d. l. vlt. C. de verb. signific* cum ait, *& hoc videlicet gradatim fieri.* Sunt enim ista planè contraria, & quæ simul

stare

ſtare non poſſunt vt ſuccedatur ex fideicommiſſo ſecundum diſtinctionem graduum, & vt ſuccedatur iure repræſentationis, cùm repræſentatio diſtinctionem graduum tollat. *Authenticu post fratres 1. & 2. C. de legit. hæred.* Sed omnium maximè mouet me Modeſtinus, *in d. §. in fideicommiſſo.* vbi ait præferri eos qui primo gradu procreati ſunt, quo verbo *procreati* ſignificat, vt ita dixerim naturalitatem quandam, quæ per fictionem repræſentationis nec tolli poteſt nec induci. Is enim demùm poteſt repræſentationis iure ſuccedere qui in remotiore gradu procreatus eſt non qui in proximiore. Nec rurſus repræſentatio fingit ac fingere poteſt, eum qui in remotiore gradu procreatus eſt, eſſe procreatum in proximiore, ſed facit tantùm vt ſubintret in locum & gradum eius qui procreatus erat in priore, quæ fictio nihil commune habet cum ipſa procreatione, & natiuitate. Denique ſi verum eſt quod iidem interpretes volunt, quemadmodum ſequenti capite dicemus, Non eſſe locum repræſentationi ſiue teſtator ipſe ſubſtituerit proximiores, ſiue additis ſit verbis, *ſalua gradus prærogatiua.* Cur aliud eſſe volumus ſubſtituta ſimpliciter familia, cùm hoc etiam caſu proximiores inuitatos & ſaluam gradus prærogatiuam eſſe prudentes velint? Cur aliter legum, aliter vero teſtatoris verba interpretamur? Illud certè nullo modo ferre poſſum, vt fratris filius cum patruo ſuperſtite concurrat in fideicommiſſo per alium patruum relicto. Iuſtiniani enim conſtitutio quæ ius hoc nouum toti Iuriſprudentiæ antiquæ incognitum induxit, de ſola ſucceſſione inteſtati locuta eſt, non etiam fideicommiſſis, in quibus proinde ius vetus manſit incorrectum: nec enim alia hodie eſt voluntas teſtatoris fideicommiſſum relinquentis familiæ quàm quæ Modeſtini temporibus erat ſimili fideicommiſſo relicto: quia nec ſenſus verborum immutatus eſt, neque aliud quicquam præter ius ſuccedendi ab inteſtato. Cùm olim iura repræſentationis non habeat locum ne quidem inter deſcendentes, niſi in ſuis hæredibus, cuius tamen ſuitatis certum erat nullam haberi poſſe rationem in fideicommiſſo, non ſuis hæredibus ſed familiæ relicto. *d. l. peto §. vlt.* vbi dicitur etiam emancipatos admitti. Sed & me illud non parum mouet quod video fieri non poſſe vt cùm de huiuſmodi fideicommiſſis quæritur, idipſum obſeruemus quod in ſucceſſione inteſtati ſeruaretur, ſiue de aſcendentium, ſiue de patrui bonis tractemus Conſtat enim fideicommiſſum quod familiæ relinquitur non alios inuitare, quàm qui eo tempore ſint proximiores quo fideicommiſſi conditio exiſtit: Cùm talia fideicommiſſa vt plurimùm conditionalia ſint, vel hoc ipſo quod relinquuntur poſt mortem grauati vt ſuprà diximus, in diſpoſitionibus autem conditionalibus nemo dubitat, quin conditionis tempus inſpiciendum ſit, non diſpoſitionis aut mortis teſtatoris, *l. intercidit 59. l. cum qui poſt 104. De condit. & demonſtr. d. l. cum pater 77. § hæreditatem filius 4. D. de legat.* 2. At in ſucceſſione inteſtati inſpiciendum eſſet tempus mortis, aut ſaltem delatæ legitimæ hæreditatis, & cùm patremfamilias inteſtatum deceſſiſſe certum eſt *l. 2. §. proximum D. de ſuis & legit.* Non ergo fieri poteſt vt qui fideicommiſſum familiæ ſuæ relinquit videatur cogitare de iis ipſis vocandis, quos lex ad inteſtati ſucceſſionem vocaret, ac eo ipſo ordine: Cùm inter tempus delatæ ſucceſſionis legitimæ & tempus euenientis conditionis fideicommiſſi poſſint pleriquę mori. *d. § hæreditatem l. Statius 48. §. Cornelio D. de iur. fiſc.* Poſtrémque noſtrorum traditioni locus fieri eo demùm caſu quo teſtator aliquis tam ſtultus reperiretur qui ea bona quæ vellet familiæ relinquere, extraneo ipſe legaret cum onere fideicommiſſi purè ſtatimque reſtituendi familiæ. Nam qui elegit vnum ex familia, cur eum grauet vt ſtatim bona illa reſtituat familiæ? An non perinde manebunt in familia etiamſi non niſi poſt mortem ſuam reſtituere rogatus ſit ille qui eſt de familia?

ERROR V.

De repræſentatione quæ habet adiunctam tranſmiſſionem.

Hinc verò alia etiam ratio ſuboritur, quæ ius hoc repræſentationis excludit, illa nimirum, quòd ſi repræſentatio in fideicommiſſis quoque locum haberet, conſequens fieret vt fideicommiſſi conditionalis tranſmiſſio aduerſus omnes iuris regulas induceretur, *l. ſi cui 42. de oblig. & actio.* Quid enim effectu ipſo intereſt, an eo, qui ad fideicommiſſum conditionale inuitatus fuerat, ante grauatum defuncto, admittamus filium eius ad fideicommiſſi petitionem iure tranſmiſſionis, an iure repræſentationis? An non vtroque caſu tantundem conſequitur? Nam ſi dicas in hoc eſſe differentiam, quod tranſmiſſio prodeſſet etiam illi qui ipſe non eſſet vocatus, Repræſentatio autem quam dant interpretes in fideicommiſſis, cùm de bonis aſcendentis agitur, non alij accommodatur, quàm qui ipſe vocatus probetur; Facilè replicabo, poſſe perinde fieri, vt tranſmiſſionis iura ſibi vindicare velit aliquis ex iis qui vocati ſunt, vt ſcilicet vel cum proximioribus concurrat, à quibus alioquin anteuerteretur, vel iis qui in eodem gradu conſtituti ſunt præferatur, qui alioquin cum eo concurrerent. Finge teſtatorem inſtituto fratre, & exhæredatis Titio ac Sempronio liberis ſuis ſiuo bona, ſiue mala mente, ſubinde rogaſſe fratrem vt poſt mortem ſuam bona reſtitueret eiſdem Titio ac Sempronio & familiæ Tuo viuo adhuc hærede Titium deceſſiſſe, ſuperſtite fratre Sempronio, ſuperſtitibus item liberis: Certum eſt Titij liberos ad hoc fideicommiſſum vocatos eſſe cùm ſint ex familia, neque tamen poſſe fideicommiſſum petere proprio iure & ex propria perſona, quandiu Sempronius viuit, & quidem duplici ratione: quarum prior illa eſt, quod Sempronius eos antecedit vno gradu, altera quòd nominatim ille vocatus eſt, qua de cauſa etiamſi poſterior eſſet in gradu, præferri tamen deberet, *d. §. in fideicommiſſo,* etſi etiam ceſſante hac poſteriore ratione prior ſufficeret. Quis tamen dixerit admitti eos debere iure tranſmiſſionis ob id ſolùm quòd fuerint & ipſi vocati? Longè ſiquidem plus poſſet tranſmiſſio quàm vocatio. quia faceret vt tanquam tranſmiſſarij concurrerent cum patruo, cum quo tanquam vocati concurrere non poſſent. Cur ergo eos potiùs admittemus iure repræſentationis? An fortè quia tranſmiſſio ſit odioſior? Imo fauorabilior eſt. repræſentatio enim fingit id quod non eſt. Tranſmiſſio autem fit eius iuris quòd iam eſt vel in re, vel ſaltem in ſpe, vt cernere eſt in tranſmiſſione legati ſiue purè, ſiue in die certum relicti, adeóque ſtipulationis conditionalis, *l. 5. § 1. & paſſ. D. quand. dies legat. ced. § ex conditionali Inſt. de verb. obligat.* Deinde in ipſis quoque aſcendentium hæreditatibus hoc euenit vt latiùs pateat ius tranſmiſſionis, quàm repræſentationis. Iam enim oſtendimus, ante Iuſtiniani tempora ius ita fuiſſe vt in ſuis duntaxat hæredibus repræſentatio locum haberet, cùm tamen in cæteris aſcendentium hæreditatibus haberent deſcendentes ius tranſmiſſionis poſt conſtitutionem Theodoſianam, quæ extat *in l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* Cur ergo magis admittemus Titij liberos ad fideicommiſſum conditionale, quod & patri & patruo ipſorum, & ipſis quoque fuerat relictum, vt in bonis aui ſuccedant

per ius repræsentationis, quàm vt iure transmissionis? Aut quid iis nocebit iuris ratio, quæ transmissionis viam præcludit, si cum interpretibus facias vt pateat iis via repræsentationis? cùm ius repræsentationis etiam in suis hæredibus non nisi ex iure transmissionis nasci videatur secundum ea quæ de suitatis potestate disputauimus cap. superioribus. Addamus, quod fortius est, illo etiam casu quo descendentibus concessum fuit, vt ascendentium suorum hæreditates transmittant ad alios descendentes, non æquè tamen illud etiam aut constitutum aut receptum esse, vt si aliquod iis fideicommissum sub conditione relictum sit ab aliquo ex ascendentibus, possint id transmittere ad suos descendentes: ita enim omnes nostri & rectè, *ad dict. l. vnic.* reprobata sententia Accursij qui contrascripsit, *ad d. l. si cus 42. de obligat. & action.* Si ergo ius transmissionis fauorabiliter inductum in ascendentium hæreditatibus, porrigi tamen non potest ad fideicommissa conditionalia etiam quæ ab ascendentibus fuerint relicta, quis ferat ius repræsentationis, quod minùs fauorabile est propter adnexam fictionis & mendacij notam porrigi ad fideicommissum conditionale relictum ab ascendente, ob id solum, quod inductum fuerit à Iustiniano in casum legitimæ successionis ab intestato? Hine nimirum intelligimus quemadmodum nihil commune, ita nec quicquam simile habere ius succedendi ab intestato eum iure succedendi ex fideicommisso. Fiet autem fortior hæc nostra ratio, si mecum perpendas transmissionem illam Theodosianam, licèt ab interpretibus nostris sanè quam audacter protracta sit ad successiones intestatorum, verbis tamen ipsis constitutionis non nisi in successionibus testamentariis inductam fuisse, ideòque tantò faciliùs ad fideicommissa conditionalia porrigi potuisse, quanto propiùs accedunt illa ad causam testamentariæ successionis, tum quoque cùm extra testamentum, puta in codicillis siue ex testamento, siue ab intestato factis relicta sunt: omni enim casu pendent ex patrisfamilias voluntate ac dispositione & quidem expressa, in quo maximè differunt à legitima intestati successione, quæ tacitam dontaxat patrisfamilias voluntatem habet, nec eam semper puta si intestatus decesserit is, qui testamentum facere voluit nec potuit vt alios sibi eligeret hæredes, quam quos lex ei ab intestato datura esset, *l. conficiuntur 8. §. codicilli D. de iur. codicill.* Cur ergo magis licebit argumentari à legitimis ascendentium hæreditatibus ad fideicommissa conditionalia ad inducendum ius repræsentationis, quàm à testamentariis ad inducendum ius transmissionis? Neque verò voquam auditum est, si de testamentaria alicuius ex ascendentibus hæreditate agatur, dandum nepoti ius repræsentationis, vt possit ex testamento succedere tanquam institutus in ea ipsa portione hæreditatis, ex qua pater eius fuisset institutus. Alioqui frustra Gallus Aquilius tantopere laborasset in excogitanda formula instituendi posthumi nepotis, quem idcirco Aquilianum appellamus: frustra etiam lex Vellera, de institutione nepotis Vellesni frustra denique Iureconsulti duxissent necessitatem illam causatiuam, vt nostri vocant, instituendi nepotis iam nati, etiam qui testamenti tempore à filio anteueretur, ne si contingere eum in sui hæredis locum viuo testatore succedere testamentum quasi agnatione sui hæredis rumperetur, *l. posthum. 14. de iniust. rupt.* Potuisset enim ius repræsentationis sufficere, si in causa testamenti, etiam tùm cùm de aui hæreditate agebatur, locum habere potuisset. Quòd si ius repræsentationis non habet locum in testamentariis hæreditatibus ascendentium, ne quidem fauore suorum hæredum, ita vt faciliùs patiatur leg slator rumpi testamétum, quàm uis alioqui per se fauorabilissimum, quàm induci hàc absurditatem, tametsi ab intestato aliud semper obtinuisset, cur volumus successionem ex fideicommisso fortassis testamentario comparari hac parte successioni legitimæ, potius quàm testamentariæ? Et verò non quemadmodum lex subsequitur voluntatem cinis Romani sine testatus ille sit, siue quam aliam vltimæ voluntatis speciem etiam ab intestato condiderit, ita potest die testatorem aut eum qui ab intestato quoque voluntatem suam quoquomodo declaret subsequi voluntatem legis. Quid enim attinet supremum elogium condere, si nihil aliud quis facere velit, nisi quod etiam tacente ipso lex factura erat? De quo memini aliàs me scribere pluribus in interpretatione, *l. pen. de leg. 1.* Itaque cùm negamus in fideicommissis locum esse repræsentationi, siue de ascendentium, siue de transuersalium bonis disputetur, non ad testatoris affectionem referenda causa est, vt à Baldo factum fuit, & ab aliis, qui Baldum secuti sunt, sed ad meram iuris rationem, quæ pluribus sub nomine collectiuo ad eadem bona vocatis siue ab homine, siue à lege, graduum distinctionem seruari vult vt qui proximior est præferatur cæteris. At quid enim graduum obseruatio & distinctio apud Iureconsultos, nisi vt sciatur ordo successionis, siue ex testamento, siue ab intestato, *l. Iurisc. 10. & tot. tit. D. de gradib. & affin.* nisi si quo casu aliter nominatim cautum est, quod in hæreditatibus legitimis aliquot casibus, & pro temporum varietate aliter atque aliter constitutum, at in testamentariis nunquam receptum est, in fideicommissis verò siue ex testamento, siue ab intestato relicta proponantur, multò minùs.

ERROR VI.

De coniecturis in fideicommissis ius repræsentationis impedire creduntur.

NOn erit nobis difficile eas agnoscere & approbare coniecturas, quas plerique ex interpretibus nostris afferre solent, vt in fideicommissis excludant ius repræsentationis quod alioquin admitterent. Cùm enim ius hoc repræsentationis nullo penitus casu recipiendum esse arbitremur, ne quidem, quòd magis mirère, si testator idipsum expressim disposuerit, cùm eo casu possint & debeant remotiores cum proximioribus concurrere iure proprio, & citra beneficium repræsentationis, quòd ad eos tamersi in remotiore gradu constitutos testator voluntatem suã extenderit, vt scriptum est *in l. omnia 32. aliàs l. cùm ita §. in fideicom de leg. 2.* facilè patimur vt qui contra nos sentiunt, mutent sententiam vel ex minima voluntatis coniectura, quam sufficere putent ad eommentitium ius istud repræsentationis excludendum. Prima verò coniectura illa affertur, si testator per fideicommissum substituerit liberos, aut agnatos, aut cognatos superstites, quasi eo nomine, *superstitum*, ij tantùm comprehendantur, & vocati intelligãtur qui ex propria persona possint admitti, si sint ipsi superstites, non etiam qui in præmortuorum locum successerint, quomodo succedere illos necesse est, qui velint admitti iure repræsentationis. Sic enim illustr. Cardinalis D. Franciscus Mantica, *lib. 8. de coniect. vlt. vol. tit. 9. n. 5.* post Curt. iun *cons. 57. n. 9.* Parisi. *cons. 37. n. 50. in fi. & seq. & n. 70. vol. 2.* Corn. *cons. 182. n. 6. vol. 2.* Addens tamen ita temperanda esse hanc coniecturam, nisi testator substituerit superstites eo ipso modo quo essent successuri ab intestato. ex Decio, *cons. 79. num. 1.* & hoc ipsum quoque nisi aliud appareat ex voluntate testatoris, vt tractat, idem Parisi. *dictis cons. 37. num 53. in fin. volum. 2.* Secunda coniectura

ra esse creditur, si testator substituerit his verbis, *prædictos eius heredes.* Idem Mantic. *num.6.* ex Curt. iun. *cons.58.num.2.ver.præmisso,* & Anton. Gabriel. *concl.3.num.9.de fideic.lib.4.* Videntur enim supradictis verbis ij soli vocati qui nominati fuerunt institutione, non etiam qui in locum gradúmque illorum successerunt, quia nominatio est quid specialius, quàm vt possit induci aut suppleri per repræsentationem, quæ quoties locum habet facit quidem vt qui in remotiore gradu reuera est, videatur constitutus in proximiore, sed non illud etiam vt qui nominatus nullomodo fuit haberi debeat pro nominato. Alioqui dicendum erit nominato eo, qui fratrem habuerit eiusdem gradus sed non nominatũ, & defuncto ante diem fideicommissi eodemtem superstitibus liberis, itémque superstite fratre, præferri debere prædefuncti nominati liberos tanquam & ipsos nominatos, quoniam & pater eorum si viueret præferretur tanquam nominatus fratri non nominato, quod tamen absurdum esset. Inauditum enim est vt repræsentatio accommodetur remotiori in gradu ad hoc vt is præferatur proximiori, cum quo satis est quod remotior possit concurrere, qui ab eo alioquin excluderetur. Tertia coniectura est, cùm testator in primo gradu institutionis magis dilexit filios quàm nepotes quos non nominauit. Nã si postea substituat in hæc verba, *eosque & eorum filios inuicem substituo,* dicendum est inquit Mantic. vbi suprà *nn.7.* quòd sicuti magis dilexit filios eos instituendo, ita etiam substituendo magis eos dilexisse videatur, vt vno eorum moriente alter frater potiùs admittatur tanquã magis dilectus, quàm nepotes qui fuerũt minùs dilecti: quomodo respondit ex facto Curt. iun. *cons.22. n.8. & seqq. & n.11. & cons.161.n.7.* Cai. Ruin. *cons.101.n.21.vol.2.* Quarta est, si filij substituti sint nominatim expresso nomine proprio vel appellatiuo, nepotes autem non nisi generaliter sub nomine aliquo communi, veluti si testator substituerit, *filios & descendentes,* nam specialiter substituti debent præferri. idem Mantic. *vbi supr. n.8. ex d. §. in fideicommisso & l. heredes mei 57. §. vlt. ad SC. Trebell.* post Curt. iun. *d. cons.161.n.7. vers. ex præmissis, & in l.2.n.14. C. de success. edict.* Paris. *cons.18.num.66. & 72.vol.2. & cons.37.n.49.vers.5. & 7.* Quinta coniectura est, si nepotes non erant nati, neque concepti tempore mortis testatoris, quasi non possint isti iure repræsẽtationis venire ad successionem aui quem nullo vnquam cognationis iure tetigerunt, *ex l. Titius 9 ff. de suis & legit. l.1. §. si quis proximior ff. vnd. cognat. l. si cognatis de reb. dub.* Bald. *cons. 488. vol. 3.* Huiusmodi enim nepotes post aui mortem concepti non tam propriè quàm abusiuè nepotes dicuntur, *l. item prætor 6. de suis & legit.* & quamuis non defuerint, qui contrà senserunt, quos refert idem Mantic. *n.11.* In hoc tamen magis communiter nostri consentiunt vt si concepti post mortem aui contendant cum patruis aut cum aliis nepotibus, qui fuerint superstites iam eo tẽpore quo auus moreretur, postponi debeant, neque aut ex propria persona, aut iure repræsentationis possint succedere, tanquam minùs dilecti, quàm qui à testatore & cogniti & dilecti fuerunt, vt conclusit illustriss. Mantic. *d.n.11.* ex Curtio iuniore, *d. cons.57.n.11. & 12. & cons.58.n.5. & 6.* Sextam coniecturam addunt plerique si eo tẽpore quo decessit testator de cuius fideicommissaria successione tractatur superuixerit pater eorum, qui in eius locum postea defuncti voluit subrogari: Nam nec aliter locus est repræsentationi tùmquoque cum ab intestato succeditur, quam si viuo eo de cuius hæreditate agitur mortuus fuerat, pater, ex cuius persona ius repræsentationis prætenditur, *auth. post fratres 2. C. de legit. hæred.* Ias. *inter cõsil. Rubei.* Alex. *cons.37.n.3* quem refert Mantic *n.12.* vbi tamen subiungit non probari sibi istam coniecturam, quòd alia sit ratio successionis intestati quę defertur purè per legem statim atq; certum est patremfamilias intestatũ decessisse, *l.2. §. proximum ff. de suis & legit. hæred.* Alia vero fideicommissi conditionalis in quo spectandum potiùs est tempus euenientis conditionis, quo demum tempore dies fideicommissi cedit, *l. vnic. §. sin autem aliquid sub conditione Cod. de caduc. tollend. l. intercidit. 59. l. si quis post. 104. de condic. & demonstr.* nisi proponas testatorẽ substituisse proximiores cum adiectione illa *meos* propter quã necesse est eum qui fideicommissum petit proximiorem fuisse mortis tempore vel verè vel interpretatiuè, vt in specie respondit. Bald. *cons.488. vol.3.* Septima coniectura illa affertur, si testator substituerit salua gradus prærogatiua. In hoc enim casu vix quisquam dubitat, quin ius repræsentationis omnino exclusum intelligi debeat, *ex Auth. defuncto* vbi Castrens. *n.3. C. ad SC. Tertyll.* Dec. *cons.2.n.6. & cons.408. in princ. & in fi. & n.12.* Curt. iun. *cons.154 n.9.* Didac. Couarr. *pract. quæst. cap.38. n.4.* cum aliis plerisque citatis per Mantic. *vbi supra num.9.* Nisi, inquit ille testator dixerit salua gradus prærogatiua & seruato ordine successionis ab intestato vel à iure tradito. Ex Decio *cons.79. post n.1.* quẽ refert ac sequitur Didac. *d. c.38.n.4.vers.8.* Octaua & postrema coniectura est si testator substituerit expressim proximiores: quasi expressio ista omnem excludat fictionem, & consequenter repræsentationem quæ nihil nisi fictio est, cùm in fideicommissorum verbis interpretãdis veritatem non fictionẽ attendi oporteat, *l. fideicommissum 71. de condic. & demonst. l. Statius Florus 48. § Cornelio Felici D. de iur. fisc.* Ac quamquam plerique magnæ inter nostros authoritatis viri contrà putarunt, inter quos Bald. *d. cons.488.vol.3.* Alex. *cons.137.n.1. in fin. versic. præterea reperio lib.1.* Ias. *consil.159.lib.4* frequentior tamen nostrorum schola coniecturam istam probat nisi ex fortioribus coniecturis conuincatur, vt loquitur Mantic. *n.10.* post Didac. *d. ca.38.nn.4. in vers.3.* & Roland. à Vall. *cons.38.n.33.vers. verũ quia multi.* Et hæc quidem sunt, quæ ex communiore interpretum nostrorum sententia in hanc rem disputari possunt. Nos verò etsi facilè admittimus istas omnes coniecturas, qui nullo prorsus casu repræsentationem in fideicommissis agnoscimus, multa tamen in huiusmodi traditione obseruamus, quæ supposito interpretum errore, de præsentationis iure quibusdam casibus etiam in fideicommissis inducendo, suspecta falsaque non immeritò videri possint. Dicemus nonnulla breuiùs quæ ad sex priores coniecturas pertinent. De reliquis duabus, quoniam maioris momenti sunt, fusiùs postea dicturi. Ergo quod ad primam pertinet, quæ illa est, si testator eùm plures sub nomine collectiuo inuitauit ad fideicommissum, eos substituerit adiecto nomine superstitum, dico videri eam potentiorem ad impediendum ius transmissionis eo casu quo alioquin posset transmissio fideicommissi habere locum ex tacita voluntate testatoris iuxta opinionem aliam interpretum quæ à nobis æquè vt erronea superiore Hemischiliade confutata est) quàm ad impediendum ius repræsentationis. Nec enim fieri potest vt non sint superstites qui fideicommissum petunt iure repræsentationis, licèt præmortui sint illi, quomodo præmortuos esse necesse est, in quorum locum gradúmque succedunt. In eóque differt transmissio à repræsentatione, quòd illa respicit fauorem & personam transmittentis; hæc verò personam repræsentantis. Transmittit qui est in proximiore gradu, repræsentat qui est in remotiore, ideóque facilius est, vt

substitutis superstitibus impediatur transmissio, quàm vt repræsentatio. Quomodo enim aut quonam se posset quis tanquam substitutus fideicommissum transmittere ad quod non alij sint vocati quàm superstites, si ipse præmoriatur? aut quid tam contrarium, quam superstitem esse quem & præmortuum? Estque in hanc sententiam apertus textus *in d. l. haeredes mei 57. §. cùm ita ad SC. Treb.* vbi & testator proponebatur grauasse filios vt qui eorum prior decederet, partem suam hæreditatam superstiti fratri restitueret, & negat Papinianus præmortui liberos ad fideicommissum admitti posse, in illis verbis, *cessante prima substitutione*: quamquam non puto aliud responsurum fuisse Papinianum, etiamsi nulla in substitutione mentio superstitis facta fuisset. Non enim eo minùs verum fuisset, conditionale fideicommissum esse, quod ad hæredes nunquam transmittatur: at repræsentatio non solùm impeditur ob id, quòd qui erant proximiores in gradu prędecesserint, sed aequaliter induci potest quam si prædecessisse probentur. Quid? quod interpretibus nostris placet, si testator pluribus institutis inuicem superstitibus liberis, tamen præmortuorum quoque liberos ad fideicommissum admitti, non quidem iure transmissionis, sed ex propria persona & tanquam expressim vocatos, quasi ea dictione *eorum* personæ ipsæ substitutorum non quasi superstitum in abstracto, sed quasi substitutorum, & vt loquuntur, in concreto significatæ intelligantur, substitutique ipsorum liberi in eum casum, quo parentes ipsos non superstites, sed prædefunctos esse contingeret. Sic enim Philipp. Corn. *cons.* 37. *lib.* 1. pleriisque Senatus nostri consultis approbatus quæ nos retulimus in Codice nostro *De fin.* 7. 14. *&* 37. *De fideic.* ergo si semper vera interpretes sentiunt, non semper verum est adiectam dictionem *superstitum* impedire quominùs præmortuorum liberi possint succedere iure repræsentationis si modò sub aliquo nomine siue proprio, siue appellatiuo, siue collectiuo sint vocati. Deinde verò, si tum quoque cùm remotiores in gradu continentur appellatione vocatorum, non tamen nisi per posterius vocari intelliguntur, id est post proximiores, & nihilomagis excluduntur à iure repræsentationis si interpretibus nostris credimus, vt scilicet ex fideicommisso succedant eo ipso ordine quo succederent ab intestato, cur non idem dicemus etiamsi testator superstites substituerit? aut cur exigemus vt expressit testator: cùm superstites substituit, velle se vt succedant seruato iuris ordine, & eo modo quò ad intestato succederent, quod interpretes requirunt. Secunda sanè coniectura extra omnem prorsus dubitationem est, vt repræsentatio locum non habeat si substitutio fideicommissaria facta sit per expressam aut implicitam nominationem hæredum institutorum. Nam repræsentatio facit duntaxat vt qui remotior in gradu est subintrando in locum proximioris repræsentetur nominatio facta in priore gradu, vt verò hæredis institutio multò minus, nec proinde facere potest, vt substitutis per fideicommissum *prædictis hæredibus*, alij possint se dicere substitutos, quàm qui prædicti & prænominati hæredes fuerunt. Planè tertia coniectura ad eum casum pertinens quo testator institutis solis filiis, postea eos eorúmque liberos per fideicommissum substituerit, non caret scrupulo & dubitatione. Etsi enim dici solet eos quos testator in institutione dilexit, videri in substitutione quoque prædilectos fuisse, id tamen non nisi in dubio obtinet, non autem cùm substitutionis verba sunt aperta, quæ alios ad fideicommissum vocant quàm qui fuerant instituti. Præsertim verò cùm substitutio facta est per expressionem specialis nominis siue proprij, siue appellatiui cuius propria significatio nullum hæsitationi locum relinquat, de quibus personis, aut de quo personarum gradu testator senserit, vt in proposita specie in qua fingimus substitutos expressim fuisse non tantùm eos qui fuerant instituti, sed etiam eorum filios. Nam qui simul & æquè sunt substituti adeóque nominati licèt diuersis nominibus, cur non simul & æquè succedent? alioqui dicendum erit, si quis Titio, Sempronio & Mæuio hæredibus institutis, Titio absque liberis morienti substituerit ex fideicommisso, Sempronium Mæuium, & Cornelium, solos Sempronium & Mæuium ex substitutione successuros, non etiam Cornelium quia non fuerit ille cum cæteris nominatus in institutione. Quod tamen absurdum esset dicere, cùm expressio nominis faciat nec dubitari possit quin ad fideicommissum inuitati sint omnes ij, qui nominati fuerunt, etiamsi neque in institutione nominati reperiantur, neque sint in gradu æquè proximo, vt diximus in præcedentibus circa interpretationem, *§ in fideicommisso, l. omnia 32. aliàs l. cum ita, de legat.* 2. Solúsque ille casus excipiendus est, in quo testator aliquos ex hæredibus institutis specialiter inuicem substituerit. Tunc enim licet post omnes institutionis clausulas subiecerit, *eósque omnes eorúmque filios inuicem substituo*: ij tamen non continebuntur inter quos specialis substitutio facta est, neque ipsorum liberi, *l. cohaeredi 41. §. qui patrem, de vulg. & pupill. substit.*

ERROR VII.

Circa easdem coniecturas continuata tractatio.

IDemque tractari potest circa quartam coniecturam, si filij substituti sint specialiter nomine proprio expresso vel appellatiuo: Nepotes autem non nisi generaliter sub nomine aliquo communi, putà si substituerit *filios, & descendentes.* Nam cùm non possit adiecta videri dictio *descendentes* post expressam mentionem filiorum, nisi ad comprehendendos etiam eos, qui alioquin filiorum appellatione comprehendi non potuissent, an non fiat iniuria nepotibus qui supersunt ex filiis prædefunctis, si cum superstitibus filiis non admittantur? Si enim ad fideicommissum quod familiæ relictum est, etiam remotiores cum proximioribus admittuntur dummodò ad eos voluntatem suam testator extenderit, vt scriptum est in *in dicto §. in fideicommisso*, quanto magis ij admittendi erunt qui pro se habeant & verba testamenti, & beneficium iuris, vt parentis prædefuncti personam repræsentare possint? quare nec desunt ex interpretibus qui contra coniecturam hanc sentiant, admittántque nepotes cum filiis primi gradus quoties testator substituit *filios & descendentes*, inter quos Socin. iun. *cons.* 20. *n.* 3. *& seqq. volum.* 3 quem refert Manric. *dict. tit.* 9. *lib.* 8. *num.* 8. Sanè quod de nepotibus post aui eiusdémque testatoris mortem conceptis tractant interpretes, vt nunquam possint repræsentationis iure succedere, certissimum est, vel ex ipsa Interpretum nostrorum distinctione quæ non aliis casibus admittit ius repræsentationis in fideicommisso, quàm quibus haberet locum in successione ab intestato. Certum namque est, nullo iure posse quem ab intestato ei succedere quem nullo sanguinis & cognationis vinculo contingat, cùm successiones omnes intestati non nisi sanguinis iure deferantur, cum verò qui post alterius mortem non modò editus, sed etiam conceptus sit nullo proximitatis gradu ipsum contingere

tingere vt suprà diximus, *ex d. l. Titius 6. ff. de ius & legit. l. 1. §. si quis proximior. ff. vnd. cognat.* Et hoc quoque consequens videtur ei quod scribit Iuris. *in dict. §.* in fideicommisso admittendos esse ad fideicommissum familiæ relictum illos, qui fuerunt in familia eo tempore quo testator moreretur, vt intelligamus cæteros si qui superuenerint ad fideicommissum huiusmodi non pertinere, tanquam qui non sint de familia eiusdem testatoris, ni si valde impropriè, & abusiuè. Vnde illud etiam est, quòd si ex iis aliqui medio tempore, id est à morte testatoris in diē vsque cedentis fideicommissi fuerint emancipati, non eo minùs ad fideicommissum admitti possint, *l. peto 69. §. vltim. de legat. 2.* An quia etiam post emancipationem videatur esse adhuc quodammodo de familia, ob id solùm quod sunt de sanguine & cognatione, vt quidam putant? Minimè: sed quia vt ex voluntate admitti possint, sufficit fuisse illos in familia eo tempore quo testator moriebatur, qui ad personas, tùm in familia existentes, potius quàm ad ius ipsum familiæ respexisse intelligitur. Nec quod ad fideicommissum conditionale admitti possunt omnes ij qui tempore conditionis euenientis & capaces reperiuntur, *l. cum qui post 104. de condic. & dem.* ad rem facit. Tunc enim id obtinet, cùm fideicommissi verba eam interpretationem patiuntur, quia in dispositionibus conditionalibus, vt iam sæpiùs diximus, generale est vt existentis conditionis, non dispositionis tempus spectetur. At verba non patiuntur, quoties testator aut familiæ suæ reliquit fideicommissum, vt *in d. §. in fideicommisso*, aut proximiores, siue expressim, siue tacitè inuitauit, quemmodo inuitatos eos fuisse ponendum est eùm de repræsentationis iure disputatur. Quid enim attinet de repræsentatione quærere nisi eùm de proximitatis gradu quærendum est. Proximior porrò nec esse, nec fieri vnquam potest is qui nullo proximitatis gradu defunctum contingit, siue ex propria persona, siue per repræsentationem velit succedere, vnde illud etiam est, quod à quibusdam traditum suprà diximus, & nobis probatur, nullo iure posse repræsentationem prætendere illum cuius patet superuixerit testatori, quam sextam esse conjecturam retulimus, nec magis eùm fideicommisso tractatur, quàm cùm de successione intestati. Duo enim exigit repræsentatio, vt habere locum possit. Primum est quod modò dicebamus, vt aliquo sanguinis gradu defunctum contingat is, qui per repræsentationem vult admitti. Alterum, vt eo tempore quo paterfamilias moritur, de cuius bonis disputatur: nam si tùm occupatus reperiatur, omnem repræsentationi viam in totum præcludit, & in perpetuum, siquidem illud demùm tempus inspiciendum est, vt sciatur quis proximior, aut quis æquè proximus esse vel videri possit.

miotes, ne dubitari possit quin gradus proximitas æstimanda sit in tempore quoque mortis testatoris, licet fideicommissum conditionale proponatur. Quod vix est, vt non sint ei, quæ familiæ relinquuntur At quin is qui patrem habet superstitem tempore mortis testatoris, licèt iam tùm ipse conceptus & natus sit, contingit quidem aliquo longinquis gradu testatorem, sed non eo qui facere possit vel proximus tùm esse, vel vnquam fieri possit. Frustra ergo postea certet de repræsentando patre quem repræsentare non potuit eo tempore quo vel proximior vel æquè proximus esse aut videri debebat. Quemadmodum nec in successione ab intestato quicquam prodest, fieri quem proximum post delatam hæreditatem, si eius delatæ tempore proximus non fuit. Alioqui successio in agnatis induceretur contra iuris veteris rationem, de qua in *§. placebat, Instit. de legit. agnat. success.* Quod iur quamuis à Iustiniano emendatum sit inducta etiam in agnatis successione, vt scilicet agnato proximo excluso ab adeunda hæreditate sequens in gradu admitti possit, scsi delatæ hæreditatis tempore proximior fuisset, qui re vera erat remotior, nemo tamen idcirco dixerit, indutum fuisse à Iustiniano ea constitutione ius repræsentationis in fauorem illius quem alius mortis tempore antecertisset. Nihil enim aliud Iustinianus constituit, nisi vt posterioris gradus agnati qui mortis tempore fuerant remotiores, possint nihilominus post exclusos anteriores admitti, & quidem ex proprio iure propriaque persona tanquam agnati, cùm antea non nisi tanquam cognati admitterentur per Prætorem, ex proprio tamen quisque capite & ex propria persona. Ergo quamuis admittamus, quod admittendum sanè est, in eo differentem esse rationem successionis fideicommissariæ & legitimæ, si mesam iuris rationem inspicias, quod fideicommissaria tractum temporis habere potest & successionem graduum in tempus vsque conditionis euenientis, non etiam successio legitima extra casum, *dict. §. proximum & §. vlt. d. l. 2. de suis & legit.* Posteaquam tamen iustiniani constitutione hoc ius immutatum est, inductáque in agnatis etiam graduum successione, videbatur bona vtriusque successionis hac parte comparatio, saltem hactenus, vt sicuti Iustinianus inducedo ius illud successionis inter agnatos non ideò tamen induxit ius repræsentationis, adeò vt alia opus fuerit constitutione ad faciendum vt fratris filius in successione patrui defuncti concurrens cum patruo superstite repræsentare possit gradum sui patris, nec id tamen aliter quàm si pater viuo fratre suo decesserit, *dict. Authent. post fratres, C. de legit. hered.* Ita neque possit quisquam dicere in successione fideicommissarium locum esse debere repræsentationi in fauorem eius quem pater moriente testatore anteuerterit, eb id solùm quod ex causa fideicommissi possint varij esse gradus succedend. V[illegible] enim simul stare potest, vt & succedendi gr[illegible] si [illegible] diuersi, & tamen ex singulis grad[illegible] o [illegible] atur iure proprio ac citrà ius repræsent[illegible]is, nisi eo in [illegible]o casu quo ius repræsentationis natum fuerit, formatúmque iam inde ab eo tempore quo viueret adhuc is de cuius bonis contenditur. Idque consequens est ei propositioni, quæ à nobis sæpius relata probatáque est, per fideicommissum succedere testatori non autem grauato. Facit namque ea res vt in iure succedendi non aliud tēpus inspiciendum sit quàm quod fuit moriente testatore quoties de proximitate & gradu proximitatis quærendum est: Hoc enim addo vt eum casum excludam quo fideicommissum extraneis relictum est, quibus certum est relinqui posse tametsi viuo testatore

ERROR VIII.

De proximitate gradus spectanda inter plures gradatim vocatos, siue ex testamento [illegible], siue ab intestato.

ET in hanc quoque rem textus elegans & apertus est *in d. §. in fideicommisso*, vbi [illegible] scribit Modestinus, non solum id quod iam diximus, ad fideicommissum familiæ relictum admittendos eos qui in familia fuerunt eo tempore quo testator moriebatur, sed etiam, quod ad rem nostram magis pertinet, ex iis qui fuerunt in familia eo tempore priùs admittendos illos, qui sunt gradu proxi-

testatore neque nati fuerint, neque cocepti, dummodò in rerum natura fuerint tēpore conditionis existētis. Sed is casus ad tractatū nostrum non pertinet, cum de repræsentationis iure quæri nihil possit inter extraneos, sed tantùm inter eos qui testatori è sanguine contingunt, si quidem sint ex descendentibus vsque ad infinitum, sin ex transuersalibus non nisi ad filios vsque fratrum. Neque verò negamus posse illos qui repræsentationem allegant succedere ex fideicommisso ex propria persona, propriòque iure, si velint, ac proinde suo ordine. Quomodo succederent si essent omnino extranei, nisi quod illud præterea exigemus, vt concepti sint viuo testatore, quoties fideicommissum iis verbis relictum est, ex quibus appareat noluisse testatorem vt ad fideicommissum extranei admitterentur, id est alij quàm qui vel familia & agnatione, vel cognatione saltem aliqua testatorem contingerent. De postremis his duabus coniecturis, quoniam maioris momenti & disquisitionis esse videntur, separatim nobis dicendum est.

ERROR IX.

Si testator plures substituerit sub nomine collectiuo salua gradus prærogatiua, aut si proximiores.

EX omnibus illis coniecturis, quas suprà retulimus à nostris interpretibus probatas esse circa excludendum ius repræsentationis eo quoque casu quo alioquin ijdem interpretes repræsentationi locum esse in fideicommissis volunt, ea meo iudicio certissima est, si testator cum plures sub nomine collectiuo per fideicommissum substitueret adiecerit verba illa, *salua gradus prærogatiua.* Nam cùm ea sit potissimùm vis, & potestas repræsentationis quoties ei locus est, vt graduum distinctionem & prærogatiuam tollat, quia facit, vt qui re vera in remotiore gradu constitutus est videatur esse in proximiore, per indeque succedat cum eo qui re vera proximior est, ac si parem gradum teneret, quid obsecro apertius est quam videre, testatoris qui in fideicommissaria substitutione adiecit verba illa, *salua gradus prærogatiua,* voluntatem illam fuisse, vt nullus non dicam repræsentationi, sed nec quæstioni de repræsentatione locus relinqueretur? Sunt enim ista merè opposita inuicem, directòque contradictoria, succedere aliquos ex fideicommisso per ius repræsentationis, & succedere salua gradus prærogatiua, vt & sonus ipse verborum penè demonstrat, & disertè scriptum est in *Auth. post. fratres* 1. *C. de legit. hæred.* vbi ob hanc causam Paulus Castrensis quem alij pene innumeri secuti sunt, motus potissime ex verbis eius textus, docet nullum posse hoc casu locum esse repræsentationi: videnturque mihi interpretes in hoc vno peccare, quòd hanc vocant coniecturam, quæ tamen niditur iam apertis verbis testatoris, vt nullus coniecturæ locus relinquatur. Et tamen non desunt ex interpretibus nostris qui hoc quoque casu repræsentationem inducant, quos refert Antonius Gabrielus, in Communibus Opinionibus. Ratio istorum est, quia per repræsentationem inquiunt, gradus non corrumpitur, sed repræsentatur. Mira subtilitas si diis placet. Quasi verò inter gradum & gradus prærogatiuam nihil intersit. Fateor non corrumpi gradum [illegible] repræsentationem quoniam qui fuit primus gradu semper primus remanet, itémque posterior semper qui ab initio posterior fuit quandiu persona aliqua subsistit quæ prio- tem gradum occupet. Sed nego fieri posse vt inducatur repræsentatio quin hoc ipso prærogatiua gradus corrumpatur, quæ tota in eo est, vt qui præcedit in gradu, sequentium graduum personas omnes in causa successionis antecedat, quod tamen ne fiat, impedit repræsentatio. Non potest igitur testator qui fideicommissum relinquit præcipere vt ex fideicommisso succedantur salua gradus prærogatiua, quin hoc ipso apertissimè ius repræsentationis excludat. Quare nec possum probare exceptionem illam, quam addunt ij ipsi qui nobiscum sentiunt, vt coniectura hæc ita debeat intelligi, nisi testator dixerit *Salua gradus prærogatiua & seruato ordine successionis ab intestato vel à iure tradito.* Qua in specie volunt repræsentationi locum esse omnibus illis casibus, quibus etiam ab intestato locus esset vt concludit Didac. Couarr. *cap.* 38. *pract. quæst. num.* 4. *vers.* 8. post Dec. *consil.* 79. *sub num.* 1. quos refert & sequitur illustr. Franc. Man. *lib.* 8. *de coniect. vlt. volunt. tit.* 9. *n.* 9. *in fin.* Implicant enim ista contradictionem vt ex fideicommisso succedatur salua gradus prærogatiua, & seruato ordine successionis ab intestato, præter quàm iis casibus in quibus ab intestato, quoque succeditur salua gradus prærogatiua, quod contingit in transuersalium successionibus post fratres fratrúmque filios, nec alio præterea vllo casu. Eadem ferè quæstio, & idem tractatus est, si testator per fideicommissum substituerit expressim proximiores. Etsi enim cum de causa & successione intestati quæritur, non aliam ob rationem disputamus qui sit proximior, quam vt sciamus, cui successio deferatur, non ideò tamen quis proximior est, quod succedat, sed ideò succedit quod proximior sit: nec quemadmodum repræsentatio immutat ius successionis, ita etiam immutare potest ius proximitatis & facere vt qui proximior erat, non sit & remaneat semper proximior. Proinde qui substituit plures siue descendentes, siue agnatos, siue cognatos, subiecta illa qualitate proximiorum, nihil aliud constituisse videri potest, nisi vt verborum cōpendio videantur illi substituti salua gradus prærogatiua, cum non aliunde sumatur prærogatiua gradus quam ex ordine ac potestate proximitatis: & euidenter aberrant, qui existimant remotiores succedentes per ius repræsentationis cum proximioribus æquè proximos intelligi debere. Succedunt enim illi, non tanquam æque proximi, sed tanquam proximitatis graduum repræsentantes, qua repræsentatione nullomodo indigerent si re vera remotiores non essent. Cùm ergo sint remotiores, nulla prorsus ratio est, vt ad fideicommissum, quod non nisi proximioribus relictum est, admittantur. Quare nec opus est vt ad eam rationem confugiamus quam afferunt ii qui nobiscum sentiunt, quòd in fideicommissis veritas non fictio consideretur, *ex l. fideicommissum* 76. *de condit. & demonstr. Statius Florus* 48. §. *Cornelio Felici D. de iur. fis.* Nam qui succedunt solo iure repræsentationis, nec verè, nec fictè sunt æquè proximi, sed eo tantùm gaudent priuilegio, vt non anteuertantur in causa successionis ab iis, à quibus tamen in causa & gradu proximitatis anteuertuntur, id verò priuilegium habent, non quasi fingantur æquè proximi, sed quia sic constitutum est, vt admitti debeant ad successionem ex gradu defuncti, qui hodie si viueret, haud dubiè tanquam æquè proximus admitteretur, quamuis non tam ipsam defuncti personam, quam ipsius gradum repræsentare intelligantur, vt diximus in superioribus.

ERROR X.

Si testator substituerit proximiores ad quos de iure debet hæreditas peruenire. Aut si addiderit vt in stirpes non in capita succedatur.

NOn aliud puto respondendum, etiamsi testator substituendo proximiores adiecerit *ad quos de iure hæreditas debet peruenire.* Qui casus est de quo consuluit Ias. *cons.* 159. *lib.* 4. *num.* 2. *in fin.* Non enim id perinde haberi debet, ac si simpliciter substituti essent illi ad quos debet hæreditas de iure peruenire, Nã alioqui dictio illa *proximiores,* quæ primò ac principaliter adiecta est, frustra & inutiliter, addita videatur, sed ita accipi eam scripturam oportet, vt neque alij ad fideicommissum inuitati videantur, quàm qui sint proximiores, neque rursum ex proximioribus alij, quàm qui ius habeant succedendi, ne partem cæteris faciant illi qui ad partem ipsi non admittuntur. Quid enim si proximior inueniatur eo tẽpore deportatus, aut per iuratam renuntiationem à succedendo exclusus? Non admittetur ille ad fideicommissum, nec obstabit cæteris non solùm qui sint æquè proximi: sed nec si sint remotiores, quia non proximiores quilibet substituti fuerunt, sed tantùm proximiores in causa succedendi. Cæterùm quo casu proximior aliquis erit qui possit succedere, nunquam ferendum est vt cum eo concurrat alius remotior, etiamsi concursurus alioquin esset per ius repræsentationis in causa successionis ab intestato, quoniam verba testamenti non patiuntur quæ proximiorem disertè vocant, verum autem esse non potest, proximiorem aut ex proximioribus esse illum, quem negari non potest remotiorem esse. Nec ad rem facit quod cum proximioribus admitti possit ad successionem intestati: cùm iis casibus quibus iure nostro, siue nouo, siue vetere inductum fuit ius repræsentationis, non amplius quæratur quis sit proximior simpliciter, sed quis aut proximior aut habens repræsentandi gradum proximiorem. Nam nec iure proximitatis solius tùm succeditur, sed iure proximitatis simul & repræsentationis: Proximitatis quidem ex parte illius, qui ipse ex persona sua proximior est in gradu, nec indiget repræsentatione vt succedat, neque ab alio vllo excludatur: Repræsentationis verò ex parte illius, qui quòd sit in remotiore gradu constitutus, non posset ipse succedere, quinimò à proximiore excluderetur, si non haberet ius repræsentationis, cuius beneficio fiat non quidem æquè proximus, quòd nulla iuris arte fieri potest, sed æquè successor ac si æquè proximus esset: in quo non natura, sed sola iuris communis ratio & potestas per fictionem violatur. Proximitas etiam hodie conseruat perinde ac olim, ius succedendi sed non parit semper ius quod olim pariebat excludendi remotiores, quia potestas repræsentationis impedit ex illa parte potestatem proximitatis: non quidem tollendo proximitatem in persona proximioris, quo neque fieri vllo modo posset, sed admittendo remotiorem bactenus non vt excludat proximiorem, ac vt concurrat cum proximiore. Ergo cùm ad fideicõmissum quod proximioribus relictum est non alij possint admitti, quàm qui sont vocati, hoc est qui sunt proximiores consequens omninò est, ius proximitatis in tali fideicommisso prosit, non tantùm ad conseruandum proximioribus ius succedendi ex fideicommisso, sed etiam ad excludendos remotiores omnes & cuiuscumque sint gradus, tanquam nec qui vocati sint nec pro vocatis etiã per fictionem haberi possint salua vi & potestate verbi quo testator vsus est substituendo proximiores: Nihil obstante illo quod adiecerit *ad quos de iure debet hæreditas pertinere.* Illa namque adiectio non tollit præcedentem qualitatem sub qua formaliter fideicommissum relictum est, adeòque nec illam explicat quasi proximiores eos omnes testator intellexerit ad quos de iure deberet hæreditas peruenire, sed tantùm limitat & restringit, vt appareat non de aliis proximioribus inuitandis testatorem sensisse, quàm qui etiam si inuitati non essent, succedere tamen iure communi possent. Ex quo si quis inferat cum Iasone, Non aliter igitur videri eos quàm vt succedat eo ipso modo quo de iure communi ab intestato succederent, is proculdubio errauerit. Aliud enim est quærere qui succedat, Aliud verò quærere qualiter succedere debeant qui succedunt, & quomodo. Testator in proposito non alios voluit succedere quàm eos qui essent proximiores, exclusis proinde in totum remotioribus etiam illo casu quo succedere possent cum proinde in totum remotioribus etiam illo casu quo succedere possent cum proximioribus, si ad successionem admitti possent. Prius enim est vt probent se esse ex numero vocatorum, quàm vt disputem quomodo admitti debeant: Atqui non potest fieri vt se vocatos probent, quin priùs ostendat se vel proximiores esse, vel saltem ex proximioribus, quod ipsum tamen facere nunquam possint, cùm reuerà sint remotiores, talésque maneant eo quoque casu quo per ius repræsentationis concurrunt cum proximioribus ab intestato. Frustra igitur est quærere, an repræsentationis iure possint aut debeãt succedere illi qui nullo modo sunt vocati. Sed & quod magis est, cùm aliquando ex facto proponeretur quidam post institutos ex æquis partibus tres filios, singulis per fideicommissum substituisse descendentes, idque in stirpes non in capita, & descendentibus omnibus præmortuis fratres præmorientis, eorúmque posteros simili modo, id est in stirpes quoque non in capita: sed ita tamen vt proximiores semper præferrẽtur: Respondi post extinctos descendẽtes omnes ad solũ fratrem qui tùm superessent, non etiam ad præmortui fratris liberos totum fideicommissum pertinere, non alia ratione mortui fratris liberos totum fideicommissum pertinere, non alia ratione quàm hac ipsa, quòd testator expressim vocando proximiorem, ius repræsentationis apertè exclusisset, cùm negari non posset quin fratri sine liberis defuncto proximior esset frater superstes, quàm filius fratris prædefuncti. Et si enim præceperat testator vt ex huiusmodi fideicommisso succederetur in stirpes non in capita, quæ successionis forma supponit ius repræsentationis, à quo nimirum & originem & perpetuam causam suam trahit, vt ostendimus in præcedentibus *ex §. cùm filius & §. vlt. Inst. de hær. quæ ab intest. defer.* Nihil tamen vetabat vtramque clausulam ea donari interpretatione, quæ facere posset vt ex omni parte voluntas testatoris conseruaretur, id est, & ex ea parte qua præceperat vt in stirpes non in capita succederetur, & ex qua constituerat, vt proximiores præferrentur, nimirum relata restrictáque priore clausula ad eum casum quo fideicommissum peterent illi qui essent æquè proximi & in eodem gradu succedendi, quod in proposita specie contigisset, si ante fratrem de cuius bonis tractabatur alij fratres ambo decessissent, vnus quidem filio vno superstite, alio autem pluribus liberis relictis, tunc enim dubitari non potuisset,

potuisset, quin æquo iure fratrum omnium filij ad fideicommissum admitti deberent, cùm essent omnes æque proximi, & in pari gradu constituti, solàque dubitatio illa superesse poterat, an in stirpes admitti deberent, quomodo admitterentur si ab intestato succederent auo, *d. §. cùm filius*, an in capita, quomodo succedere illos hodie patruo debere, magis communiter probatum est, inuita licèt iurisprudentia, nouellaque Iustiniani constitutione 118. *de hær. ab intest. venient.* vt à nobis sæpius dictum probatúmque est: in qua quæstione fatendum esset fratrum filios in capita successuros fuisse nisi testator contrariam succedendi formã verbis testamenti præscripsisset: non modò si eos interpretes sequeremur qui ius succedendi ex fideicommisso ex iure successionis intestati metiuntur, quandoquidem in capita quoque succederent isti fratrum filij in bonis patrui secundum supradictam receptiorem nostrorum sententiam, sed etiam iuxta eam opinionem quam nos veriorem arbitramur, vt fideicommisso quod pluribus sub nomine collectiuo relictum est, succedatur semper in capita, nisi cum testator aliud voluit, quia nec alij ex fideicommisso vnquam succedere possunt, quàm qui ex propria persona succedunt tanquam vocati & inuitati: quæ res inducit ius successionis in capita perinde ac ius repræsentationis inducit successionem in stirpes. At in proposita specie cùm de fideicommisso contenderetur inter fratrem superstitem, & fratris præfuncti filium, quorum vnus erat proximior, alius verò remotior, inanis relinquebatur prior illa clausula per quam testator iusserat succedi in stirpes, quia nec de illo vnquam disputari potest, an in stirpes succedendum sit, an in capita, nisi cùm de successione inter eos contenditur qui pari & æquo sunt gradu. Cùm enim beneficium repræsentationis facit, vt qui remotiores in gradu sunt concurrant nihilominus cũ proximiore, quis vnquã dixerit aut æquum putauerit remotiores illos qui ex vna persona plures supersint debere in capita succedere? Ita si quidem fieret vt multò plus ferrent illi, quàm proximior, à quo in totum excludi summo iure deberent, adeóque plus quam laturus esset ille cuius gradum repræsentant, quod nimis absurdum, & iniquum foret. At cùm ij qui succedunt, pari gradu sunt, nec tamen in primo, sed in remotiore, quòd persona nulla sit quæ primum gradum occupet, tum verò quærendum est de forma successionis, id est, an in stirpes, an in capita succedi oporteat: quòd vtroque modo succedi nihil vetet pro arbitrio legislatoris: In capita quidem quoniam succedunt singuli ex propria persona, vt *in l. 1 §. hac hæreditas De suis & legit.* In stirpes verò quia præcedit alius gradus qui repræsentationis fictionem commodè admittit. Porrò testamento ritè condito non alius legislator quærendus est, quàm testator ipse, cuius voluntas qualibet, si modò iuxta sit lex est. Cum igitur testator qui proximiores solos ad fideicommissum inuitauit, idem iusserit vt in stirpes non in capita succederentur, non aliud is voluisse credendus est, quam vt si contingeret proximiores plures esse in remotiore quidem, sed pari tamen gradu constitutos, eo demùm casu in stirpes succederent, quasi iure repræsentationis, quos nullo proximitatis obstaculo impediretur, at non item si quidam essent proximiores, alij verò remotiores. Tum enim proximiorum causam potiorem omnimodo esse oportere, nec permittendum remotioribus vt succedant iure repræsentationis in stirpes, qui nullomodo possunt succedere, cùm nec vllomodo sint vocati. Siquidem inter eos qui dispari sunt gradu ordo proximitatis necessariò aliquis est: at ius repræsentationis non necessariò est, sed tantùm esse potest, eo nimirum casu quo vel testator vel alius quisquis ille sit legislator, ita præceperit: Proximitas & proximitatis paritas in gradu quamuis remotiore, non indiget quidem iure repræsentationis ad succedendum, si modò prioris gradus persona nulla sit quæ proximiorem se possit dicere, sed tamen capax est repræsentationis admittendæ si gradus sit remotior qui ab alio gradu vacuo antecedatur, cuius repræsentationis non æquè capax esset primus gradus etiamsi à pluribus personis occuparetur. Et hoc certè est quod plerósque fallit existimantes, sufficere ad inducendum necessariò ius repræsentationis cùm testator in stirpes non in capita succedi voluit, vt nulla sit repugnantia ex parte rei quominùs possit induci, nec animaduertentes illud etiam requiri vt testatoris voluntas verbaque illam interpretationem patiantur, cui ex contrario sanè repugnant euidenter, quoties non nisi proximiores substituti proponuntur, satísque esse debet quod aliquo casu possit contingere, vt & proximiores soli admittantur, & ita tamen admittãtur, vt succedant in stirpes qui aliòqui in capita tantùm succedere deberent. Semper enim laborandum est quantum fieri potest, vt si in eodem, siue testamento, siue contractu plures adsint clausulæ quæ inuicem pugnare, aut saltem minùs conuenire videantur, benigna & accommodata interpretatione concilientur, quod si fieri nulla ratione possit, maiorem tamen posterioris clausulæ quàm prioris potestatem esse necesse est, cùm in testamentis & in contractibus perpetuũ illud sit vt posteriora derogent prioribus. Qua etiam ratione defendebam in proposita specie magis attendẽdum esse quod testator proximiores præferri iusserat, & quidem verbis restrictiuis & vt loquuntur, modificatiuis per *ita vt*, quàm quod ante præceperat vt in stirpes non in capita succederetur: Admisso etiam eo vt conciliari nullomodo possent hæ clausulæ, quas tamen conciliari posse & quidem commodissimè satis, vt opinor, ostendimus.

ANTONII

ANTONII FABRI I.C.

Decas Quinquagesimaoctaua.

ERROR PRIMVS.

De mittendo victore in possessione bonorum condemnati in executionem rei iudicati.

ACcursii nostri traditio est, *ad l. à Diuo Pio 15. §. si pignora, D. de re iud.* Posse illum qui sententiam aduersus debitorem suum obtinuit, cuius bona nunquam antè habuerit obligata (nam de pigneratitio & hypothecario creditore nunc non agimus) quadruplici via & remedio sibi cõsulere. Primùm ita vt pignora in iudicati executione capta teneat & retineat fructusque ex iis percipiat, quousque vel imputatione fructuum vel quo alio modo fuerit ei plenissimè satisfactum. Secundò vt ea pignora accipiat sibique imputet in solutum ex *l. si prædium 4. C. de euict.* Tertiò vt liciteτur ipse & vice extranei emptoris pignora comparet, *ex l. 2. C. si caus. iudic. pign. capt. sit.* Quartò vt si per fraudem & collusionem debitoris, non inueniatur emptor, impetret ille ius dominij, ex *l. vlt. eod. tit. l. 2. tot. tit. C. de iur. domin. impetr.* Quam traditionem secuti Pragmatici pleríque hunc rei gerendæ ordinem seruant, vt incipiat victor à missione in possessionem, impetratis in eam rem literis cui ius est exequendi iudicatum, *ex l. 1. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit. l. cùm proponas 9. C. de bo. autor. iud. possid.* Nam & Interpretibus nostris idem placet, præsertim Alexandro & Iasoni ad *d. §. si pignora*, nisi quòd quatuor remediis supradictis ab Accursio traditis addunt quintum; vt nimirum victor vrgeat venditionem bonorum debitoris. Quod remedium nec Accursius sanè ignorauit, sed consultò prudenterque prætermisit, quia tractabat eum casum, quem & Vlpia. in *d. §. si pignora*, quo bona emptorem non inuenirent. Hoc verò ipsum est, quod me primùm mouit vt hanc Accursij cęterorúmque siue Pragmaticorum, siue Interpretum traditionem probare nunquam potuerim, qui video iudicialis pignoris, id est, quod in iudicati executione capitur eam rationem & conditionem esse vt non à victore ipso capi debeat, sed à magistratu iudicatum exequente, nec ob id capi vt retineatur à creditore qui sententiam retulit, sed vt mox & incontinenti distrahatur, si qua ratione fieri possit vt inueniat emptorem siue extraneum, siue victorem ipsum qui nullo alio emptore existente velit ex officio emere in vicem extranei emptoris, vt loquitur *d. l. 2. C. si in caus. iudic.* Falsum igitur est quod omnes isti volunt, si emptorem pignora nullum inueniant, id est neque extraneum, neque victorem ipsum, vice remedij permittendum esse victori vt pignora retineat, cùm nec pignora fiant priusquàm capiantur, nec capiantur nisi vt distrahantur: vt proinde præposterum sit, finita spe venditionis redire ad possessionem pignorum quam victor nunquam habuerit, absurdum verò incipi à missione in possessionem bonorum debitoris ad ea iure pignoris retinenda, quandiu spes aliqua subest fore vt inueniant emptorem. Nec enim pignus iudiciale constituitur à magistratu qui exequitur iudicatum, nisi ex mera necessitate, quoniam alioquin fieri non posset vt sententia contra inuitum lata etiam contra inuitum executioni mandaretur: si quidem is qui pecuniam soluere iussus & condemnatus est, non nisi per iniquè cogi posset, vt vel inuitus ipse vel in victori bona in solutum pro pecunia daret, *l. cum à quo 16. & seq. C. de solut. l. 1. §. mutui datio in fin. D. de reb. cred.* Ineunda igitur ratio aliqua est, per quam fieri possit vt etiam inuito condemnato pecunia explicari possit quę soluatur creditori vt iudicato tandem satisfiat, nec fiant de lite lites, *l. 4. §. ait prætor. D. de re iudic.* Id verò nec aliter, nec meliùs fieri potest quàm per distractionem bonorum debitoris, quę credibile est inuentura emptorem, præsertim cùm eam distractionem necesse sit fieri solemniter & sub hasta per publicam auctionem & licitationem, adeóque præsenti pecunia: *d. l. à Diuo Pio 15. §. si post. addictum. D. de re iudic.* Vt sit in potestate cuiuslibet accedere ad venditionem, tantóque faciliùs & cariùs bona vendi possint quanto plures erunt licitatores. *l. ait prætor. 7. §. quæsitum, D. de minor.* Portò prius est vt debitoris bona obligentur creditori, quam vt eo postulante & vrgente distrahi possint: Alioqui quónam, obsecro, iure distraherentur? Atqui ponimus nunquam fuisse illa obligata, nec nisi de chirographario creditore tractamus, cui certum est neque per sententiam ius vllum pignoris acquiri, cùm actio ex iudicato sit tota in personam, nec priuilegium habeat taciti pignoris, *l. alteri 8. C. de reb. credit.* Necesse igitur est in executione iudicati constitui pignora per captionem, ita vt & capiendo constituantur, & constituendo capiantur: necesse, inquam, non ad hoc vt cautum sit victori, quomodo contingit in pignore conuentionali (nec enim cautione vlla amplius indiget, sed tantùm executione is qui debitorem suum habet iam condemnatum) sed ad hoc solùm vt ipsi satisfiat, statímque iudicato pareatur: Inde nimirum est quod initium capiendorum in iudicati executione pignorum ab ipso magistratu proficisci necessariò semper oportet, & ex eius authoritate fieri quod victor per seipsum facere citra vim non posset, *l. miles 6. §. qui iudicati, D. de re iud. & d. l. à Diuo Pio 15. §. 1. & pass. eod.* Inde etiam quod non aliam ob causam, nec alio fine capiuntur à magistratu hæc pignora, quàm vt ex publica eorum venditione pretium redigatur, quod in iudicati causam conuerti possit, vt quod debetur in pecunia, æquè in pecunia soluatur, atque ita contingat debitori condemnato liberatio, quæ non nisi solutione eius quod debetur posset contingere. Ex quo illud quoque fit quibus iuris nostri locis tractatur de captis aut capiendis pro iudicato pignoribus, tractetur etiam de eisdem distrahendis, & quidem mox, vt loquitur Vlp. in *d. l. à Diuo Pio, §. in venditione*, id est statim & incontinenti non ex interuallo, quod Accursius noster non intellixit qui ad eum locum affert, quasi simile quod de bonis debitoris certo tempore transacto distrahendis scriptum est in *d. l. cùm proponas 9. C. de bon. auth. iud. possid.* vbi tamen sicut & in toto illo titulo agitur non de iudiciali, sed de prætorio pignore, cuius alia ratio est, vt postea dicemus.

ERROR II.

De sententia l.1.2.& 3.C. si in caus.iudic.pign. capt.sit.l.ordo 3.C.de exec.rei iudic.

SIc in *d.l.1.C.sit in caus.iudic. pign.capt.sit, pignorum iure*, inquit lex, *teneri ac distrahi posse*, vt intelligamus simul ista procedere, quòd ob causam iudicati bona debitoris condemnati & iure pignoris tenentur, & distrabuntur. Qui tamen locus potissimùm videtur Interpretes nostros fefellisse. Quod enim lex ait *pignoris iure teneri* sic acceperunt, ac si scriptum esset *iure pignoris retineri & quidem per creditorem*, cùm è contrario nihil aliud sibi velit Imperator, quàm quod suprà diximus, capta ex magistratus authoritate bona debitoris exinde obligata esse iure pignoris, & tanquam obligata posse distrahi, sed per magistratum non per creditorem, idque etiamsi à creditore non possideantur. Non enim ait Imperator creditorem posse tenere hæc pignora, tantùm abest vt dicat posse illum ea retinere, sed hoc tantùm, bona pignoris iure ac vinculo teneri, quæ locutio ius & potestatem obligationis in rebus debitoris constitutæ demonstrat non etiam creditoris detentionem aut possessionem. Rursum quod lex addit *ac distrahi*, sic ab iisdem interpretibus acceptum est quasi scriptum esset *aut distrahi*, vt aliud & secundum remedium inducant per quod victori consulatur, cùm tamen sit apertissimum coniungi ab Imperatore hæc duo, vt ostendat remedium per quod victori ab initio consulendum est in executione iudicati non aliud esse, quàm vt pignora per captionem constituta subinde distrahantur, tanquam pignore non alium ob finem constituto, sic in *l.2.eod. titu. Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius qui ita decernit, venumdari solet non per eum qui iudicatum fieri postulauit.* Sic denique in *l.vlt.eod. In causa iudicati pignora ex authoritate Præsidis capta potius distrahi, quam iure dominij possideri consueuerunt.* Quibus verbis significat Imperator pignora in executione iudicati capta, vel possideri à victore non posse, vel dominij iure possideri debere: Non ergo iure pignoris vt & Interpretes & Pragmatici volunt. Sed omnium apertissimus in hanc rem textus est in *l. ordo 3.C. de execut. rei iud.* vbi disertè scribunt Imperatores, ita demùm in possessionem pignorum mittendum esse à Præside creditorem qui iudicati executionem vrget, si apparest res quæ pignori datæ sunt, diu subhastatas ex compacto sine ambitione condemnati emptorem inuenire non potuisse. Quid enim pôtuit scribi apertiùs vt intelligeremus missionem in possessionem non primam vt vult Accursius, sed extremum esse remedium quo creditori possit consuli ad iudicatum exequendum nec priùs de mittendo creditore in possessionem bonorum debitoris quæri oportere, quàm certum esse cœperit distrahi rem nullomodo posse, nullomodo se offerente emptore; Quid verò aliud est quod ea lex ait, mittendum esse hoc casu creditorem in possessionem, vt vel hoc remedio res tamdiu protracta ad effectum perducatur (hæc ipsa enim sunt legis verba nisi illud ipsum, quod scriptum est in *dicta lege vltima, Cod. si in caus. iudic. pign capt. sit.* Si per calliditatem condemnati emptor inueniri non possit, tunc dominium creditori adijci solere. Alioqui per missionem illam in possessionem non ad effectum res iudicata perduceretur, at potiùs executio inchoaretur, si non ad alium finem ea fieret quàm vt pignora iure pignorum possiderentur. Idem quoque tradit Vlpianus in *dicto §. si pignora*, vbi addit hanc addictionem fieri non pro rata debiti & ad concurrentem vsque valoris pignoris quantitatem, vt malè quosdam interpretari video, sed pro ea vtique quantitate quæ debetur, ita vt non possit creditor in quantitatem certam pignora tenere, & superfluum petere. Videtur enim creditor, vt Vlpianus ait, veluti pacto transegisse de credito, qui contentus fuit pignora in creditum possidere. Nec verendum est vt iniuria vel debitor afficiatur, vel creditor si pignus vel pluris sit, vel minoris, cùm imputare debeat sibi debitor qui nec pecuniam offert, nec inuenit emptorem, maximè verò si quid ab eo factum sit per ambitionem, & calliditatem, creditor verò cur non ipse emerit quod etiam minore pretio facere potuisset in vicem extranei emptoris, *dicta lege secunda Codic. si in caus. indic.pign.capt.sit.* Nec enim cogitur vnquam creditor contentus esse captis pignoribus, sed si non sufficiant, quod ex eorum demum venditione sciri potest, alia capi possunt & debent quousque iudicato satisfiat, *dicta lege à Diuo Pio §. in venditione, & §. si rerum.* Alioqui non videretur creditor velut pacto transegisse de credito etiamsi pignora in creditum possideret, si vel inuitus cogeretur iis pignoribus contentus esse, cùm ex eo quod fit necessitate iuris non possit capi vlla voluntatis coniectura, vt ius suum remittere quis voluisse videatur, *argum.l.3. D. de separat.* Nec minùs malè idem Accursius & cæteri inter alia remedia per quæ consuli possit victori illud afferunt vt accipiat pignora in solutum ex *l. si prædium 4. C. de euict.* Quærimus enim quo remedio consuli possit creditori etiam inuito debitore condemnato cum emptor pignoris non inuenitur, Datio autem in solutum contractus est qui non nisi ex voluntate debitoris fieri potest, quique venditionis vicem obtinet, ita vt ex ea causa si prædium quod datum fuerat in solutum postea euincatur, actio de euictione creditori qui accepit accommodari debeat contra debitorem qui dedit *dict. d.l. si prædium.* Simile aliud remedium illud est quod Interpretes Accursio semper duce tribuunt creditori, vt licitetur ipse & emat, siue alius emptor nullus sit, siue alius quidem sit, sed qui non satis dignum pretium offerat *ex d.l.2. C. si in caus. ind.pign.capt.sit.* Nam neque hoc casu remedio vllo indiget creditor qui emendo per se pignus non minùs indemnitatem consequitur, quàm si extraneus aliquis emptor inueniretur. Nos autem cum Vlp. in *d.§.si pignora*, eum casum tractamus quo emptor nullus sit, neque extraneus, neque ipse creditor: nam nec inuitus creditor emere cogitur, vt neque alius quilibet, *l.nec emere 17.C.de iur.delib.* Solum igitur remedium illud creditori superest cùm emptor nullus inuenitur vt addicantur ei pignora, id est vt in eorum possessionem mittatur & illa sibi possidere iubeatur, *d.§.si pignora d.l.vlt. C. si in caus.iudic.d.l.3. C.de execut. rei iud.c.* Sed qui effectus sit huius addictionis, & an semper eodem modo fiat, quoniam hoc quoque ab interpretibus nostris non minùs quàm à pragmaticis ignorari video, latiùs explicandum est.

ERROR III.

De pignorum addictione, & adiudicatione, ex iuris veteris ratione.

QVod à nobis suprà dictum est, quoties pignora quæ in iudicati executione capta sunt, non inueniunt emptorem remedium illud vnicum victori superesse, vt mittatur in possessionem pignorum

rum ipsique pignora addicantur, verissimum quidem est, & apertè scriptum in *dict. l. à Diuo Pio 15. § pignora D. de re iudi.* & *in l. 3. C. de exec. rei iudic.* Sed quo modo accipiendum hoc sit: & quænam huiusmodi addictionis potestas esse possit, non æquè certum est. Aliter enim atque aliter de eo responsum à prudentibus, & rescriptum ab Imperatoribus videtur: quæ res non tantùm dubitandi, sed etiam errandi causam & interpretibus & pragmaticis nostris dedit. Vlpianus *in d. §. si pignora*, simpliciter scribit, Si pignora quæ capta sunt emptorem non inueniant, rescriptum esse ab Imperatoribus Seuero, & Antonino, debere illa addici ei cui quis condemnatus est, & quidem vtique, id est, omnimodo pro ea quantitate quæ debetur, hoc est siue plus, siue minus, quàm quanti pignus est, debeatur: Nam si creditor, inquit, maluerit pignora in creditum possidere iisque contentus esse, rescriptum est non posse illum quod amplius sibi debetur, petere, quia velut pacto transegisse de credito videtur qui pro credito contentus fuit pignora possidere, nec fieri posse vt in quantitatem certam pignora retineat, & superfluum debiti petat. Imperatores verò *in d. l. 3. paulo aliter*, Si res pignori datæ diu sub hastatæ non potuerint emptorem inuenire, siue ex compacto, id est ex dolo composito & præmeditato, siue per ambitionem & amicorum copiam condemnati, mittendum esse victorem in possessionem vt tandiu protracta executio rei iudicatæ ad effectum perducatur. In quo verò aliter Imperatores, aliter Vlpianus? An in eo quod nullam addictionis mentionem faciunt, quam Vlpian. requirit. Minimè. Contextus enim Vlpiani ostendit addictionem hanc non alio modo fieri, quàm per missionem in possessionem, Iubente magistratu vt victor in possessionem pignorum mittatur, eáque sibi possideat in creditum, & retineat, Sed in eo quod exigunt Imperatores, vt per condemnati, siue calliditatem, siue ambitionem fiat, ne pignorum emptor inueniatur, quod Vlpianus sanè non requirit: neque verò necessarium id videtur. Quid enim, si neque dolus, neque ambitio condemnati probetur? An ideò victor omni remedio destituetur, ne iudicati executionem vrgere possit, suúmque consequi? Atquin apertissimum est iudicati executionem fieri non tam odio victi, quàm fauore victoris, & quod intersit reipublicæ non manere illusorias res iudicatas, *l. si prætor 75. D. de iudic. l. seruo 65. §. cùm prætor D. ad SC. Trebell.* Neque nouum est vt condemnatus perquirat emptorem bona fide, nec tamen inueniat, neque rursum aliam vllam habeat explicandæ pecuniæ rationem *l. si dubitet 10. D. de fideiuss. Auth. hoc nisi debitor C. de solut.* quod cùm euenit non eo minùs æquum est prospici modis omnibus, vt & victori & rei iudicatæ satisfiat: præsertim cum non alia exequendi iudicati ratio comparata sit in eos qui vltrò confessi sunt se debere ne improbam litem suscipere cogerentur, quam in litigatores improbos & perfidos qui condemnari quàm debitum fateri & agnoscere maluerunt *l. 1. l. certum 6. §. vlt. D. de confess.* Videtur autem cum Imperatoribus magis quàm cum Vlpiano consentire quod Imp. Gordianus rescripsit *in l. vlt. C si in cau. iud. pign. cap. sit.* In causa iudicati pignora ex authoritate præsidis capta distrahi quidem potius quàm dominij iure possideri consueuisse, sed si tamen per calliditatem condemnati emptor inueniri non possit, tunc authoritate Principis dominium creditori addici solere. Idipsum enim exigit Gordianus, quod Diocletianus & Maximianus, vt interueniat calliditas condemnati: & quamquam de pignorum addictione loquitur: de qua etiam Vlpianus, in hoc ipso tamen dissentit ab Vlpiano, quod & de dominio addicendo tractat, & in eam rem exigit authoritatem Principis, cùm tamen Vlpianus de possessione tantum loquatur non de dominio, nec requirat interuentum authoritatis Principis in ea re quam solius magistratus iudicatum exequentis imperio expediri posse putat. Hinc nimirum præceps errandi occasio interpretibus & pragmaticis existimantibus nec melius nec aliter posse ista conciliari, quam si pignoris addictionem separent ab adiudicatione, Addictionem intelligentes eam per quam fiat vt creditor pignora teneat & possideat iure pignoris, de qua Vlpianum sensisse volunt, Adiudicationem verò illam per quam addicitur non possessio, sed dominium pignorum vt ea creditor possideat non tam pignoris quam dominij iure, nec quasi creditor, sed quasi dominus. Ex qua differentia illam quoque inferunt, quod simplici addictione facta pignorum vt ea creditor teneat iure pignoris, non dubitant quin quoscunque & quotquot ex iis fructus perceperit, creditor teneatur postmodum imputare sibi in sortem tanquam alius pigneratitius creditor quilibet: vtpote quasi ex re aliena, nec dominij sed pignoris iure perceptos ex *l. 1. 2 & pass. C de pignor. act.* At facta pignorum adiudicatione, aut quod effectu idem est, dominij addictione, fatentur creditoris lucro cedere fructus omnes, quippe quos ex re iam sua, nec amplius aliena perceperit. Et inde quoque fieri volunt, vt ad solam possessionem pignoris addicendam sufficiat potestas magistratus qui exequitur iudicatum, nec requiratur authoritas Principis, quæ tamen requiritur quoties de dominio addicendo, quod maioris momenti est, disputatur. Sed & illud rursum, vt cùm fit simplex addictio pignorum ad illa iure crediti potiùs quàm dominij possidenda, non nisi pro rata debiti eam fieri oporteat, Cùm verò pignus adiudicatur creditori per absolutam addictionem dominij, non ita debiti mensura perpendatur. Postremò, vt procliuis omnibus est lapsus erroris in errorem, parum interesse arbitrantur an dicamus, Dominium pignoris addici creditori, An verò ius dominij impetrari, quasi sint ista synonima, nec nisi verborum sono differentia, quòd vtroque casu fiat creditor ex creditore dominus, & Principis authoritatem necessariò interuenire oporteat *l. 2. C. de iur. domin. impetr.* Itaque solent in hanc rem afferre quod scriptum est *in tit. illo C. de iur. domin. impetr.* acsi esset ille vnus ex iis modis quibus fieri possit executio iudicati. Quæ traditio cùm non plura contineat verba quàm errata, in totum à nobis confutanda est, sed illud in primis quod aiunt de pignoris adiudicatione. Inauditum enim est nomen hoc, neque vllo ex iis locis quos tractamus, aut à prudentibus aut ab Imperatoribus vsurpatum: Nam de addicendis tantùm pignoribus omnes locuti sunt, non etiam de adiudicandis, & vero cum adiudicatio fuerit iam olim vnus ex modis illis sex per quos transferebatur dominium iure Quiritium vt Vlpianus refert in Fragmentis, *Tit. 19. De acquisit. rer.* quid obsecro attineret tractare de pignoribus addicendis, siue de possessionis, siue de dominij addictione loqueremur, itémque de Principis authoritate in eam rem imploranda, denique de iure dominij per tot ambages & circuitus impetrando, si pignoris adiudicatio fieri vllo casu posset? An non esset multò expeditius, adeóque creditori vtilius & commodius, adiudicari pignus quàm vel addici, vel dominij ius impetrari? Quod verò iidem interpretes duplicem faciunt addictionem pignorum, vnam solius possessionis, alteram dominij, æquè alienum est à sensu prudentum & Imperatorum, qui nullibi sic loquuntur, vt dicant addici possessionem

pignorum, sed pignora ipsa, vel quod idem est res pignori datas, licet addant eam esse vim huiusmodi addictionis vt exinde possit creditor pignora in creditum possidere.

ERROR IV.

De duplici pignorum addictione.

ILlud sanè fatendum est, quod interpretes fefellit duplicem esse addictionem, vnam quæ fit ex authoritate magistratus iudicatum exequentis, de qua *in d. §. pignora*, alteram quæ fit ex authoritate & rescripto Principis, de qua *in d. l. 3. C. de exec. rei iudic. & in d. l. vlt. C. si in caus. iudic. pign. cap. sit.* Vtrique tamen commune illud est vt fiat per missionem, eáque missio ex magistratus authoritate, sed cum hac differentia quam ex interpretibus nemo vidit, quod per addictionem pignorum à solo magistratu factam non interueniente Principis authoritate dominium bonitarium duntaxat acquiritur creditori, non etiam quiritiarium, quæ duo genera dominij fuerunt olim, manserúntque ad constitutionem vsque Iustiniani, *in l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. tollend.* vt constat ex Vlpiano *in dict. tit. 19. de acqui. rer. in fragment.* Et quamuis ea dominiorum distinctio sublata sit hodie per Iustin. *in d. l. vnic.* necessariò tamen retinenda est quoties in prudentum responsis, & anteriorum Imperatorum rescriptis interpretandis versamur. Dominium bonitarium, vt iam sæpius alibi scripsimus acquirebatur olim variis modis sed inter cæteros, cùm quis à prætore vel alio magistratu ita mittebatur in possessionem alicuius rei vt eam sibi possidere iuberetur, quomodo eueniebat in causa damni infecti si is cuius ædes ruinam minarentur perseueraret, non cauere etiam post missum vicinum in possessionem ex primo decreto: Tunc enim iubebatur vicinus secundo prætoris decreto eas ædes non tantùm custodiæ & exercitandi tædij causa vt antea, sed sibi & animo domini possidere, quæ res faciebat eum dominum sed bonitarium duntaxat, id est hactenus vt ædes illas haberet in bonis suis, nec tamen priùs fieret dominus quiritiarius, id est iure Quiritium, quam ipsas vsucepisset, *l. 5. l. si finita 15. §. Iulianus*, vbi est textus elegans, & qui sine hac duplicis dominij distinctione intelligi nullo modo posset *D. de damn. infect.* Nec dissimile quiddam est in *l. 2. § vlt. D. si ex noxal. caus. agat.* Et ratio iuris huius illa erat, quòd neque prætor, neque alius vllus magistratus poterat facere dominium quiritiarium, quia nec poterat facere legem, cùm lex vnus esset ex iis sex modis quibus dominium iure Quiritium acquirebatur, *§. quos autem Inst. de bonor. poss.* iunct. *§. vlt. Inst. de hered. qualit. & differ.* Magistratus autem quisquis ille est, licet sit viua vox legis & iuris ciuilis, *l. nam & ipsum 8. D. de iust. & iur.* Attamen neque lex est, neque legem facere potest. Solus Princeps eam potestatem habet ex lege regia, *l. 1. D. de constit. Princip.* quoniam supra leges est cùm sit supra populum qui solus legis condendæ habuerat antea potestatem *§. lex est Inst. de iur. natur. gent. & ciuil.* Ideóque necessaria fuit olim authoritas Principis, quoties creditor dominium pignoris sibi addici postulabat, vt *in d. l. vlt. C. si in caus. iudic.* Dominium, inquam, quiritiarium, de quo semper intelligendæ sunt leges omnes quæ de dominio simpliciter & absolute loquuntur. Nam cùm de bonitario intelligunt, rem in bonis haberi dicunt non in dominio, & eum qui tantùm rem in bonis habet, quasi nec dominus sit domino semper opponunt, *d. l. 2. §. vlt. si ex noxal. caus. agat. l. quamuis 75. de iur. dot. l. 3. D. si vsusfr. pet.* iunct. *l. facta 63. in princip. D. ad SC. Trebell. l. 1. D. de bonor. poss.* iunct. *§. quos autem Inst. eod. tit.* Nec eo minùs tamen verum est eum qui rem in bonis habet esse dominum, neque possessionis duntaxat, vt scripsit Cuiacius *ad d. l. 1.* sed etiam rei cuius possessionem nanciscitur à Prætore. Possessionis enim ideò fit mentio tùm maxime cùm agitur de dominio bonitario, quia non sicut lex dominium plerumque transfert sine possessione, vt in hæreditatibus & legatis cernere est, *l. legatum 80. de leg. 2. l. cum her. 23. D. de acquir. poss. l. 2. D. de publician. in rem act.* Ita & prætor aut alius quisquam magistratum dominium transferat vnquam potest, quin prius transferat possessionem, vt neque iure gentium transferuntur dominia ex contractibus nisi per traditionem, *§. per traditionem Inst. de rer. diuis. l. qua ratione 10. §. hæ quoque res D. de acquir. rer. domin.* Quid autem differt si ius gentium inspicias, an quis rem habeat in bonis, an in dominio? Nihil penitus, & ideò solemus dicere actionem in rem & vindicationem non tantùm ei dari qui dominus sit iure ciuili, sed illi etiam qui dominus sit iure gentium, *l. in rem 23. D. de rei vindic.* quia & ei competit qui rem in bonis tantùm habet non minùs quàm si haberet in dominio quiritiario, *l. rem in bonis 52. de acquir. rer. domin.* Quinimò si in re vindicanda concurrat dominus bonitarius cum quiritiario, præferendus est bonitarius, vt scribit Vlp. *in dict. tit. 19. de acquis. rer.* & constat *ex l. doce 9. C. de rei vindic.* Quæ omnia eò spectant, vt intelligamus res pignori captas in executione iudicati, quas nullo existente emptore, prætor aut alius magistratus exequens iudicatum addicit victori, iubendo vt eas ille sibi in creditu possideat, vsque adeò fieri in bonis eius qui iudicati executionem vrget vt non possit dici quod tamen interpretes nostri putant, debere illum fructus reddere aut in creditum imputare quos ex iis rebus subinde perceperit, tamquam ex re aliena perceptos. cum possit quilibet eam rem suam verè dicere quam in bonis habeat, cuius etiam vindicandæ ius habet, *l. Quintus 27. §. argento D. de aur. & arg. leg.* iunct. *d. l. doce, & d. l. rem in bonis.* Vnde illud etiam fit, vt quamuis res aliena pignori dari non possit ignorante domino, *l. 1. & tot. tit. C. si alien. res pigner. dat. sit.* sufficiat tamen creditori agenti hypothecaria vt probet rem sibi datam pignori, in bonis fuisse debitoris eo tempore quo conueniebat de pignore, *l. & quanendum 15. § quod dicitur* iunct. *l. 3. in princip. D. de pignor. l. ante omnia 23. D. de probat.* Nec vsquam proditum est, eum qui rem tantùm in bonis habeat & bonitarius solùm sit dominus, cogendum exigere consensum domini quiritiarij ad rem illam obligandam, non magis quàm ad fructus percipiendos, suósque in plenum faciendos, quia fructus rei est vel pignori dare licere, *l. vlt. D. de vsur.* nec dominus quiritiarius bonitarium quominùs suo iure vtatur prohibere potest, *d. l. doce*, & apud Vlp. *d. tit. 19* Cùm enim Prætoris sit in vrbe, in prouinciis verò Præsidum qui omnium magistratuum vrbanorum vice ac partibus funguntur, actiones litigaturis dare vel denegare, Nunquam illi haud dubiè dabunt actionem domino quiritiario, aduersus eum quem ipsi constituerint dominium bonitarium; quippe quem pro vero domino in omnibus habent, *d. l. 1. 2. & 3. de bonor poss. d. l. facta, & l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano D. ad SC. Trebell. l. patri 27. §. 1. de minor. l. si filius 12. D. de interrog. in iur. fac. l. necessariis 57. D. de acquirend. hered.*

ERROR

ERROR V.

De differentia addictionis pignorum & dationis in solutum.

ET verò si admittendum esset quod interpretes volunt, eum cui Prætor pignora addixit in executione iudicati vt ea sibi in creditum possideret: non nisi ius pignoris in iis bonis habere quousque ad iudicationem siue dominij impetrationem à Principe meruerit, an non fieret consequens vt interim totum debitum petere creditor posset? Nam nec aliter posset fructus à se perceptos in sortem debiti imputare, quod interpretes volunt, quàm si debitum superesset. Quandiu autem superest, quidni peti etiam potest: Atqui de superfluo tantùm Vlpianus loquitur *in d. §. si pignora*, cùm negat creditorem qui addictis sibi pignoribus contentus fuit, nihil amplius petere posse. Non ergo dubitat, quin creditor habeat in bonis pignora sibi addicta, & consequenter in dominio bonitario, vt proinde fructus quos ex iis percipere poterit suos facere debeat, non minùs quàm si ea pignora non modò in creditum possideret, sed etiam in solutum accepisset, quo vtique casu dubitandum non esse quin eorum dominium haberet, nec tantùm bonitarium, sed etiam Quiritiarum, cùm datio in solutum sit modus habilis ad transferendum per traditionem dominium etiam iure Quiritium, perinde ac venditio cuius instar obtinet, *d. l. 4. C. de euict. l. si in aliam. 46. D. de solut.* Hoc enim vnum plus est in datione in solutum quàm in addictione pignorum, quod illa tribuit dominium Quiritiarium, hæc verò non nisi bonitarium, nempe quoniam illa fit ab eo qui ipse dominus est etiam iure Quiritium, hæc vero à magistratu iudicatum exequente qui nec dominus est nec dominium quiritiarium transferre potest. Non quia non habeat (nam nec habet bonitarium quod tamen transfert) sed quia non potest facere legem nec tantam potestatem habere quantam lex, cuius est, dominium illud plenissimum iure Quiritium transferre. Cæterùm non minùs addictione pignorum, quàm datione in solutum confundi ius pignoris fatendum est quod per dominij cuiuslibet acquisitionem confunditur, *l. pen. §. vlt. de except. rei iudic.* Non enim magis fieri potest, vt quis pignori teneat eam rem quam in bonis suis habet, quam vt eam cuius sit dominus iure Quiritium, *vulg. l. neque pignus 45. de reg. iur. l. pignori 13. D. de vsucap.* Quod si ius pignori extinguitur superueniente dominio bonitario, quid obsecro superest quod facere possit vt fructus ex pignoribus addictis perceptos creditor vel restituere debeat condemnato, vel in sortem imputare? Neque enim dominium bonitarium videri potest acquisitum victori qui antea fuit creditor, quin hoc ipso debitum pro soluto habeatur, non eiusdem confusionis, sed quasi solutionis potestate. Et huc nimirum pertinet quod scriptum est *in l. 1. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* In vicem iustæ obligationis succedere authoritatem iubentis, quod vulgo nostri sic efferunt, vt dicant factum iudicis esse factum partis, *ex l. si ob causam 13. C. de euict.* vt nimirum iusta obligatio debiti ex iudicio dissoluatur per addictionem pignorum quæ fit ex authoritate magistratus iudicatum exequentis, non minùs quàm si debitum à condemnato solueretur. At non etiam vt nihil intersit, an magistratus addicat pignora, an creditor det illa in solutum. Interest enim quàm maximè, nec in eo tantùm quod pertinet ad dominij quiritiarij translationem, sed in hoc etiam, quòd per dationem in solutum factam pro ea summa quæ ex iudicato deberetur, tota obligatio extingueretur ipso iure, haud aliter quàm si tantundem in pecunia solutum esset, tametsi multò minoris fuissent pignora, neque indigeret debitor vlla pacti taciti exceptione, quia enim aliud pro alio volenti creditori solui potest, & æquè hoc casu plenissima contingit ipso iure liberatio, *l. manifesti 17. cum l. praced. C. de solut. l. si non sortem 26. §. si centum D. de condict. indeb.* At per addictionem pignorum, quæ creditor sibi in creditum possidere iussus est, non liberatur debitor ipso iure nisi in eam vsque quantitatem quæ iusto pignorum valori respondeat: ita vt non eo minùs posset creditor superfluum petere, nisi obstaret ei tacitum pactum de non petendo, & authoritas rescripti Imperatorum, cuius mentio fit *in d. §. si pignora*, & cuius maximè potestate fit vt nihil amplius petere creditor possit. Quid enim necesse esset dicere, videri creditorem tacitè conuenisse de non petendo credito, quomodo loquitur Vlp. *in d. §. si pignora*, si per addictionem pignorum, etiam quæ minoris essent, tota obligatio tolleretur ipso iure.

ERROR VI.

De potestate addictionis pignorum ex iure nouo.

SI vera sunt vt sunt proculdubio, quæ contra interpretum & pragmaticorum errorem ex ratione iuris veteris proximè disputauimus: consequens sanè est tanto grauiùs errare pragmaticos & ipsos quoque interpretes, qui non animaduertunt plus iuris hodie habere creditorem cui magistratus in executione iudicati addixit pignora, quàm haberet olim. Nam si iam ipsis Vlpiani temporibus ita ius erat, vt creditor cui pignora erant addicta, haberet illa in bonis, nec proinde cogeretur fructus ex iis perceptos imputare in sortem, quanto minùs hodie ferendum est quod isti volunt, vt eam fructuum imputationem etiamnum pati cogatur creditor, cum iure nouo aucta sit potestas addictionis? Ita verò esse vt plus iuris hodie creditor habeat, quàm olim habuerit, quod nemo ante hunc diem, vt arbitror obseruaui, non difficile est intelligere ex iis quæ iam diximus, si alia iungas quæ hoc capite dicemus, Addictionis quæ per magistratum fiebat in executione iudicati potestas olim illa erat vt res pignori captas faceret in bonis creditoris eiusdemque victoris, atque ita tribueret ei dominium bonitarium. at non etiam quiritiarium vt ostendimus Indéque nimirum fiebat, quod etiam monuimus, vt minor esset potestas huius addictionis, quam dationis in solutum, nec tantùm quod ad translationem dominij quiritiarij, sed etiam quod pertineret ad extinguendam ipso iure totius debiti & iudicati obligationem, si plus esset in debito, quam in addictorum pignorum æstimatione. At non idem erat, cùm addictio fiebat ex authoritate Principis cùm eo casu dubitari non posset quin dominium plenissimum, id est non tantum bonitarium, sed etiam quiritiarium in creditorem transferretur, *l. vltima C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Et ob hanc quoque causam non passim hoc remedium implorabatur, vt ex Principis authoritate fieret addictio, cum ius commune & authoritas magistratus posset sufficere, *arg. l. imperatores 30. ff. de reb. auth. iudic. possid.* sed ita demum si per calliditatem, & ambitionem condemnati, factum constaret. vt pignorum emptor inueniri non potuisset, vt in specie *dict. l. vltim.* Eo siquidem casu exigere res videbatur constantius remedium, vt loquuntur Impp. *in l. 3. Codic.*

de exec. rei iudic. id est non vt quidam interpretantur, promptius, sed efficacius & perfectius. Quod & postrema illa eiusdem legis verba significant, *et vel hoc remedio res tamdiu protracta ad effectum perducatur.* Nec enim videtur omnino & plenissime perducta res ad suum effectum, quandiu dominium quiritiarium pignorum addictorum remanet penes debitorem: quod contingit etiam post factam addictionem si solius magistratus authoritas intercessit cùm eiusmodi addictio solùm faciat vt exinde res incipiat esse in bonis victoris, quousque per longum tempus ab eo possessa fuerit & vsucapta vt per eã vsucapionem plenissimum dominium, id est etiam quiritiarium victori acquiratur, vt & *in l. 5. si finita 15. §. Iulianus D. de damn. infect.* Dominij enim bonitarij acquisitio id tantum commune habet cum acquisitione quiritiarij quod iustam eius vsucapiendi causam præbet. Itaque cum in specie, *dicta leg. 3. cod. de exec. rei iudic.* ex facto proponeretur res pignori datas in executione iudicati nullum emptorem inuenire, siue ex compacto, siue per gratiam & ambitionem condemnati, non dubito, quin quod ab Imperatoribus rescriptum est in possessionem eadum rerum mittendum esse creditorem, sic accipi debeat, vt per eiusmodi missionem dominium adiicatur plenissimè creditori etiam Quiritiarium, cùm in ea specie creditor authoritatem Principum implorasset, nec dubitari possit quin eam potest rem Princeps habeat, vt tam facilè dominium quiritiarium ex iusta causa transferat, quàm prætor bonitarium: cùm non modò facere legem possit, sed etiam sit supra leges. Ita ergo ex authoritate Principis addicto pignorum dominio tantundem iuris habebat in re pignorata creditor, quantum si data fuissent in solutum, perindéque debitor ipso iure liberabatur ab vniuerso debito, ac si totum in pecunia soluisset tanquam conuersis pignoribus in causam iudicati. Hodie verò idem contingere dico, etiamsi ex solius magistratus authoritate facta sit addictio, & siue condemnati calliditas & ambitio aliqua interuenerit, siue nulla. An quòd vlla in eam rem extet constitutio Iustiniani, aut alterius Imperatoris? Minimè. Et hoc nimirum est quod interpretibus & pragmaticis nostris imposuit, ne ius istud nouum videre aut suspicari potuerint, qui veteris rationem & potestatem penitus ignorabant. Sed quia sustulit Iustinianus *in lege vnica Codic. de nud. iur. Quirit. tollend.* distinctionem illam duplicis dominij bonitarij & quiritiarij, non quidem tollendo ius & nomen dominij quiritiarij, sed abrogato nomine bonitarij, & auto eius iure, vt quisquis posthac in ea causa erit, vt dominium bonitarium fuisset ille olim acquisiturus, acquirat hodie plenissimum & quiritiarum, ita ne quo vnquam casu possit qui nullum habere ius dominij quiritiarij, id est quin habeat quoque rem in bonis, quæ ratio, vt dixi, tollit quidem dominij bonitarij nomen, sed ita tamen vt ius ipsius augeat. Quare nec sic conceptus est titulus legis Iustinianeæ, *De iure Quiritium tollendo*, aut, *De dominio iuris Quiritium tollendo*, sed *de nudo iure Quiritium tollendo*, vt appareat non dominium quiritiarium sublatum esse, quod est semperque fuit verum dominium, si modò sit plenum, ac nudum illud à quo bonitarium seiunctum erat, & quod à bonitario separatum nihil nisi ludibrium videbatur antiquæ subtilitatis vt Iustinianus loquitur *in dicta lege vnica.* Itaque transfundit Iustinianus nomen & ius dominij bonitarij in nomen & ius dominij quiritiarij, sed pleni, non vt quisquis habiturus olim fuisset nudum dominium quiritiarium, hodie habeat etiam bonitarium, sed contrà vt quisquis bonitarium solum habere posset inspecta iuris veteris ratione, habeat hodie pro bonitario dominium quiritiarium non nudum sed simplex, plenum, & absolutum. Cum igitur ita olim ius esset, vt per pignorum addictionem solius magistratus authoritate factam res captæ pignori fierent in bonis victoris, sed ita tamen, vt bonitarium duntaxat dominium, non etiam quiritiarium ei acquireretur, indéque necessariò fieret vt nudum dominium Quiritiarium penes debitorem condemnatum superesset, dico, post sublatum hodie à Iustiniano nudum illud ius dominij quiritiarij, necessitatem iuris omnino facere vt creditor cui magistratus solus hodie addixit pignora, non tantùm bonitarius dominus fiat, sed etiam quiritiarius, & illud ipsum ius nanciscatur, quod acquirebat olim is cui ex authoritate Principis dominium pignoris plenissimum addicebatur: Alioqui fatendum erit superesse hoc casu nudum ius dominij Quiritiarij, perinde ac olim in persona debitoris condemnati, quod tamen Iustinianus sublatum in totum voluit. Idémque esse arbitror in specie illa de qua *in dicta leg. si finita 15. §. Iulianus D. de damn. infect.* cùm is qui ex primo decreto missus est à Prætore in possessionem ædium ex causa damni infecti ad extorquendam tædio possessionis cautionem, si duretur non caueri, iubetur ex secundo decreto sibi possidere. Nam cùm non acquireret olim ex secundo illo decreto, nisi dominium bonitarium, quosque per subsecutam vsucapionem acquisitum esset quiritiarium, hodie fatendum est pro bonitario quiritiarium, acquiri, neque necessariam esse in eam rem vsucapionem, quæ iure vetere erat necessaria, *d. §. Iulianus & l. prætoris 5. eod. tit.* Denique omnibus omnino casibus quibus ita ius erat, vt non nisi bonitarium dominium acquiri posset *vt in 2. § vlt. D. si ex noxal. caus. agat. l. facta 63. in princip. D. ad SC. Trebell. & aliis quàm plurimis,* admittendum necessario est vel acquiri hodie Quiritiarium, quod nos affirmamus, vel si bonitarium dominium superest, etiam nudum dominium iuris Quiritium superesse, quod tamen Iustiniani constitutio admittere non potest. Excipienda est causa dotis, ex qua cùm maritus olim acquireret dominium bonitarium ita vt quiritiarium solum penes mulierem superesset, *l. quamuis 75. D. de iur. dot. l. doce 9. C. de rei vindic.* Iustinianus ipse peruertendo, vt solet, fauore mulierum totam nec minùs suam, quam veterem Iurisprudentiam, constituit *in l in rebus 30. C. de iur. dot.* vt verum & plenum dotis dominium etiam constante matrimonio sit mulieris, dominium autem quod eo tempore penes maritum esse negare non potuit, non nisi ciuile ac fictitium esse intelligatur, de quo alibi scripsimus.

ERROR VII.

De impetratione iuris dominij.

Addictioni dominij pignorum, quæ fit in executione iudicati, finitima est impetratio dominij, de qua *in tit. C. de iur. domin. impetr.* & adeò finitima vt interpretes nostri hæc si non nomina, saltem iura, quasi & idem quiddam sit, confundere videantur. Vtrumque enim auxilium acquirit dominium pignorum creditori, & in vtroque casu necessaria est authoritas Principis, si inspicias ius vetus quo ita obtinebat

sicuti

sicuti diximus in præcedentibus, vt si Principis authoritas non interueniret, addictio pignorum facta ex authoritate solius magistratus iudicatum exequentis, faceret duntaxat rem in bonis creditoris, nec ei dominium acquireret nisi bonitarium: In quo maximè differebat ab impetratione dominij per quam sanè dominium plenissimum iure Quiritium acquirebatur. Cæterùm tam in addictione pleni & absoluti dominij pignorum, quàm in iure dominij impetrando necessariam fuisse Principis authoritatem, constat apertissimè ex *l. vlt. C. si in caus. iudic. pignor. capt. sit. l. 2. Cod. de iure. domin. impetr.* Mihi verò vel ex ipsa nominum diuersitate perspicuum esse videtur, quantùm ista & in quo inter se differant, Addicere dominium, & impetrare. Addicit magistratus siue ex sua, siue ex Principis authoritate, & addicit creditori, *d.l.vlt.* Impetrat verò creditor ipse non magistratus, nec à magistratu, sed à Principe. Addictio fit solo imperio magistratus iudicatum exequentis, nec in eam rem ambagibus vllis aut dilationibus opus est, tanquam cuius auxilio & remedio non priùs locus sit quàm mora longa per debitorem facta fuerit, non tantùm solutioni, sed etiam publicæ pignorum venditioni, *d.l. vlt. & l. ordo 3. C. de exec. rei iudic.* At impetratio dominij, neque fiebat olim nisi per magnos longósque anfractus & circuitus, neque fit hodie vt constat ex *l. vlt. C. de iur. domin. impetr.* Quam ob causam rarissimus nunc vsus est tam incommodi & importuni remedij, Tametsi nulla posterior constitutio sit, quæ legem illam Iustiniani abrogauerit, vt scripsimus in nostro Codice, an non enim stultus olim fuisset creditor qui plenum pignoris dominium quod per addictionem sibi à magistratu faciendam ex authoritate Principis, statim sibi comparare poterat, maluisset per tot circuitus à Principe impetrare; An non verò stultior esset hodie, qui huius impetrationis moras à Iustiniano inductas expectare mallet, quam addictione pignorum à solo magistratu facienda contentus esse, per quam plenissimum dominium æquè consecuturus esset, etiam non implorata Principis authoritate, tanquam quæ hodie nullomodo sit in eam rem necessaria, secundum ea quæ disputauimus in superioribus. Erroris interpretum causa illa fuit, quod addictionis & impetrationis effectum solum, non etiam vtriusque causam & originem, quæ potissimùm attendenda erat considerarunt. Effectus enim vtriusque remedij prorsus idem est in plenissimo pignoris dominio creditori acquirendo, sed causa & origo planè diuersa: Subiectum quoque circa quod versatur vtrumque remedium omnino dissimile. Addictio enim pignorum, causam & originem sumit à necessitate iudicati exequendi, quod cum & necessariò exequendum sit ob publicam vtilitatem tuendámque rerum iudicatarum authoritatem, & non aliter executionem habere possit quæ per victorem petitur, quàm si & pignora in iudicati executione capiantur, & ex captorum distractione pretium redigatur quod in iudicati causam conuerti possit. Distractio autem pignorum nulla fieri possit cùm emptor nullus inuenitur, necessariò sit consequens vt ad pignorum addictionem tanquam ad vnicum & extremum remedium sit recurrendum, Eámque addictionem necesse sit fieri à magistratu iudicatum exequente: ne alioqui alienum sit ab eius dignitate si cogatur debitoris condemnati voluntatem & consensum exquirere ad danda pignora in solutum, cùm executionem iudicati non minùs oporteat fieri in debitorem inuitum, quàm iudicium in eum quoque inuitum reddi necesse fuit, *l. inter stipulantem 83. §. 1 d. verb. oblig. l. si longis 7. C. de exec. rei iudic.* Neque rursum fieri potest, vt creditor qui executionem iudicati vrget, impetret dominium pignorum, non dico à magistratu qui concedere ipse non posset, sed neque à Principe, tametsi impetrationis auxilium eligere creditor malit, quoniam prius est vt quis pignus habeat, quàm vt eius dominium impetrare possit: Verum autem est creditorem non habere pignora quę capiuntur in executione iudicati, quia non creditori ipsi dantur, qui postulat executionem iudicati, sed magistratui qui exequitur iudicatum: Ideóque non tam dari quàm capi dicuntur, siquidem etiamsi à condemnato non darentur, periude tamen caperentur, A quo autem? An à creditore ipso? Minimè. Vim námque faceret si ipse caperet, *l. miles 6. §. qui iudicati D. de re iudic.* Ergo à magistratu. Vnde & hanc pignorum captionem pragmatici nostri non apposito licet barbaro vocabulo appellant leuationem & reductionem ad manus Curiæ, vt significent ea pignora non à creditore, sed à Curia, & vt etiam loquuntur, à iustitia ipsa possideri, & teneri. Quonam igitur casu, inquies, dominium pignorum impetrare potest creditor, Eo nimirum, quo habet pignora, quorum dominium impetrari possit. Id verò contingit in pignore conuentionali, de quo nominatim loquuntur leges omnes quæ sunt sub illo *tit. C. de iur. domin. impetr.* Non enim negari potest quin creditor pignoratitius habeat pignus, nec tantùm ius ipsum pignoris, quod habet etiam ille qui simpliciter conuenit de pignore, quem magis propriè creditorem hypothecarium appellamus, sed ipsius quoque rei obligatę possessionem, siquidem propriè pignus dicitur cuius possessio transit ad creditorem, *l. si rem 9. § propriè l. & cum fortis 35. §. 1. D. de pign. act.* Solum ergo superest ius dominij quod impetrare possit & debeat, si id malit, quàm pignoris distractionem publicam vrgere. Quanquam nec hodie aliter fieri potest hæc impetratio, quàm si constet venditionem pignorum peragi non posse, vt ex iis apparet quæ Iustinianus sanxit, *in d. l. vlt. C. de iur. dom. impetr.*

ERROR VIII.

De differentiis pignoris iudicialis & prætorij, maximè circa addictionem. Ad l. si & iure 10. D. qui potior. in pign. hab.

CONfundunt plerumque Interpretes, & Pragmatici nostri non quidem nomina, sed iura pignoris prætorij & pignoris iudicialis, quasi inter ea vel nihil penitus, vel parum intersit. Nos differentias plerasque obseruauimus, de quibus iam scripsimus & in libris nostris Coniecturarum, & in prioribus Decadibus Sed addemus nunc aliam quæ non parui momenti est, circa pignorum addictionem, vt appareat tam differre hac parte pignus prætorium à iudiciali, quàm differt vtrumque à conuentionali. Pignus iudiciale de quo hucusque diximus illud esse constat, quod capitur in executione iudicati. Prætorium verò quod constituitur per Prætorem ante sententiam misso creditore in possessionem bonorum debitoris latitantis quem nemo defendit: sic dictum, non quòd in eo Prætoris authoritas interueniat. (Nam & similiter interuenit in pignore iudiciali sed quia constituitur ex prætoris edicto, & iure ordinario, *l. 3. C. vt in poss. leg.* cùm pignus iudiciale in iudicati executione capiatur extra ordinem *l. si pignora 54. D. de euict.* vt benè Cuiacius noster docuit *lib. 5. Obseru. cap. 30.* Atque hæc quidem vna est

 ex

ex differentiis quæ sunt inter pignus prætorium, & iudiciale. Sed potissima, & quæ ad rem nostram magis pertinet illa est quod pignus prætorium incipit a missione in possessionem, *l. non est mirum 26. §. 11. D. de pignor. action. l. misso 12. D. pro emptor. l. 3. § 1. D. de reb. eor. qui sub tutel. l. 1. & 2. C. de prætor. pignor. l. qui legati 5. C. vt in possess. legat.* Pignus verò iudiciale desinit in missionem in possessionem, & ac ea finem accipit, *l. 3. C. de exec. rei iudi.* Pignus prætoriū datur à magistratu & accipitur à creditore, *d. l. qui legati.* Iudiciale verò capitur à magistratu, nec ideò vt detur creditori, sed vt distrahatur, & pecunia in iudicati causam conuertatur: ex quo illud etiam fit, quod Cuiacius non prætermisit, vt missus in possessionem a Prætore dicatur occupare pignus prætorium, *l. 2. & l. cùm rem publicam C. qui pot. in pig. hab.* Illud verò quod ex causa iudicati constituitur per officium capiatur, & distrahatur non etiam occupetur ab eo secundum quem iudicatum est, *l. 2. C. si in caus. iud. pign. capt. sit.* Quod tamen non sic accipiendum est quasi liceat creditori occupare propria authoritate bona sui debitoris mittendo seipsum in eorum possessionem ad constituendum pignus prætorium (perinde enim hic vim faceret, acsi in executione iudicati res debitoris per seipsum occuparet, *l. miles 6. § qui indicati, D. de re iudic.* tantóq; magis quanto fauorabilior est causa creditoris post sententiam quàm ante) sed ita debet id accipi, vt creditor qui ex edicto Prætoris mortui missus est in possessionem à Prætore viuo, possit exinde occupare bona debitoris iure pignoris prætorij, quod non similiter fieri posset constituto pignore iudiciali. Nam nec post captum pignus in executione iudicati potest creditor illud occupare, siue vt ipse distrahat, siue vt pignoris iure id retineat, nempe quia nullum ideò pignus habet sed magistratus qui cepit ad exequendum iudicatum. Nec possum probare quod vult Cuiacius pignus iudiciale constitui in personā creditoris, ad differentiam pignoris prætorij, quod dicitur constitui in rem, *l. cùm vnus, 12. D. de reb. author. iudi. possid.* Nam quod scriptum est, *in l. si & iure 10. D. qui potior in pig. hab.* qua vna vir doctissimus mouetur, ex illis verbis, *in cuius persona constitutum est*, ad pignus conuentionale pertinet non ad iudiciale, verúsque legis illius sensus est ille quem Forner. tradidit. 2. *select. cap. 7.* Creditorem pignoraticium qui conuentione pignoris sibi prospexerat, adeóque ipsius hæredem licet nihil ipse conuenerit de pignore, nec vllum ius habere videatur, nisi ex quo hæres fuit, potiorē esse illo qui posterior à Prætore pignus Prætorium acceperit, idque priuilegio temporis, hoc est eo ipso iure communi quo alij cuilibet posteriori creditori pignus conuentionale habenti præferretur. Dubitandi enim ratio erat, quod maior videatur esse debere authoritas & potestas edicti & prætoriæ iurisdictionis, ex qua pignus prætorium descendit, quàm priuatæ vllius conuentionis, ne alioqui facilè accidat vt ob anteriorem aliquam priuati pignoris conuentionem eiusmodi missiones in possessionem ex edicto Prætoris factæ, sint inanes & illusoriæ quod à Prætoris dignitate ac imperio alienum videtur, *l. si Prætor 75. D. de iudic. l. vlt. D. ne quid in loc. public.* maximè verò si creditori prætorium pignus habenti res sit non cum creditore pignoratitio conuentionali, sed cum ipsius hærede qui non nisi post contractum pignus prætorium in conuentionali successerit. Sed decidendi ratio est, quia Prætoris beneficium nemini debet esse captiosum, *l. Paulus notat. 8. D. de Prær. stipul.* nec debet authoritas edicti damno afficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat, *l. 3. D. de separat.* & consequenter nec eius hæredem qui eodē iure vtitur. Et verò absurdum est quærere, An in iudiciali pignore potior sit is cuius nomine priùs captum est pignus ex causa iudicati, cùm fieri non possit, vt quod vnius nomine captum est ab eo magistratu cui capiendi ius fuit, iterum alterius nomine capiatur, siquidem secundam quoque capionem ab eodem magistratu fieri necesse esset: Alioqui non ab eo fieret, cui faciendi ius esset, atque ita magistratum contraria & pugnantia statuere oporteret, neque rursum ideò tantùm capitur pignus vt cautum sit creditori pro quo iam iudicatum est, sed vt distrahatur, & ex pretio satisfieri possit victori qui iudicati executionem postulat, & consequenter ex eo tempore affecta est res quæ pignori capitur, ne postea iterum capi vnquam possit quod pragmatici quoque nostri admittunt vulgari illo brocardico, *cas sur cas*, & *saisie sur saisie n'a point de lieu*, nec proinde fieri potest vt huiusmodi pignora in executione iudicati capiantur vnius nomine, & alterius nomine distrahantur. Vna enim tantum executio est duabus tamen constans partibus capione, & distractione, quam executionem si diuidas, non duas facies, sed nullam. Et hanc nostram interpretationem illud mirificè confirmat, quod Vlpian. non nisi de vno loquitur pro quo & iure iudicatum sit, & pignus in causa iudicati captum fuerit. Cùm tamen ponendum necessariò esset plures esse huius generis creditores si de illorum concursu quæreretur. Item quod nihil attinebat tractare de hærede illius in cuius persona pignus constitutum esset, si de pignore iudiciali, ea verba intelligi possent, debebátque Vlpianus ita potius scribere, *in cuius persona pignus constitutum priùs est*, vt apparet tractari de duobus creditoribus quorum par in omnibus & æqualis causa esset, nisi quod alius prior tempore, alius posterior inueniretur. At opponit Vlpianus eum pro quo & iudicatum & pignus captum est, ei in cuius persona pignus constitutum fuit non eum pro quo priore facta est executio iudicati ei pro quo posteriore, nimirum quia fieri nequit, vt res quæ ex causa iudicati semel pignori capta est, postea pignori detur, quomodo è contrario fit plerumque vt bona quæ per expressam conuentionem siue specialiter, siue generaliter data sunt pignori etiam in executionem iudicanti capiantur postulante illo qui nullum adhuc ius pignoris habeat in bonis cōdemnati, quòd cum euenit potior causa est eius qui habet ius anterius pignoris conuentionalis, non vt possit quominùs eadem res pignori capiatur in executione iudicati & distrahatur, sed hactenus vt ex precio pignoris venditi priùs satisfiat, nec antè ius sui pignoris cogatur dimittere quàm fuerit ei satisfactum, *d. l. à Diuo Pio §. quod si res, D. de re iudic.* Singulari quidem fauore ac priuilegio executionis rerum iudicatarum, cùm regulare sit, vt anterior creditor, nec priùs nec aliter possit inquietari in suo pignore, quàm si posterior sibi consulat per ius offerendi, vt scriptum est in eodem §. & *in l. prior. 5. & pass. C. qui potior. in pignor. hab.* Sed illo tamen rationis colore, quòd non creditor ipse pro quo iudicatum est, pignus capit, sed magistratus, licèt nomine priuati creditoris, magistratum autem cogi offerre absurdum esset, cùm intersit eius quatenus magistratus est, adeóque reipublicæ, vt quod siue ab ipso, siue ab alio quem iudicem dederat iudicatum fuit, mandetur executioni. Sufficitque anteriori pignoratitio creditori quòd nulla ei per capionem & distractionem pignoris iudicialis fiat iniuria, cùm pecuniam sibi debitam prior consequatur. Quemadmodum autem potest fieri vt pignus conuentionale anteriùs concurrant in eandem rem cum pignore iudiciali posteriore, ita &, vt pignus prætorium constitutum sit in

ea

ea re, quæ postea in executione iudicati capiatur pignori: quo casu æquè certum est potiorem esse causam pignoris prætorij tanquam anterioris, vt in specie, *d.l.2.C.qui pot.in pignor.hab.* haud aliter quam si secundus creditor chirographarius tantùm esset, non etiam pignoratitius, vt *in l.3.eod.l.2.in fin.D.eod.* At iudicialis pignoris ea in contrarium ratio & conditio est vt postquàm semel captum fuit nullum aliud pignus possit admittere, neque conuentionale, quoniam in eo non tantùm priuati creditoris vtilitas, sed etiam magistratus authoritas offenderetur, qui pignus ipse cepit ad exequendum iudicatum.

ERROR IX.

De prætorio pignore constituto in executione iudicati.

ILlud tamen obseruandum est quod pauci obseruant, etiam in executione iudicati posse pignus prætorium constitui, misso scilicet victore in possessionem bonorum debitoris iudicati seruandi causa, quomodo loquitur Imp. *in d.l.cùm reipublicam 3.Co. qui potior.in pign.hab.* Quid enim refert ad prætoriũ pignus constituendum, an ex iudicato, an ex qua alia causa debeatur? An ergo perinde dicendum erit, nihil referre, an ea causa iudicati captum sit pignus iudiciale, an constitutum prætorium? Imò interest quàm maximè, nec minùs quàm si ante sententiam pignus prętorium constitutum esset: habet enim hoc quoque pignus prætorium naturam suam, nec ideò existimãdum est in victoris potestate esse, an in executione iudicati pignus prætorium contrahi malit, quàm iudiciale. Non enim ex eius arbitrio id pendet, sed ex mera necessitate iuris, vt scilicet tùm demùm contrahi possit & constitui pignus prætorium ex causa iudicati, cùm pignus iudiciale capi non potest: quod non alio casu contingit quàm quo victus latitat, ne secum peragi executio iudicati possit, quæ sine eo peragi nullomodo potest. Neque enim statim ac sententia lata est proceditur ad capionem & distractionem pignorum, sed iussum præcedere oportet soluendi intra certum tempus quod sufficere pro condemnati facultate videatur. Tum si intra diem vel ab initio datum vel ex iusta causa postea prorogatum non soluatur, capiuntur pignora vt vendantur, nec tamen statim venduntur, sed ita si intra duos menses non soluat condemnatus: vt apertè scriptum est *in l. debitoribus 31.ff. de rei iudic.* quorum omnium nihil est quod fieri possit condemnato latitante post sententiam. Necessitas igitur iuris facit vt hoc quoque casu perinde confugiendum sit ad remedium pignoris prętorij, & incipiendum à missione & possessione pignorum, ne alioqui nulla supersit ratio prospiciendi creditori, cuius tamen causam non ob id deteriorem fieri conuenit, quòd vicerit, *l.3.ff.de vsur.l.euidenter 16.ff.de except.rei iudic.* Cæterùm etiam cùm ex causa iudicati pignus prætorium constitutum est, eædem solemnitates ad eius distractionem seruandæ sunt, quæ in alio quolibet prætorio pignore distrahendo seruarentur, perindéque incipit illud vt cætera prætoria pignora à missione in possessionem, & desinit in venditionem. Quid igitur si pignus prætorium non inueniat emptorem? An addicendum erit victori vt illud possideat sibi in creditum, acsi de pignore iudiciali ageretur? Ita putat Castrensis *ad d.§ si pignorat.* Ratione illa quam proximè attulimus, quod non debeat melior esse conditio eius qui nondum obtinuit sententiam, quam eius qui iam obtinuit, (quærimus enim de prætorio pignore generaliter, cuius regulariter vsus est ante sententiam, & contra eum qui quoniam latitat, condemnari non potest.) Is vero qui obtinuit cogatur pignus accipere pro debito si emptor nullus inueniatur. Sed ego neque sententiam, neque rationem hanc probo, ac quod magis est, neque puto fieri posse vt prætorium pignus etiam volenti creditori addicatur, quod etiam inuito si iudiciale esset addiceretur, nempe quoniam addicere non alius potest, quàm magistratus, nec rursum magistratus alia pignora quàm quæ ipse ceperit. Quo enim iure addiceret creditori pignus quod ipse magistratus non teneret? Quare nec iuris loco proditum est pignus conuentionale posse addici creditori, quinimò generaliter scriptum video *in l.pro debito 6.C.de bon.auth iudic. possid.* Non iure postulare creditores vt sibi pro debito bona debitoris addicantur: Qui tamen locus, vt & totus ille titulus ad prętorium pignus minimè pertinet constitui diximus per missionem in possessionem *l. non est mirum 26. §. 1. D. de pignor.act.* Nec placet illa nostrorum interpretatio, qui eam legem sic intelligunt quasi sensus sit, non esse incipiendum ab addictione pignorum, sed tamen si non satisfiat addici tandem debitoris bona creditori pro debito posse. Nunquam enim de pignoris addictione tractari potest, nisi cùm de pignore iudiciali agitur, quia nec necesse est, cùm alia sit ratio consulendi creditoribus siue pignus conuentionale habeant siue prætorium, nimirum per impetrationem dominij implorata in eam rem Principis authoritate *l. 1. 2. & 3. Cod. de iur. domin. impetr.* Nam qui non solùm ius pignoris habet, sed etiam rem ipsam pignori obligatam tenet ac possidet, quidni etiam ius dominij impetrare possit? At capto pignore iudiciali in executione iudicati non potest eo impetrationis remedio consuli creditori, qui licèt ius pignoris habeat in re capta, quia eius nomine capta est, id est non quasi ex eius mandato, nec quasi ipse per magistratus ministerium pignus ceperit, sed ad ipsius commodum & vtilitatem *dict. l.2.Co.qui potior. in pign.hab.d.l. à Diuo Pio §. si rerum D. de re iudic.* Rem tamen ipsam pignori captam non tenet nec possidet: vt proinde non nisi stultè ac ridiculè tractare possit de iure dominij impetrando, qui necdum possessionem habeat, siue qua non magis Princeps quàm prætor solet dominium tribuere *l.3.ff.si vsusfr.pet.* Illud dicitur auxilium & remedium vnicum superest, vt prætor aut alius magistratus exequens iudicatum, addicat pignus victori si emptor nullus inueniatur, non mittendo eum in possessionem quomodo si de prætorio pignore constituendo ageretur, sed iubendo eum sibi possidere pignus, atque ita faciendo ipsum non modò possessorem, sed etiam dominum bonitarium, vt docuimus in præcedentibus, quæ res necessitatem tollit impetrandi à Principe dominij, quippe quod iam creditor habeat, nisi fortè quatenus velit creditor fieri dominus etiam iure Quiritium: quo tamen casu non magis impetratio dominij necessaria est, sufficiente scilicet in eam rem addictione dummodò fiat ex authoritate Principis, iure scilicet vetere inspecto, de quo *in l.vlt.C.si in caus.iudic.pig. cap.sit.* hodie siquidem sublato nudo iure dominij quiritarij sufficit factam esse addictionem ex solius magistratus authoritate vt plenissimum dominium victori acquiratur, tantóque minùs necessaria dominij impetratio est.

ERROR

ERORR X.

De differentia pignoris prætorij & iudicialis ad l. 2. C. de prætor. pignor.

ET ad hanc pignoris prætorij & iudicialis differentiam videtur Iustinianus noster respexisse *in l. 2. C. de prætor. pignor.* cùm duplex genus hypothecarum constituit, vnum quod ex conuentionibus & pactis hominum nascitur, aliud, inquit, quod à iudicibus datur & prætorium nuncupatur: nulla iudicialis pignoris addita mentione, An quia non sit illud æquè pignus? Imò esse leges omnes clamant, an potiùs quòd iudiciale pignus sub appellatione prætorij contineri possit, vt nos aliquando existimabamus? Ne hoc quidem. Quomodo enim contineretur cùm in tam multis, adeóque ferè in omnibus differant? Sed quia pignus iudiciale non datur à prætore vt prætorium sed capitur: Prætorium contra non capitur à prætore, sed dator, hoc ipso quod prætor mittit creditorem in possessionem omnium bonorum debitoris, vnde est quod dicimus prætorium pignus non priùs constitui quàm ventum sit in possessionem *d. l. non est mirum 26. §. t. de pignor. act.* Sed & res quæ pignori capiuntur in executione iudicati, dantur à debitore, sed non creditori at magistratui à quo capiuntur, ideóque eùm de pignore iudiciali agimus, promiscuè dicimus res pignori datas & captas *l. 1. 2. & 3. C. od. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Etsi frequentiùs est vt captæ dicantur quàm datæ, vt in tota *D l. à Diuo Pio*, quia etiam inuito debitore capiuntur, tametsi nihil sit quod ille dare velit. At pignus prætorium non datur à debitore prætori, sed ex solo edicto & iurisdictione prætoris constituitur non solùm inuito sed etiam absente & ignorante debitore quem ponimus latitare. *l. cùm secundum 9. C. de bon. author. iudic. possid.* Denique pignus iudiciale pignus quidem est, sed non tale pignus quod à creditore possideatur, aut pro quo possit creditor vllam habere actionem, aut aliud ius vllum exequi, nisi vt imploret officium magistratus iudicatum exequentis, ad hoc vt imploret officium magistratus iudicatum exequentis, ad hoc vt rem illam pignori captam distrahat, & quidem præsenti pecunia vt creditori statim & omnimodo satisfiat, *d. l. à Diuo Pio §. sed si emptor.* Adeò vt si emptor cui pignora sunt addicta pretium non soluat, nulla in eum actio danda sit creditori, neque in res captas, quasi fuerint aliquando pignori obligatæ, quod si esset, hypothecaria sanè competeret, tamdiúque duraret quandiu verum foret solutam non esse pecuniam, *l. pen. §. 1. de except. rei iudic. l. grege 13. §. etiam ff. de pignor. l. debitor 59. ff. ad SC. Trebell.* Sed hactenus tantùm succurritur creditori, vt idem magistratus, qui ius pignoris & induxerat, per capionem, & extinxerat per addictionem, eadem pignora rursum capiat, & distrahat quasi non vinculo pignoris liberata, vt ait Vlp. *in d. §. sed si emptor in fin.* Pignus verò prætorium cùm à magistratu detur creditori, in ipsius bonis verè est, eiúsque non modò retinendi ius habet creditor, sed etiam recuperandi, si fortè possessionem eius amiserit, saltem post Iustiniani constitutionem quæ hoc ius non tam induxit quàm certum fecit *in l. 2. C. de prætor. pignor.* Ne dubitare possimus pignus prætorium à conuentionali in modo quidem constituendi differre, sed quod ad ius & potestatem pignoris attinet, non differre: Iudiciale verò ab vtroque maximè differre, cùm in cæteris ferè omnibus, tum præcipuè circa addictionem, & dominij impetrationem, an & circa distractionem? Ita est: nam pignus prætorium non potest distrahi nisi post certa tempora arbitrio prætoris statuenda, vt bene sensit Cuiacius post alios *d. c. 30. arg. l. 3. §. vlt. de acquir poss.* iunct. *l. prætor. 7. l. si finita 15 §. non autem statim, ff de damn. infect.* nisi quòd à Iustiniano ea tempora definita sunt, vt testatur ipse *in l. vlt. C. de bon. author. iud. poss.* etsi constitutionem qua id factum est, non habemus in libris nostris, vt credibile sit scriptam eam fuisse in priore Codice & prætermissam in posteriore. Hoc enim malo, quàm quod Alciatus dixit expungenda esse verba illa *à nobis* quæ sunt *in d. l. vlt.* At pignori iudiciali distrahendo duo menses præstituti sunt *d. l. debitoribus 31. D. de re iudic.* Vt quod scriptum est *in d. l. à Diuo Pio §. in venditione*, Pignora in iudicati executione capi mox distrahi, sic accipi debeat ac si scriptum esset *deinde distrahi*, quomodo Cuiacius interpretatur, non autem vt ea distractio fieri debeat in continenti nisi malis distinguere hac parte pignus iudiciale constitutum in rebus mobilibus à pignore constituto in rebus soli. Nam de rebus mobilibus Vlpianus loquitur cùm ait, iubere magistratum eas capi mox distrahi, vsúsque forensis hoc etiam obseruat, præsertim apud nos qui statutum in eam rem habemus, vt aliter & citiùs minoréque solemnitate distrahantur res mobiles, quàm immobiles. Quamquam & in immobilibus ita seruatur vt inter capionem pignorum, quam leuationem vocant, & primam subhastationem medium aliquod tempus intercedere sit necesse, ita tamen vt infra decem dies quomodo statutum loquitur, prima subhastatio fiat, id est, quomodo Senatus noster semper interpretatus est non post, sed intra decimum diem qui ipse in decendio illo computetur. Nam quemadmodum bona immobilia non per pauciores quàm viginti dies venalia manere debent ex verbis ipsis statuti: Sic neque per plures quàm quatuor & viginti, vt scripsimus in *C. Tit. de execut. rei ind.* Cæterùm illa etiam differentia est inter pignoris iudicialis & pignoris Prætorij differentiam, quod quandiu pignus Prætorium distractum non est, remanet in possessione creditoris, Pignus verò iudiciale nec à creditore possidetur nec tenetur, ne quidem custodiæ causa, sed remanet in manibus Curiæ in quas semel reductum fuit per capionem & leuationem, vt Pragmatici loquuntur. Quoniam ideò captum fuit vt distraheretur, non vt interim aut vnquam pignori si iure per creditorem qui iudicati executionem postulat, retineretur. Pignoris conuentionalis omnino diuersa ratio est. Nam neque incipit à missione in possessionem, vt Prætorium, neque definit in missionem vt iudiciale, sed incipit à conuentione siue pignoris possessio translata sit in creditorem, siue non sit translata, & finem accipit per distractionem, aut per dominij impetrationem *l. vlt. C. de iur. dom. impet.* Potest quidem, si pragmaticis nostris credimus, creditor pignoratitius conuentionalis petere se mitti in possessionem rei obligatæ si nuda conuentione pignoris sibi prospexerit contracta potiùs hypotheca quàm pignore, *l. si rem 9 §. propriè, D. de pignor. act.* quia per quasi Seruianam possessio auocatur, *l. si cùm venditor 66 §. 1. D. de euict. l. 3. C. de pignor. l. si debitor 10. in fi. D. eod.* Sed non ideò incipit pignus à missione, at à conuentione, cùm ex eo tempore res sit obligata, & tanquam obligata vindicari possit per quasi Seruianam. *l. si fundus 16. §. in vindicatione. D. de pign.* Quod enim ad hypothecariam formulam pertinet, non differt pignus ab hypotheca, nisi nudo nominis sono, *l. 5. §. penul. eod. tit.* Nec rursus verum est hypothecariæ actionis formulam illam esse vt petat actor mitti se in

in possessionem, sed vt in ea reius pignoris vel hypothecæ vindicet, nulla possessionis mentione facta, petatque vt nisi arbitrio iudicis res restituetur, fiat condemnatio ex bono & æquo, *l. si fundus 16. §. in vindicatione, l. si inter 21. §. vlt. D. de pignor.* vt & in cæteris actionibus arbitrariis, *§ præterea, Inst. de action.* De quo scribemus pluribus in Error. vlt. Decad. 61.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Quinquagesimaseptima.

ERROR PRIMVS.

De possessione bonorum omnium debitoris acquisita per clausulam constituti.

Sicvt in contractibus qui hodie fiunt tam frequens ferè est clausula constituti quàm conuentionis de pignore, cùm olim sola pignoris clausula frequentaretur, vt constat ex *l. & quæ nondum 15. § quod dicitur, D. de pignor.* iunct. *l. 3. C. eod.* Ita euenit quotidie vt per eam constituti clausulam bonorum omnium debitoria possessio in creditorem transferatur, perinde ac generalis esse solet conuentio pignoris vt bona debitoris omnia præsentia & futura creditori obstringatur. Quæ res facit, vt passim creditores pignoratitij, qui per eam constituti clausulam sibi prospexerunt, petant se retineri in possessione bonorum omnium debitoris, ad ea tenenda & possidenda iuris pignoris & hypothecæ, quousque debiti totius & accessionum omnium nomine plenissimè sit satisfactum. Nec tantummodò si debitor possideat, eo iure vtimur, qui casus minorem habet dubitationem, sed quod magis est, etiamsi ex bonis debitoris quorum possessio translata fuerat in creditorem, aliquid fuerit alienatum, quod hodie à tertio eodémque bonæ fidei possessore teneatur dummodò is qui agit creditor imploret beneficium clausulæ constituti, & legis vltimæ, *C. de acqu. poss.* cuius eam sententiam esse nostri volunt, vt ei qui semel factus sit quomodo possessor, nihil noceat interuersam esse à debitore aut alio quolibet possessionem, si velit eo vti remedio ad auocandam, retinendámque pristinam illam quam habuit ante interuersionem. Ita fit vt qui à debitore vel locupletissimo rem aliquam comparauit, nunquam tutus esse possit, quominus à creditore quantúlibet exiguæ summæ inquietetur, si malit creditor possessionem suam vindicare, quàm eam quæ debitoris fuerat, per hypothecariam & quasi Seruianam actionem auocare. Nam agenti hypothecaria posset tertius bonæ fidei possessor exceptionem obiicere non factæ excussionis, atque ita sibi prospicere, & securitatem acquirere: cui exceptioni non similiter locus esse potest aduersus agentem auocatoria ex constituto per condictionem, *ex d. l. vlt.* quia per hypothecariam creditor non suam sed debitoris possessionem auocat, *l. si cum venditor 66. §. 1. D. de euict. l. si fundus 16. § in vindicatione D. de pignor.* Per conditionem verò non debitoris sed suam, *d. l. vlt. C. de acquir. poss.* Porrò dici non potest quàm sit hoc incommodum & onerosum non modò debitori, cui sanè posset imputari cui ita contraxerit, bonorúmque suorum omnium possessionem in creditorem transtulerit, sed etiam omnibus cum debitore contrahentibus, non facilè existente qui velit rem aliquam emere aut pignori accipere ab eo, quem sciat nihil posse in alium transferre, ne quidem commodum possessionis. Augetur verò iuris huius iniquitas ex eo, quòd cùm hypothecaria possit inhiberi per ius offerendi qualiscumque possessor sit is qui offert, quia de iure possessoris quærendum nihil est soluto pignore, *l. Paulus 12. §. 1. D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* condictio tamen ex noua Iustiniani constitutione, *in d. l. vlt.* non magis per ius offerendi quàm alia vlla ratione impediri potest, si nostris credimus, præsertim Iacobo Menochio, *de recup. poss. remed. 14. quæst. 57. num. 60.* & Carolo Ruino, *cons. 77. lib. 5.* quippe per quam non de litigatorum iure, sed de sola possessione contenditur, quæ verò possessori erepta beneficio nouæ legis aut restituitur ei, aut conseruatur. Quid autem absurdius & iniquius dici potest, quàm eum qui emerit rem aliquam ex bonis tui debitoris obligatam tibi antea cum cæteris rebus omnibus, adiecta etiam clausulá constituti rem illam retinere nullomodo posse, nec si paratus sit offerre tibi quod debetur? Quid rursum iniustius quàm eum qui decem tantúm in ære alieno, mille verò in bonis habeat, nihil omnino ex bonis suis alienare posse, quod creditor tam exiguæ quantitatis non sit statim à possessore quolibet quamuis iusto auocaturus? Nam & iniquitatis huius euitandæ gratia videtur iam olim ius ita constitutum fuisse, vt tametsi liberum esset creditori pignoratitio ius dominij impetrare, id est rem sibi obligatam dominij iure retinere, nunquam tamen posset bona debitoris sui omnia sibi possidere, nec si ea omnia iure pignoris obstricta tenere probaretur, *l. 1. C. de iur. domin. impetr.* Nec scilicet aliter posito iure accideret facilè vt pro minima & exigua quantitate debita ingentis patrimonij possessio tam debitori ipsi quàm iis omnibus, qui ab eo causam haberent, auferretur: etsi enim plus damni est in iactura dominij, quàm in iactura possessionis, non minùs tamen est incommodi si possessio quàm si dominium amittatur, propter commoda tam multa quæ habet possessio, siue de proprietate, siue de possessione litigandum sit, siue de fructuum perceptione contendendum, ex quo euenire passim videmus vt pro tuenda possessione quam sibi quisque ex litigatoribus asserat grauioribus plerumque rixis & acrioribus odiis decertetur, quàm cùm de sola dominij causa disputatur. Ita vt sequestratio sæpè necessaria sit ne maioris tumultus occasio detur: cui tamen nunquam locus est propter solam de dominio quæstionem. Nec est quod quis obiiciat in prætorio pignore idem euenire, vt in possessionem bonorum omnium debitoris mitti possit vel vnus ex creditoribus, *l. cùm vnus, 12. D. de reb. auth. iudic. possid.* Nam præter id quod ea possessio longe minoris momenti

menti est, tanquam quæ custodiam duntaxat non etiam ius possessionis tribuat, *l. si ante 10. §. 1. D. de acquir. poss. l. 2. D. pro hered. l. cùm legatorum, 12. ff. quib. ex caus. in poss. eat.* In illo etiam dispar & dissimilis conditio est pignoris prætorij, & pignoris conuentionalis, de qua nunc agimus, quòd pignus prætorium in rem est non in personam, nec ei tantum prodest qui prior impetrat à prætore vt in possessionem mittatur, sed cæteris quoque omnibus creditoribus, qui & ipsi omnes in possessionem missi hoc ipso intelliguntur, *d. l. cùm vnus.* At pignus conuentionale non alij prodest quam illi qui ipse pignus accepit, cæteris autem creditoribus nocet potiùs, siue anteriores, siue posteriores esse proponantur: qua ex differentia etiam illa nascitur, quod possessio illa bonorum omnium quæ per pignoris prætorij constitutionem acquiritur, non modò non nocet cæteris creditoribus, sed etiam prodest non minùs quàm si ipsi prætorium pignus impetrassent: at quæ acquiritur per constituti clausulam ei cuius nomine constituit debitor se vniuersa bona sua possidere, nocet cæteris adeò vt etiamsi corporalem pignorum possessionē teneant, tueri eam tamen non possint si sint posteriores adeóque nec si interdum sint anteriores, vt ex iis constat quæ scripsimus in nostro Codice *sub tit. de a. qu. poss.* Cessat igitur in prætorio pignore iniquitas illa, qua mouemur ne in conuentionali quoque idē admittendum esse arbitremur, quod non sit ferendum vt pro minima fortè debiti quantitate bonorum omnium debitoris opulentissimi possessio, non magis quàm vt dominium creditori vlli addicatur: quod vtique sine maximo & debitoris & cæterorum eius creditorum incommodo fieri non potest.

ERROR II.

De clausula constituti posita in speciali conuentione pignoris postmodum à debitore alienati.

PRoinde, si quid mei iudicij est, permitti non deberet, vt generali conuentioni pignoris, generalis quoque; constituti clausula subijceretur, sed eam coangustari oporteret ad specialem pignoris & certæ rei conuentionem quæ vniuersa debitoris bona minimè comprehenderet. Hoc enim addendum est vt cautionem illam excludam, quam pragmatici plerique innexerunt, de obligandis generaliter bonis omnibus debitoris & specialiter vnaquaque parte & particula ipsorum. Quo remedio assequuntur vt vtriusque hypothecæ & generalis & specialis commoda omnia creditor habeat, neutrius verò separatim constitutæ incommoda vereatur, quale inter cætera vulgo esse creditur generalis hypothecæ, vt minùs reus afficiat quàm specialis, tum quoque cùm adnexam habet clausulam constituti: quo tamen nos alibi refutauimus, specialis verò hypothecæ, vt excutienda necessariò sit priusquàm ad generalem perueniri possit, nisi per conuentionem expressam sibi creditor prospexerit, ne generalis hypotheca deroget speciali, nec specialis generali, *l. 2.* vbi nostri notãt *C. de pign.* Cæterùm cùm tanta saltem, si non maior, potestas sit clausulæ constituti & hypothecæ ad singulas res debitoris applicatæ, quanta esset eius quæ generaliter vniuersa debitoris bona comprehenderet, non magis ferre possum vt per specialem conuentionem, quàm vt per generalem possessio bonorum omnium debitoris in vnum ex creditoribus solum transferatur, ne alioqui quod vna via prohibitum esset, alia æquè facili & obuia permitteretur. contra, *l. fetre 21. §. 1. D. de tut. & curat. dat. l. 5. §. si pupillus D. de reb. eor. qui sub tutel.* Tantò autem iustior videri hæc nostra sententia debet, quanto improbabilius illud est, quod iidem interpretes & pragmatici nostri inuexerunt. Constituti vim & potestatem eam esse, vt si constitutor rem alienauerit, & corporalem possessionem in alium transtulerit, liceat constitutario eam auocare à tertio quantumlibet bonæ fidei possessore, dummodò Iustinianeæ legis beneficium imploret: cum tamen illa ipsa Iustiniani constitutio non ad eum duntaxat casum pertineat, quo is qui alieno nomine possidebat possessionem dereliquerit aut alij prodiderit, vt eam ille alius occuparet, non etiam ad eum, quo possessio ab ipso tradita fuerit, & in alium translata, vt pluribus à nobis disputatum est in prima Chiliadis parte. Quid enim absurdius est, quàm permittere constitutario, vt possessionem auocet quasi suam ab eo qui ipse suo nomine, ac proprio iure, iustóque titulo longum forte tempus possederit: *l. Pomponius 29. ff. quid. mod. vsusfr. amitt.* Erit verò absurditas euidentior, si eam sententiam sequare quæ à pragmaticis nostris magis probatur, vt beneficium, *d. l. vlt. C. de acquir. poss.* ad retinendam magis quàm ad recuperandam possessionem spectet: quamquam contraria sentētia mihi semper probabilior visa est, quam & Menochius ad legem illam tuetur, ne recuperandæ possessionis remedium illud sit, non retinendæ. Possessio si quidem cùm sit facti nullo iuris auxilio retineri potest, quin amittatur statim atque occupata est per eum qui non alieno sed proprio suo nomine possidere velit, etiamsi prædo sit, nec titulum vllum suæ possessionis queat obtendere, *l. si de eo 40. §. 1. peregrè 44 & pass. D. de acquir. poss.* Multò magis si bonæ fidei possessor proponatur: solùmque superest ei qui possessionem amisit remedium, vt vel de dominio disputet per rei vindicationem, vel de possessione recuperanda per interdictum aut per actiones ciuiles in eam rem comparatas: non autem de retinenda illa quam verè factóque ipso amiserit: nisi fortè illud quoque paulatim volumus inducere, quod fuerit multò absurdius, vt eiusdem rei duo sint eodem tempore veri, adeóque iusti possessores, ille nimirum qui per constitutorem possidebat, & ille rursum qui à constitutore non tantùm possessionem sed etiam dominium rei acquisiuerit, quod nec admitterent ex veteribus Iurisconsultis ij qui defendebant posse à duobus eandem rem eodem tempore in solidum possideri sed ab vno iustè, ab alio iniustè, *l. 3 §. ex contrario eod. tit. de acq. poss.*

ERROR III.

De iure offerendi aduersus creditorem agentem condictione ex l. vlt. C. de acq. poss.

SEd nec illud rursum probabile vnquam fieri potuit, quod superiore capite dixi plerisque interpretibus placuisse, vt si creditor hypothecarius cuius nomine debitor constituerat se rem obligatam possidere, agat condictione ex *l. vlt. C. de acqui. poss.* ad auocandam possessionem quæ in bonæ fidei possessorem translata reperiatur, non sit audiendus possessor debitum offerens ad summouendum creditorem. Sic enim Carolus Ruinus, & Iacob. Menoch. locis supra citatis: Idem Menoch. *remed. 3. adipisc. poss. de Salutan. interd. n. 182.* cum quibus ne sentire possim illud facit, quod tametsi iudicium de possessione siue retinenda siue recuperanda dicatur esse summarium quod proinde vix vllas patiatur exceptiones, quæ ad iuris & dominij causam quoquomodo pertineant, quia de possessione priùs & ante omnia cognoscendum est, *l. si de vi 37. D. de iudic. l. ordinary 13. C. de interdict. l. vnic.*

vbi

ubi not. C. si de moment. poss. fuer. appel. Pendet tamen ea possessio quæ per clausulam constituti cum pignore creditori acquiritur, ex iure ipso pignoris cuius veluti sequela quædam & appendix est, nec enim alia causa fingi potest translatæ, vel transferendæ in creditorem possessionis rerum obligatarum, quàm quod ei res illæ priùs fuerint pignori obligatæ, vt tantò securior esset creditor, quantò commodior & expeditior esse solet pignoris retentio quàm persecutio, *l. si rem 9. §. propriè l. cùm & sortis 35. in fin. D. de pignorat. act. l. 1. D. de pignorib.* cui consequens est in soluto pro oblatione totius debiti iure pignoris, nihil causæ superesse cur creditori fauere debeamus certanti de possessione sua, siue retinenda, siue recuperanda: nec si malæ fidei possessor & prædo proponatur is qui creditori controuersiam possessionis facere velit: Non enim quærendum est de iure possessoris, cùm sublatum & extinctum est ius creditoris soluto pignore, inquit Paulus noster *in l. Paulus 12 §. 1. D. quib. mod pign. vel hypoth. solu.* Neque fortius hac parte esse potest vinculum quæsitæ possessionis quàm pignoris, nec consequenter diuturnius, vt sublato quoque pignore durare debeat & perseuerare, cùm sublato principali accessoria quoque omnia tolli & extingui necesse sit ex vulgata tritaque iuris regula: nec proinde ad rem facit si quis obiiciat ius offerendi ad eaolam pignoris pertinere, non ad causam possessionis Hoc enim est quod contendo, nullã creditori aut actionem, aut et am quod magis est exceptionem pro possessione dandam esse cùm in eum statũ res peruenit, vt iam cœperit nihil eius interesse tãtione possessionis quam nec habuit vnquam, nec habere debuit, nisi in consequentiã pignoris vtiliter contracti. Certum autẽ est neque actionẽ, neque exceptionem vllã ei posse competere cuius nihil omnino interfit, *l. 35. § 1. l. stipulatio ista 38 §. alteri D. de verb. oblig l. ille à quo 13. §. si desestamẽto:* vbi omnes notant *D. ad SC. Trebell.* Fateor posse fieri, vt creditor cui totum debitum oblatum adeoque solutum, aut cui alter eo nomine satisfactum est remaneat possessor rei obligatæ, qualis fuerat antequàm pignus extingueretur, quia pignoris obligatio iuris est, possessio autẽ facti, quam proinde apprehendi & acquiri necesse est, vt penes debitorem reperiatur, quæ fuerat antea penes creditorem. Sed nego dandam creditori cui plenissimè satisfactum fuit actionem aut exceptionem vllam ad possessionem pignoris, siue retinendam siue recuperandam: quia nimirum per debiti solutionem extincta obligatione pignus esse desiit, cuius tamen retinendi aut recuperandi ius nunquam habuit creditor, nisi & tanquam creditor & tanquam rei vinculo pignoris obligatæ. Et verò constat eo iure nos vti, quod & multorum iudicatorum authoritate comprobatum est, vt non minùs possit quilibet possessor creditori offerre agenti ad auocandam possessionem ex *l. vlt. C. de acquir. poss.* quàm si Seruianam exerceret ad auocandam possessionem debitoris. Quid enim referre potest eius qui conuenitur an propriam suámque an debitoris possessionem auocare velit tanquam creditor is qui amplius creditor non sit? Quare nec placet mihi quod velut remedij loco subtiliores pragmatici induxerunt, vt creditor petat retineri se in possessione rerum debitoris ex beneficio *dicta l. vlt.* nulla pignoris aut hypothecæ facta mentione, id est non adiecta vulgari illa clausula quæ passim hodie in libellis addi solet, *ad habendum tenendum & possidendum iure pignoris & hypotheca quousque fuerit ei plenissimè satisfactum.* Nam quoties in libello clausula huiusmodi addita est, nemo dubitat quin oblatam à reo solutionem accipere cogatur creditor qui ipse prior conditionem hanc futuro cuilibet aduersario detulisse videatur. Cùm verò nihil de iure pignoris aut hypothecæ in libello dictum fuit, etsi minùs aperta ratio est propter quam permitti debeat ei, qui conuenitur, vt per iis offerendi summoueat creditorem, illa tamen ratio semper creditori obstat, quòd tum quoque cùm suam & propriam possessionem auocat quæ fuerat ei quæsita per clausulam constituti, non alio iure facit quàm quasi creditor, haud secus ac si possessionem debitoris per quasi Seruianam auocaret, creditor autem non est qui iam solutionem debiti accepit, aut per quem stat etiamnum ne accipiat. Ergo siue pignoris mentio aliqua, siue nulla facta sit in libello creditoris, non potest ille recusare oblatam à possessore solutionem debiti, ne tum quidem cùm de sola possessione, siue retinenda, siue recuperanda contendit: alioqui dicendum erit, creditorem vbi possessionem, siue suam, siue alienam auocauerit, nulla actione cogi posse vt ab ea possessione desistat, nec si totum ei debitum offeratur, quod neque offerri ei potest per viam actionis præterquàm à posteriore creditore. Quonam igitur iure retinebit si non iure pignoris Quòd si iure pignoris, quidni offerri ei poterit etiam ab iniusto possessore? Quantomagis si possessor iustus proponatur cui etiamsi possessor non esset, tamen vel pignoris persecutionem tanquam creditori, vel vindicationem quasi domino dari oporteret? Quippe cui damus actionem multò magis damus exceptionem, *l. 1. §. is autem ff. de superfic.* & cui persecutionem, longè faciliùs retentionem, *d. l. 1. in princip. D. de pignorib.*

ERROR IV.

De exceptione non factæ excussionis, opposita creditori condicenti possessionem ex l. vlt. C. de acqu. poss.

Bene creditoribus prospexerunt, siue interpretes, siue pragmatici nostri, qui primi ius hoc induxere vt quisquis per constituti clausulam in pignore appositam factus est possessor rei obligatæ, si eam possessionem amiserit facto debitoris sui, quẽ rem pignoratam vendiderit alij, vel quo alio modo alienauerit, possit eam condicere & auocare ex beneficio constitutionis Iustinianeæ & proposita condictione *ex d. l. vltim. Cod. de acquir. poss.* Nam cùm ita ius ve sit creditori quasi Seruianam exercenti contra tertium possessorem, duplex potissimùm exceptio nocere soleat, vna non factæ excussionis si modò tertius ille possessor titulum habeat & bonam fidem, *ex Auth. hoc si debitor C. de pignor.* Altera præscriptionis, si tertius ille possessor rem obligatam possederit æquè cum titulo & bona fide per decennium inter præsentes aut per vicennium inter absentes, *l. 1. & 2. C. si aduers. credit. præscrip. oppon.* Placet interpretibus, & pragmaticis nostris creditorem effugere vtramque exceptionis periculum si pro hypothecaria eligat condictionem ex lege, maliique de possessione sola quàm de pignoris iure contendere, Excussionis quidem, quoniam soli possessori competit illa exceptio aduersus creditorem non possidentem, Creditor autem dicit se possidere, qui agens condictione *ex dicta l. vlt. C. de acquir. poss.* propriam suam possessionem auocat, cùm è contrario is qui agit hypothecaria non nisi eam auocet quæ fuit debitoris, *l. si cum venditor 66. ff de euict. l. si fundus 16. §. in vindicatione ff. de pignor.* quomodo ratiocinatur Ferratiens. *in form. libell. act. hypothec.* in verb. *exceptionem* post Bald. *ad l. 1. C. de reuoc. his quæ in fraud. credit.* Præscriptionis verò, non ob hanc ipsam solummodò rationẽ, quòd neque

alius possit præscriptionem ex longi temporis possessione obiicere, quàm qui & iam per longum tempus possederit, & adhuc possideat, condictio autem ex illa lege faciat vt qui priùs alieno nomine possidebat, nunquam videatur desiisse possidere: sed etiam quia hypothecaria cùm sit actio in rem & vindicatio, *dict. § in vindicatione* & *l. pignoris 17. eod. titu D. de pignor. l. pignoris 15. Cod. eod.* longi temporis exceptionem pati cogitur, *l. 1. l. nec petentem 5. & pass. C. de long. temp. præscript.* Non etiam condictio ex lege, quæ cùm sit personalis actio, vtique perpetua est exemplo cæterarum actionum personalium & in trigesimum vsque annum extenditur *l. hæreditatis 7 Cod. de petit. hæred. l. sicut 3. Cod. de præscript. 30 vel 40 annorum*, vt quamuis hypotheca sublata fuerit, verúmque sit, neque pignoris obligationem, neque de pignore actionem vllam superesse, supersit tamen actio creditori ad auocandam propriam suam possessionem condictione *ex dicta l. vlt.* propterea quòd in eiusmodi actione non de pignore contendatur, sed tantùm de possessione. Sic enim Matth. de Afflict. ex communi & receptiore aliorum sententia *Decis. Neapol. 159.* Est igitur condictio ex *d. l. vltim.* commodior creditori quam hypothecaria, siue non factæ excussionis, siue præscriptionis exceptionem vereatur. Sicut & in eo, quod nos ex aliorum magis, quàm ex nostra sententia diximus in præcedentibus, vt condictio ex *lege vltim. Codic. de acquir. poss.* quia possessorium remedium est non admittat exceptiones, quæ, vt loquuntur, concernunt petitorium, quas vtique admittit hypothecaria, quoniam & ipsa ad petitorij causam pertinet cùm in ea disputandum sit si non principaliter vt in directa rei vindicatione, saltem incidenter de dominio non quidem creditoris qui agit, pignúsque accepit, sed debitoris qui pignus dedit, *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor. l. 1. & tot. tit. Cod. si res alien. pign. dat. sit.* Vnde inferunt, quod nos superiore capite refutauimus, Ne quidem ius offerendi competere possessori aduersus creditorem agentem condictione ex lege, quem si ageret hypothecaria, haud dubiè sui moneret. Mihi verò supradicta omnia videntur contra veram subtilémque iuris rationem a nostris disputari. Nam vt taceam quod sæpius iam monui, nunquam Iustiniani eam fuisse sententiam, vt succurreret ei cuius possessionem interuertisset is, qui nomine ipsius possidebat, si ea possessio non tantùm interuersa, sed etiam ab alio præsertim iusto bonæque fidei possessore occupata quoquemodo proponeretur. Illud tamen nec tacere, nec dissimulare possum quod in superioribus probaui, Nouum hoc remedium, quod pro possessoribus Iustinianus induxit, ne iis noceret interuersam esse possessionem ab iis per quos possidebant, ad causam non retinendæ sed recuperandæ possessionis pertinere, cùm nulla ciuili constitutione fieri possit, vt non amittatur possessio, quæ facto ipso & animo sibi possidendi per alium occupata sit, aut duo simul & in solidum eiusdem rei possessores esse intelligantur. Quo admisso illud statim consequens fit, vt non minùs possessionem debitoris auocet creditor qui agit condictione ex illa lege, quàm si hypothecariam & quasi Seruianam exerceret, itémque vt non minùs reuera possessor sit, & pro vero possessore haberi debeat is, qui eiusmodi condictione conuenitur, quàm si hypothecaria conueniretur. Quid enim absurdius dici, aut fingi potest, quam ex sola actionis electione auferri reo possessionem suam & commodum possessionis, vt ob hoc solùm, quòd hac potiùs quàm illa actione conuentus est desinat possessor esse, qui si illa conuentus fuisset, & possessor adhuc reuera esset, & habendus pro vero possessore? Cur non ergo licere ipsi debeat exceptionem non factæ excussionis obiicere aduersus creditorem agentem condictione *ex dict. lege vltima*, tanquam possessori contra non possidentem? An non eadem æquitas facit, vt huic iusto possessori æquè fauendum sit, ne à creditore tam facilè inquietetur, cùm perinde possit creditor suum consequi agendo contra debitorem? Atqui, inquiunt, non nisi aduersus actionem hypothecariam voluit Iustinianus comparatam exceptionem non factæ excussionis. Sic enim habent verba Irnerij, *in dict. Authen. hoc si debitor: alio verò possidente inhibetur hypothecaria donec personaliter actum sit cum reo, & intercessore.* Imò verò, inquam ergo, non tam cogitauit Iustinianus de excludenda hypothecaria, quæ odium sanè nullum meretur, quàm de inducando eo iure quo faueret bonæ fidei possessori ne à creditore tam citò inquietari posset. Ipsa enim verba constitutionis Iustinianeæ Nouell. 4. *de fideiuss. §. sed neque*, vnde sumpta est *dict. Auth. hoc si debitor*, non de inhibenda actione hypothecaria loquuntur, sed de creditore ipso summouendo, vt neque ad res debitorum quæ ab aliis detinentur, veniat prius quàm transeat viam, vt ipse loquitur super personalibus etiam contra mandatores & fideiussores, sicque ad res veniat principalis debitoris, quæ ab alio detineantur, & eos qui res illas detinent conueniat. Non ergo patitur Iustinianus vt creditor hypothecarius ad res debitorum veniat, quæ ab alio possidentur, id est, quemadmodum sequentia explicant, vt eos conueniat qui debitoris res detinent, quin priùs egerit personali tam contra debitorem ipsum quàm contra ipsius mandatores & fideiussores, itémque in bona ipsa debitoris quæ ab eo ipso detinentur: Nec distinguit nouella constitutio, an velit creditor condictione aliqua, an hypothecaria experiri contra tertios possessores: Quamquam fateor non inuitus Iustinianum de sola hypothecaria inhibenda cogitasse, quia nec fieri vllomodo potest, vt per aliam actionem quàm per hypothecariam tertius pignorum possessor à creditore inquietetur, si de actione intelligas propriè sumpta ad exclusionem interdicti Saluiani, vtilis, quod tanquam subsidiarium actionis hypothecariæ placet nostris dari etiam contra extraneos possessores pignorum, *l. 1. §. 1. D. de Salu. interd.*

ERROR V.

De admittenda exceptione non facta excussionis non tantùm contra agentem ex l. vlt. C. de acqu. poss. sed etiam contra Saluianum interdictum.

SEd si fingas cum interpretibus mentem Iustiniani eam fuisse *in d. l. vlt. Cod de acquir. poss.* vt creditor hypothecarius per clausulam constituti possessor factus, possessionem suam à debitore interuersam possit auocare etiam à tertio eodémque iusto ac bonæ fidei possessore, quidni mecum istud quoque admittes, quod volo: verba illa posterioris constitutionis, quibus prohibetur creditor hypothecarius venire statim ad res debitoris, quæ ab aliis detinentur generaliter accipienda esse, vt eum quoque casum comprehendant, quo creditor ad res debitoris venire velit per condictionem, quæ in eam rem comparata existimetur. Quidni etiam fateare sequentia Nouellæ verba *& detinentes eas conueniant*, generaliter intelligenda esse siue per hypothecariam, siue per condictionem & actionem personalem possessores pignorum conueniantur. Alioqui si

Iustiniani

Iustiniani constitutionem, quæ hanc non factæ discussionis exceptionem induxit, adeò velis restringere, vt non prosit nisi ad excludendam hypothecariam, dicendum erit nil ergo profuturam illam possessori qui à creditore hypothecario vrgeatur non per hypothecariam, sed per Saluianum velle interdictum: Nec enim est incognitum quàm differat interdictum illud a quasi Seruiana, Etiam secundum eam interpretum & pragmaticorum nostrorum sententiam, quæ errorem hunc inuexit, de quo scribemus in sequentibus, vt in eundem casum possit & actio Seruiana vel quasi Seruiana & interdictum Saluianum concurrere. Nam ideò comparatum volunt vsum Saluiani interdicti, vt creditor nihil aliud probandum habeat, nisi quod debitor eo tempore quo conuenit de pignore possessor fuerit rei obligatæ, quoniam per interdictum de sola possessione quæritur, non de iure pignoris: cùm tamen ei qui Seruianam vel quasi Seruianam exercet, necesse sit probare fuisse rem in dominio debitoris eo tempore quo pignus constituebatur, *l. & quæ nondum 15. § quod dicitur D. de pignor.* In quo si ius ita esset non paruum foret commodum interdicti, quia dominij probatio plerumque difficillima est *§. commodum Inst. de interd.* ob idque videntur mihi suppos[ito] interpretum errore, prudenter facere Itali qui Saluiano interdicto frequentissimè vtuntur, Seruiana verò vel quasi Saluiana actione aut nunquam aut perrarò, vt solius possessionis, non etiam dominij probatione ad victoriam litis obtinendam onerentur. Porrò quis benè vnquam dixit, Tertio possessori qui per Saluianum interdictum conueniatur, denegandam esse exceptionem non factæ discussionis ob id solùm quòd non hypothecaria sed interdicto conueniatur. Sic enim fieret inutile beneficium exceptionis quam tamen ex summa æquitate inductam fuisse fatendum est vt bonæ fidei possessori qui pignoris obligationem probabiliter ignorauit, faueretur: valdéque stultus esset quisquis creditor hypothecarius mallet agere hypothecaria quàm proponere Saluianum, cuius beneficio non tantùm exoneraret se à necessitate probandi dominij, sed etiam ab excussionis faciendæ periculo & incommodo se liberaret. Neque tamen ignoro ex Italis ipsis multos esse, qui Saluiano tantùm tribuant, vt ideirco eripiant bonæ fidei possessori discussionis exceptionem, quæ aduersus hypothecariam obiici posset. Sed receptior est etiam apud Italos, & vbique terrarum verior contraria sententia, quamuis certum sit in Saluiano interdicto agi de sola possessione, & momentanea, esséque iudicium illud summarium, quod & Bart. notat *ad l. 1. in fin. D. de Saluian. interd.* vbi ex hoc infert à sententia, quæ in causa interdicti lata sit appellari non posse, quomodo ab ea, quæ lata esset in hypothecaria appellaretur: sed & illud certum est Saluianum interdictum habere hoc speciale cum interdicto, vnde vi, quod in personam scriptum est non in rem, quomodo cætera ferè omnia quæ tamen non eo minùs vi ipsa personalia sunt, *l. 1. §. penult. D. de interdict. l. cùm à te 7. D. vnde vi l. 1. C. de precar. & Saluian. interd.* Si ergo agenti per Saluianum interdictum de sola possessione, & in personam, obiici nihilominus exceptio discussionis potest, quid obstabit quominùs possit etiam obiici agenti condictione ex *d. l. vlt. C. de acquir. poss.* ad auocandam possessionem? Nam & hoc casu perinde verum est creditorem venire ad res debitoris, quomodo Iustinianus loquitur *in d. §. sed neque*, & conuenire tertium possessorem, & quidem ex causa pignoris, cùm si pignus nullum præcessisset, nec acquisitio possessionis vlla secuta fuisset: Denique conuenitur tertius possessor si personam ipsius inspicias, tanquam possessor pignoris, sin personam actoris, à creditore tanquam à creditore, & quidem pigneratitio. Nihil igitur causæ est, quominùs exceptio non factæ excussionis perinde locum habere debeat, ac si vel quasi Seruiana actio, id est hypothecaria, vel Saluianum interdictum exerceretur. Illa ratio sola esset accommodata ad excludendam huiusmodi exceptionem, quam pragmatici nostri afferunt, si esset vera, quod per condictionem *ex d. l. vlt.* creditor suam auocet possessionem: esset namque inauditũ vt qui ipse possessorem se diceret & probaret, hanc exceptionem pateretur à reo, quæ non posset competere nisi possessori. Sed iam probauimus fieri nullomodo posse vt creditor qui possessionem semel amisit non solùm per interuersionem debitoris, sed etiam per occupationem & acquisitionem a nouo possessore factam, retrare amplius vnquam possit de ea retinenda priùs quàm ipsam recuperauerit, siue per interdictum siue per condictionem ex lege Iustiniani, possétque hæc pragmaticorum nostrorum sententia defendi eo demum casu qui verbis legis expressus est, quo possessio creditoris prodita fuerit, aut derelicta, at non quo fuerit etiam ab alio occupata, quoniam faciliùs potuit Iustinianus facere vt ex sola interuersione non amitteretur possessio, quæ à nemine occupata fuisset, quàm vt non amitteretur ea quæ & facto ipso & cum dominio ex iusto titulo translata esset in emptorem: cùm fieri hoc nequeat, quin plures eiusdem rei & eodem tempore in solidum possessores esse intelligantur quod non magis natura quàm ratio iuris ferre potest. Quod cùm ita sit, dicendum est etiam admisso eo quod & negaui iam toties & semper negabo, vt de hoc posteriore casu Iustinianus cogitauerit, nihil tamen aliud facere Iustinianum potuisse, quàm vt creditori nouam actionem daret, totique veteri Iurisprudentiæ incognitam ad recuperandam possessionem, quæ ipsius antea fuisset, & quæ nunc penes bonæ fidei emptorem reperiretur: quod tamen quia non aliter fieri potest, quàm vt fateatur creditor aduersarium possessorem de cuius tanquam pignoratæ possessione recuperanda ipse agit, recusare certè non potest quin discussionis exceptionem pati debeat, si ea per possessorem opponatur.

ERROR VI.

De condictione pignoris ex l. vlt. C. de acqu. possess. post extinctam longi temporis præscriptione hypothecariam.

QVæ proximo capite scripsimus de exceptione discussionis etiam contra eum opponenda qui pignoris possessionem condicit, *ex l. vlt. C. de acq. poss.* si modò iustus & bonæ fidei possessor sit is qui conuenitur, facilem iis viam struent, quæ nunc dicturi sumus de admittenda exceptione præscriptionis aduersus creditorẽ agentẽ condictione ex illa lege, non minùs quàm si de hypothecaria summouenda tractaretur. Quod enim pragmaticis nostris placere docuimus, vt hæc condictio nõ longo tẽpore, id est decennio inter præsentes & vicennio inter absentes quomodo hypothecaria, sed solo tricennio ad exemplum cæterarum actionum personalium concludatur, ex Matth. de Afflict. qui alios refert, *decis. 139.* Rationem tantùm duplicem habet, quam nos in præcedentibus vtramque retulimus, vnam quòd qui agit huiusmodi condictione perinde habendus sit ex beneficio Iustinianeæ constitutionis, atque si possessionem suam semper retinuisset, quo casu nihil esset quod de longi temporis præscriptione tractari posset, alteram, quòd cùm actio sit personalis & consequenter perpetua ex sui natura, vt ciuiles cæteræ actiones

personales non possit concludi spatio longi temporis, quo hypothecaria omnesque in rem actiones concluduntur, sed in longissimum tempus triginta annorum extendatur, *l. 3. C. de praescript. 30. vel 40. annor.* Vtraque verò inepta est, prior autem etiam falsa: non ob id solùm quod ad finem superioris capitis diximus, neque factum fuisse à Iustiniano, neque fieri potuisse vt possessionem suam pristinam retineret creditor quae & à debitore interuersa & à nouo possessore occupata esset, cùm possessio in facto nun in iure consistat, nec proinde istas iuris fictiones possit admittere quas causa dominij admittit, *l. denique 19. D. ex quibus caus. maior. l. 3. §. ex contrario D. de acquir. poss.* Verùm etiam quia si posset Iustiniani constitutio eam recipere interpretationem, vt possessio quam reuera creditor amisisset, semper tamen retenta fingeretur, tolleret ea fictio intellectum praescriptionis quae ea longi temporis possessione inducitur quàdoquidem non magis sine possessione procedere potest longi temporis praescriptio, aut vt meliùs loquar, & ad rem nostram accommodatiùs longi temporis possessio quàm vsucapio, *d. l. denique l. cum miles 30. eod. l. sine possessione 25. D. de vsucap. l. vnic. C de transform. vsucap. l. 1. & 2 C si aduers. credit. praescript. oppon.* Atqui nec Afflictus ipse diffitetur, nec alius quisquam negare probabiliter possit, compleri praescriptionem hypothecariae actionis, adeoque tolli penitus hypothecam ipsam si creditor passus sit rem sibi pignori obligatam per longum tempus à iusto bonaeque fidei possessore teneri. Sic enim Afflictus post exteros ad finem Decisionis supradictae, nec minùs cùm in pignore adiecta fuit clausula constituti, quam si adiecta non fuisset, adeóque tametsi postea & intra trigesimum annum Iustinianeae legis beneficium imploretur, nimirum quia post completam praescriptionem, & iam quaesitum ius possessori, sera est imploratio auxilij quod exinde inciperet iniquū esse & iniuriosum, *l. ex facto 43 de vulg. & pupill. subst. l. 4. C. de emancip. liber. l. Paulus notat 8. D. de praetor stipulat.* Et tamen eam auxilij Iustinianei implorationem omnino necessariam esse, & interpretes & pragmatici nostri omnes fatentur, de illo solo dubitantes, an in eam rem sufficiat vulgaris illa clausa, quae in libellis adiici solet, *omni meliori modo iustitiam ministram.* quod sentit Antonius Tessaurus. *Decis. Pedem 215. num. 6.* An verò necesse sit expressam fieri meotinnem *l. vlt. C. de acquir. poss.* quod Senatus noster magis probat, cum igitur nec implorata expressim lea Iustiniani facere possit vt non concurrit, plenéque compleium sit tempus praescriptionis longi temporis, consequens est vt verum sit dicere toto illo tempore tertium possessorem non solùm verè, ac cum effectu possedisse, sed etiam ita vt nunquam retrusingatur non antea possedisse: quod cùm ita sit, an non etiam illud sequitur, vt alterutrum necessariò fatendum sit, vel eodem illo toto tempore desiisse creditorem possidere, vel si adeò tribuas potestati legis Iustinianeae, vt ex die implorati auxilij pristinam possessionem suam continuasse, & retinuisse retrotingatur, duos fuisse simul & in solidum possessores, creditorem qui prior per clausulam constituti possessor factus sit, & emptorem qui emendo aut aliter acquirendo rem illam obligatam & in id vsque tempus à creditore solo possessam, & possessionem & cum possessione dominium sibi comparauerit, sed & eum verum illud sit, & in confesso apud omnes, non posse clausulam constituti facere, quin hypotheca, & consequenter hypothecaria quoque tollatur, completa per tertium bonae fidei possessorem praescriptione, quaero qua de causa vel quo iure possit creditor possessionem aut retinere aut petere eius rei quae fuit quidem aliquando ei obligata, sed quae tamen obligata esse desiit? Nec enim illa vnquam fuit mens aut debitoris constituentis se creditoris nomine possidere, aut creditoris constitutum agnoscentis, vt creditorem illam possideret nisi tanquam sibi obligatam & iure pignoratitij aut hypotecarij creditoris? Quaenam igitur ei superesse potest, aut debet possessio eius rei quae amplius non sit pignori, & post extinctum ius omne pignoris? aut quaenam actio ad possessionem illam, quae penes alium sit, condicendam, & auocandam? Difficilius enim est vt non possidenti detur persecutio, quam vt possidenti retentio, *l. 1. D. de pignor. l. heres 22. D. ad SC. Trebell.* Quòd si ponas extincto iam pignoris iure nihilominus rei antea pignoratae possessionem ad creditorem rediisse sine potestate condictionia ex lege Iustiniani, vt volunt interpretes, siue quo alio modo etiam sine vicio, An non per absurdum sit retentionem dari creditori qui licet creditor manserit, hypotecarius tamen, & pignoratitiua esse desiit, ac ex tali facta est chirographarius. Nam quod dici solet, Etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse, ad hunc casum adaptari non potest, in quo pignus nullum est, vt diximus, quia sublatum fuit potestate praescriptionis, non minùs quàm solutionia. Certum autem est sublato pignoris vinculo sicuti persecutio nulla dari potest eius rei quae antè fuerat obligata, ita nec retentionem, relinqui, *l. debitor 40. §. vltim. D. de pignor. act.* Alioqui quid facere possit miser emptor cui possessio condicitur, & auocatur per creditorem vt eam possessionem vel retineat si nondum amiserit, vel repetat & recuperet si amiserit quoquomodo. An creditori debitam pecuniam offerre debebit, vt fieri necesse est luendi pignoris gratia? Atqui non potest tractati de luendo pignore quod amplius nullum est, Nec rursus patiuntur interpretes vt creditor agens condictione *ex d. l. vltim. Cod. de acquir. poss.* per ius offerendi summoueatur, vt diximus in superioribus. Ac quamquam verum est alio iure nos vti, quemadmodum ibidem monuimus, vt perinde ius offerendi locum habeat contra creditorem agentem condictione *ex d. l. vltim.* ac si hypothecariam exerceret, id tamen non alia de causa obtinet, quàm quòd soleant creditores hypothecarij, tum quoque cùm id genba actionis eligunt addere clausulam, *ad habendum, tenendum, & possidendum iure pignoris quousque totius debiti nomine fuerit creditori satisfactum*, Cuius clausulae adiectio non tantùm admittit, sed etiam inuitat possessorem ad offerendum, vt summoueat actionem: At non potest in proposita specie locum habere illa clausula, cùm non possit creditor ad rem retinendam ius pignoris obtendere, adeóque nec pignoris nomen nisi perinептè vsurpare si pignus nullum sit, & per longi temporis praescriptionem extinctum. Neque verò pragmatici ipsi negabunt vt arbitror ineptum fore libellum creditoris si post elapsa longae possessionis tempora condicat possessionem ea beneficio, *l. vltim. Cod. de acquir. poss.* ad retinendam eam iure pignoris & hypothecae, saltemque hoc casu admittendum est quod subtiliores pragmatici volunt, eum qui agit condictione ex *dict. l. vltim.* solius possessionis mentionem, non etiam pignoris vllam facere in libello debere, Non ob id tantùm ne sibi noceat creditor, iisdemque exceptionibus & incommodis actionem suam subiiciat, quibus hypothecaria subiiceretur, quod aliis casibus euenit, sed quia malè agit creditor nullóque iure si agat, tanquam hypothecarius eo tempore quo fit tantùm chirographarius. Cùm igitur nullum iam pignoris superfit creditori in ea re de

cuius possessione nunc contenditur, Quare cogamus possessorem qui nec debitor, nec debitoris hæres, sed tertius est offerre debitum alienum vt possessionem suam vel retineat, vel reposcat? Quid enim commune habet causa debitoris, cum causa tertij iusti possessoris, vt quod ille debet cogatur hic offerre, nisi cùm ex contractu debitoris & per conuentionem pignoris acquisitum est ius creditori in re obligata, quæ postmodum transire ad alium non potuerit nisi cum sua causa. Fac ita nullum esse pignus: consequens statim fiet vt tertius & singularis successor nihil creditori offerre debeat, siue agendo, siue excipiendo *l. vltim. §. vlt. D. de contr. empt.* vtque non possit creditor etiam agentem emptorem & quod emit vindicantem repellere prætextu debiti non soluti, cùm neque quicquam ille debeat, neque possit creditor dicere rem sibi obligatam esse, licèt fuerit aliquando. Quid enim refert præsertim quod ad tertium possessorem attinet, an res nunquam obligata fuerit, an fuerit quidem antea, sed hodie non sit?

ERORR VII.

De non separanda possessione rei pignoratæ à iure pignoris post præscriptam hypothecariam.

Hinc verò apparet quàm facilè etiam sit aliam pragmaticorum nostrorum rationem diluere, ex eo petitam quòd actio illa & condictio *ex l. vlt. C. de acqu. poss.* sit in personam, sicut & condictio alia quælibet, *§. appellamus Inst. de action.* Actiones autem omnes personales, sint perpetuæ, & ad annos vsque triginta durent *d. l. 3. C. de præscr. 30. vel 40. annor.* Procederet enim ratiocinatio, si non nisi de actionis tempore, ac duratione quæreremus. Atqui de causa & de subiecto priùs inquirendum est, fatendumque actionem hanc non esse nisi de possessione, possessionis verò non aliam causam fuisse, quam pignoris in ea re constituti: inferamus igitur post extinctum pignus per longi temporis præscriptionem sicuti possessionis translatæ causa finita est, ita neque possessionis huius rationem vllam haberi posse, nisi hactenus vt eam creditor ipse reddere teneatur, *d. l. debitor 40. §. vlt. D. de pignor. act.* nec proinde actionem vllam superesse, quæ scilicet si qua esset, non nisi de possessione esse posset, & quidem de possessione pignoris quod iam diximus, & ostendimus nullum superesse. In summa omnes actiones personales trigesimo anno concluduntur ne vltra possint viuere, at non etiam vt in tantum vsque tempus extendi eas sit necesse, cùm interea perimi possint legitimis modis, puta solutione, acceptilatione, & aliis de quibus *in l. pen. D. de solut. & Instit. tit. quib. mod. tollit. oblig.* inter quos modos hodie est etiam ille si vel persona deficiat quæ actionem aut instituere aut suscipere possit, vel res quæ in actionem venire debet. In proposito autem deficit possessio pignoris deficiente pignore, nec igitur magis superesse potest condictio ex Iustiniani lege ad auocandam possessionem etiamsi tempora largiantur, quàm Saluianum interdictum post sublatam tempore hypothecariam: quia tam condictio illa ex Iustiniani lege quàm Saluianum interdictum supponit in necessarium antecedens, non quidem hypothecariam, sed tamen hypothecam in persona creditoris qui possessionem rei obligatæ condicit, quasi creditor hypothecarius. Neque quod per Saluianum interdictum de possessione tantùm quæratur, facere potest, vt sublato pignore de Saluiano tractari queat, quod non de possessione qualibet, sed tantùm de adipiscenda possessione rerum pro mercedibus fundi obligatarum proponitur *§. interdictum quoque Inst de interdict.* Postularet hic locus, vt quæ contra interpretum omnium & pragmaticorum sententias de Saluiano interdicto dicturi sumus, nunc proponeremus. Sed dignior tractatus est, qui det initium Decadi sequenti. Subiiciemus aliam quæstionem superioribus finitimam, vt huic primùm Decadi finem imponamus,

ERROR VIII.

De pacto executiuo iuncto cum clausula constituti.

Pactum executiuum interpretes nostri vocant, per quod conuenit, vt liceat creditori habenti obligatas res debitoris propria authoritate ingredi earum possessionem. Cuius pacti vtilitas in eo est, vt creditor qui conuentionis legem exercens possessionem pignorum propria authoritate ingressus est, non possit dici vim fecisse, quomodo diceretur, si pactum nullum intercessisset, *l. penult. C. de pignor. act. l. creditores 3. C. de pignorib.* vbi tamen additur consultiùs & meliùs facturum creditorem si in eam rem iudicis authoritatem interponat: quod & scriptum est *in l. si pupillorum 7. §. 1. ff. de reb. cor. qui sub tutel. l. si stipulatus 81. in fin. ff. de solut.* Ne scilicet maioris tumultus occasio detur, inquit, *l. non est singulis 196. de reg. iur.* vt intelligamus maiorem esse potestatem iussionis præsidialis, vt loquitur, *d. l pen. C. de pignorat. act.* quàm priuatæ conuentionis, Licèt Imperatores *in d. l penult.* alterutra contenti, hoc est vel conuentione, vel præsidiali iussione, parem vtriusque vim & potestatem constituere videantur. Ideóque nimirum huiusmodi pactum executiuum appellatur, quia eius potestate fit vt contra solitam iuris formam ab executione incipi possit, cùm alioqui semper incipiendum sit ab actione, *l. 1. C. de exec. rei iudic. l. extat 13. ff. quod met. caus.* nec quicquam authoritate propria exequendum, ne quidem aduersus condemnatum & in executione iudicati, *l. miles 6. §. qui iudicati D. de re iudic.* Sed quod de huius pacti potestate dicimus, ita est accipiendum, si contra debitorem ipsum qui eam authoritatem creditori dedit, potestas pacti exerceatur, nam si res quæ fuerat creditori cum pacto huiusmodi obligata, postmodùm per debitorem alienata sit, non est permittendum creditori vt subinde conuentionis legem exerceat propriaque authoritate fundi obligati possessionem ingrediatur: alioqui vim fecisse dicendus erit, non minùs quàm si pactum de ea re nullum interuenisset, quia licèt debitor, neque vendendo neque donando, neque legando, vel fideicommissum relinquendo deteriorem creditoris sui conditionem facere possit, *l debitorem 15. C. de pign.* pactum tamen cum debitore conuentum constat non alij quàm debitori nocere posse, Ex generali regula quæ habet, semper & ante omnia esse animaduertendum, ne conuentio facta cum vna persona noceat alteri, *l. si vnus 27. §. pacta quæ turpem D. de pact.* Nec enim personalis obligatio, quæ ex contractu nascitur, sequi potest fundi possessorem, *l. vlt. §. 1. D. de contr. empt. l. 1 §. si hæres D. ad SC. Treb.* Clausulæ constituti alia ratio, maiórque potestas esse creditur: Nam si debitor cùm rem suam daret pignori, constituerit eam se creditoris nomine possidere, atque ita creditorem fecerit possessorem, tum eam possessionem siue venditionis, siue alio quouis titulo in alium transtulerit, non dubitant interpretes & pragmatici nostri, quin ius habeat creditor possessionis auocandæ à tertio quoque

possessore si modò imploret beneficium, *l. ultim. C. de acquir. poss.* de quo tam multa iam scripsimus in præcedentibus, siue retinendæ possessionis remedium illud esse dicas, cum pragmaticis nostris, siue recuperandæ cum frequentiore interpretum nostrorum schola. Secundum quam sententiam eueniat vt clausula constituti in contractu inter alios inito apposita, noceat aliis, de quibus neque dictum, neque cogitatum fuerat quicquam, hactenus scilicet ne ex interuersione per debitorem facta creditor possessionis suæ iacturam sentiat, non etiam vt tantundem prosit creditori clausula constituti aduersus tertium possessorem, quantum prodesset aduersus constituentem ipsum. Nam aduersus constituentem prodesset, vt propria authoritate posset creditor corporalem pignoris possessionem impune ac citra vim apprehendere, dum ne qua debitoris constituentis aut alterius contradictio interueniret, cùm non possit videri vim facere is qui iure suo vtitur, suamque liberè continuat possessionem: *l. factum 155. §. 1. de reg. iur.* At contra tertium non posset prodesse ad possessionem propria authoritate occupandam, cùm et necessarium sit, vt diximus, imploretur in eam rem beneficium constitutionis Iustinianeæ, quod vtique nisi actione proposita imploratum non potest. Siue igitur pactum executiuum solum interuenerit, siue clausula sola constituti, plus iuris habet creditor contra debitorem aut paciscentem aut constituentem, quàm contra tertium extraneum possessorem. Quid tamen si eam cautionem adhibuerit creditor, quam prouidi creditores omittere non solent, vt clausulam vtramque & pacti executiui & constituti simul iunxerit? Volunt interpretes & pragmatici nostri hoc casu eam vim esse conuentionis vt possit creditor idémque constitutarius ius suum exequi, & possessionem propria authoritate occupare etiam contra tertium possessorem, qui debitori quoquomodo successerit, licèt titulo singulari, sic enim Bart. *in d. l. creditores 3. numer. 25 vers. sed pone quod debitor Cod. de pignor.* Bald. *in l. 1. Cod. si mancip. ita fuer. alienat. consil. 21.* Quasi potestas pacti quod alioquin per se esset personale nec paciscentis personam egrederetur, augeatur per adiectionem clausulæ constituti quæ cùm rei possessionem quamlibet transferat in creditorem, ipsam quoque rem afficere quodammodo videtur: Ita vt cùm creditor propria authoritate ingreditur possessionem etiam per vim, existente scilicet de facto possessore magis defendere rem suam quàm alienam occupare intelligatur, quomodo ratiocinatur Bartol. *supradicto loco ex l. cum fundum vbi not. D. vnde vi & de vi armat.* licèt idem Bart de eo dubitasse paulò antè videatur ad eandem *legem. 3. nu. 11. versic. item quaro*, vbi tamen rationem aliam affert non improbabilem ad hanc ipsam sententiam comprobandam, quod cùm per clausulam constituti creditor factus sit adeò verus & realis possessor, vt sola detentio supersit penes debitorem eundémque constituentem, vix ei prodesse quicquam possit subsidium pactum executiuum aduersus debitorem, ac proinde ne frustra adiectum existimetur, necessaria videtur eâ interpretatio, vt contra tertium exercere vires suas possit, qui modò causam habeat à paciscente. Mihi tamen hæc traditio suspecta semper visa est, Nec tantùm in casu propositæ quæstionis, si simpliciter conceptum fuerit pactum executiuum adiuncta clausula constituti, sed etiam si poneres inter debitorem & creditorem nominatim ac specialiter conuenisse, vt pactum prodesse creditori quandocunque posset contra singularem quoque successorem. Neque enim hoc ex numero eorum est quæ à contrahentium voluntate pendeant, vt possint contrahentes aliis æquè ac sibi ipsis legem dicere, sed ex sola iuris ratione æstimandum est an possit creditor propria authoritate recuperare possessionem inuito & contradicente tertio possessore, qui eam possessionem bona fide iustóque titulo sibi acquisiuerit: Semper enim facit pro possessore vulgata illa iuris regula iam à nobis allata, quòd Pacta inter alios conuenta sicut prodesse aliis non possunt, ita neque debeant nocere, *d. §. pacta quæ turpem l. si vnus 27. D. de pact.* vt nec aliud quicquam quod inter alios vel actum sit vel iudicatum, *l. 1. & tot. tit. C. int. alios act. vel iudicat. aliis non nocer.* Alioqui si sufficiat voluntas & consensus paciscentium, æquè dicendum erit, ad auferendam tertio possessori exceptionem non factæ discussionis, posse sufficere, quòd inter debitorem & creditorem conuenerit, vt non cogatur creditor excussionem facere, nec si res obligata peruenit in manus tertij cuiuslibet possessoris. Qua clausula & præcautione olim creditores & notarij frequentissimè vtebantur, priusquam alius ille error quem in præcedentibus refutauimus, de constituti clausula inualuisset, Postea tamen compertum est, multorúmque iudicatorum authoritate stabilitum minorem esse vim & potestatem huius clausulæ, quàm vt effectum illum habere possit summouendæ excussionis, quia cùm exceptionis illius beneficium tertius possessor habeat à constitutione Iustiniani *Nouell 4. De fideiuss.* non autem à debitore, qui rem vendidit aut alio quouis titulo alienauit, Iniquum sanè esset, prorsúsque à iuris ratione alienum ex solo debitoris facto & voluntate adimi possessori exceptionem quam ipsi debitor non dederit, sed sola authoritas iuris, *arg. l. 3. D. de interd. & releg. l. vltim. D. de pact.* Proinde ex eiusdem iuris ratione & authoritate non ex debitoris aut creditoris voluntate ratio petenda est, quæ impediat ne possit tertius possessor iuuare se beneficio non factæ excussionis, Qualis hodie illa esse creditur quam nostri sumunt eu clausula constituti iuncta cum implorato beneficio, *l. vltim. C de acquir. poss.* Similiter itaque dicendum est, etiamsi valeat pactum, quo inter debitorem & creditorem conuenerit, vt possit creditor authoritate propria ingredi possessionem rei obligatæ, non tamen alij nocere id posse quàm debitori, qui nec de alio quàm de se obligando cogitasse videri potest cùm ita pepigit, Finge enim conuenisse expressim vt liceret creditori propria authoritate ingredi possessionem pignorum, etiam quæ in tertium possessorem alienata reperirentur: An non ineptum esset pactum, & apertè vitiosum, quo contrahentes alij quàm sibi ipsis legem dicere voluerunt? Atqui rei suæ legem dicere potuit debitor quam voluit, inquies. Non nego. Sed non tam rei suæ quàm alienæ legem dicit is qui conuentionis potestatem confert in id tempus quo res futura sit aliena, *Scæuola 39. D. de manum testam. l. si ego 9. §. si res. D. de iur. dot. l. cen sicuntur 8. §. si post factum D. de iur. codicill.* Nec rursus obligatio siue naturalis tantùm illa sit, siue ciuilis quæ ex pacto nascitur, rem ipsam afficere potest si aliud nihil interueniat per quod ius reale id est in ipsa re constitui possit, sed tantùm prodest ad rudicandam actionem, aut exceptionem personalem quam certum est non transire in successorem singularem, *d. vlt. D. de contr. empt. d. l. 1. §. si heres ad SC. Trebell. l. ea leg. 3. C. de condict. ob caus. l. si debitor 7. §. 1. vbi notat. D. de distract. pignor.* quamuis placeat nostris post Bart. *ad d. l. creditores num. 18. vers. præterea licet*, Pactum hoc de ingrediendi licentia in pignoris adiectum quod reale non esse fatentur, esse tamen executiuum iuris realis, nihilo magis bona est consequutio quam ex eo infert Bart. *num. 23. ad fin.* vt idcirco transire debeat in singularem

tem successorem, quia semper verum est pactum esse personale, nec proinde executiuum iuris illius realis nisi contra pacifcentem.

ERROR IX.

De potestate pacti personalis in rei propriæ venditione adhibiti, etiam contra tertium possessorem.

NEc simile est quod scriptum legimus *in l. Tertius 9. D. de seru. export.* pactum in venditione serui appositum vt si Romæ moratus esset manum iniicere liceret, ita seruum venditū afficere, vt possit auferri à quolibet possessore & successore etiam singulari. Idenim fit non quia eiusmodi pactum sit aut reale, aut executiuum iuris realis. Est namque personale & executiuum iuris personalis, id est conuentionis in contractu appositæ, sed quia legem illam venditioni dixerat venditor in traditione rei suæ, quam non aliter venditurus fuerat, nec traditurus *l. in traditionib. 44. D de pact. l. vlt. C. de pact. in temp. & vendit.* Nam & hac ipsa ratione motus Vlpianus *in l. venditor 13. in princip. D. commun. præd.* cum venditor fundi Geroniani fundo Botroiano quem retinebat legem dedisset ne contra eum piscatio thynnaria exerceretur: Respondit eleganter. Quamuis mari quod natura omnibus patet seruitus imponi priuata lege non possit, quia tamen bona fides contractus & venditionis legem seruari exposcit, personas possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligari: & tamen nemo dixerit ex sola venditione aut stipulatione nasci vllum ius reale, aut quod sit executiuum iuris realis, nisi quòd conuentio quælibet quantumuis personalis apposita in traditione rei quę alienatur, afficit omnino rem ipsam quæ traditur, tanquam quæ nec aliter tradita fuisse intelligatur, nec proinde ad tertium peruenisse qui scilicet nunc eam non haberet si per priorem venditorem tradita non fuisset: Aut si haberet, posset vtrique eo nomine directa rei vendicatione conueniri, quia nec dominium transtulit prior dominus nisi per traditionem, nec tradidit nisi ea lege. Simile est, quod quamuis non valeat impositio seruitutis quoties nec hominis, nec prædij seruitus est, *l quoties 15 D. de seruit.* Ei tamen fundo quem quis vendat seruitutem imponere potest etiam quæ non sit vtilis, *l. et fundo 19 eod.* quia vt eleganter Labeo subiicit quædam habere & retinere possumus quę nobis vtilia non sint, etiamsi ea acquirere non possemus: nec priuandus est commodæ suæ pactionis venditor, qui rem suam non aliter venditurus aut traditurus fuit, neque verò secus loquitur Vlp *in d. l. venditor*, vt dicat ex huiusmodi pactis ius reale aliquod constitui, aut quod sit executiuum iuris realis, sed quod valdè notandum est personas possidentium aut in eorum ius succedentium obligari, vt intelligamus non nisi personalem esse hanc obligationem quippe quæ ex conuentione solummodo nascitur, sed quam tamen æquum est transire in singularem successorem simul cum re ipsa, non tam quòd rem afficiat, quam quia rei traditionem ab initio affecit, ex qua pendet vniuersum ius dominij quod in ea re possessor habet, ac propter quàm fit ne hodie res ab eo auferri & vindicari possit. At in eo pacto de quo nunc tractamus, quid obsecro simile est? Cùm enim creditor. qui pignus accipit à debitore eum eo conuenit, vt possit quandocunque propria authoritate ingredi possessionem rerum obligatarum, non dicit legem traditioni rei suæ, sed acceptioni potiùs rei alienæ, cum alienam rem necesse sit esse illa quæ ipsi obligatur, & quamuis dicat nullius, non aliter se pecuniam suam fuisse crediturum, non tamen potest eà ratio ius vllum ei tribuere contra tertium possessorem qui scilicet non in pecunia successor est, sed in dominio rei obligatæ, cui legem dicere creditor nec voluit, nec potuit, qui eius dominus nunquam fuit. Atqui dicat aliquis, non tantùm creditor hanc legem dixit, sed etiam debitor, qui & dominus fuit & rem suam tradidit creditori quem ponimus ab eo factum esse possessorem pignorum per clausulam constituti. Sed facilis responsio est adhibitam fuisse à debitore conuentionem illam at non nisi fauore creditoris cuius solius interfuit eam addi, quam omitti potiùs debitoris interfuisset. Porrò in omnibus his quæstionibus constat illud potissimùm inspici oportere cuius gratia lex contractus dicta sit potiùs quam quis dixerit, *d. l. Titius in fin d. l. in traditionibus 44. de pact. d. l vlt. C. de pact. int. empt. & vendit. d. l. venditor. 13. commu. præd. d. l. ei fundo 19. D. de seruit. l. Lucius 40. in fi. D. de fideic. libert.* Addo, quod nec Bartolus ignorauit, hoe pactum quo datur licentia creditori ingrediendi possessionem pignorum propria authoritate nullius esse momēti nulliúsque vtilitatis inter creditorem & debitorem, quoties adest clausula constituti. Quia eum per eam clausulam omnis possessio & naturalis & ciuilis acquiratur creditori, sola corporali manente penes debitorem, nullo indiget pacto creditor, vt eam corporalem ingredi propria authoritate possit, sufficiente scilicet in eam tem vi & potestate constituti, nisi forte quis dicat posse conuentionem esse vtilem, vel ad hoc saltem vt dubitationi nullus locus relinquatur, an possit creditor propria authoritate occupare corporalem possessionem, de qno interpretes nonnulli dubitarunt. Non enim frustra videntur addi quæ gratia tollendæ dubitationis adduntur *l. qui mutua 56. D. mandat. l. 4. in fin. D. de vulg. & pupil. subst.* Sed leuior ea dubitatio est quàm vt huiusmodi conuentionem ideò adhiberi sit necesse, cum per eam nihil iuris acquiri certum sit constitutario creditori: Tractamus autem de conuentione, per quàm ius aliquod acquiri ponendum est, cùm de hoe ipso quæramus, an ius ex tali conuentione quæsitum transeat in singularem successorem. Nam nec Bart. aliter vult hoc ius pacti executiui transire contra singularem successorem quam si iam sit in esse productum, vt ipse loquitur: Adeóque requiri hoc quoque casu præcedentem liquidationem debiti, aut saltem declarationem aliquam iudicis, ac multò melius quam Baldus qui scribit nullam requiri, *ad l. 2. quæst. 10. de seruit. & aqua.* Porro si aduersus debitorem ipsum inutilis ea conuentio est creditori, quantò magis debet esse inutilis aduersus extraneum possessorem? Illa namque Bartoli argumentatio an non planè præpostera & inepta est, vt pactum hoc quod fateur ille esse contra debitorem inutile, tantò magis debeat contra tertium possessorem prodesse creditori? An non ita fieret vt plus iuris nancisceretur creditor contra tertium ex persona debitoris, quam aduersus debitorem ipsum habuisset? Dices fortasse, Imo posse vtilem esse contra debitorem, si fortè velit ille interuertere possessionem creditoris sibi, & incipere suo nomine possidere rem quam prius constituerat creditoris nomine possidere. Verum eùm per eiusmodi interuersionem possessio amittatur, etiam quæ non sit ab alio adhuc occupata, ideóque comparatum sit beneficium, *l. vlt. C de acquir. poss* ad eam recuperandam, Nemo non videt pactum quo licentia creditori data est ingrediendi possessionem propria authoritate ad eum casum non pertinere quo possessio sit

cocuperanda, sed ad eum dont-xat quo sit adipiscenda, *d.l.creditores, d.l pen Cod.de pignorat.act. l. locis actione 6. C. solut. matrim l.1. D.quod legat.* Ingredi namque possessionem eius est qui nec possideat, nec adhuc possidet, non eius qui vel possideat, vel possidere iam desierit, cum recuperatio possessionis præsupponat occupationem præcedentem. Nec sane ius recuperandi possessionem propria authoritate potest dici ortum, nec in actu oriendi, nec spe saltem spe ex causa de præsenti, vt nostri loquuntur, antequàm possessio sit amissa. Proinde nec competere potest creditori ex pacto ingrediendi, multo minus transire contra singularem successorem, Ex not per Bart. *in d l.creditores, & in l. qui Romæ 122. §. duo fratres, quæst.6. De verb.obligat.* Et quemadmodum dicimus hoc sermone *dum nupta erit* primas nuptias significari non secundas, *l. boues 89 § hoc sermone. De verb. signific.* Ita & dicendum est huiusmodi pacto id actum esse, vt possessionem occupare propria authoritate possit creditor quam nondum occupauerit, non etiam vt si occupatam amiserit iterum possit eam ingredi propria authoritate, sine quod vix possit amitti iam quæsita possessio nisi aliqua vel negligentia vel timiditas interueniat possessoris, *l si de eo 40. §. 1. l. clam possidere 6. § qui ad nundinas, iunct. l. seq. D. de acquir.poss* Siue quod maius sit periculum rixæ. & tumultus in recuperanda possessione iam amissa, quam in occupanda: unde primum ea, quæ nondum fuerit acquisita propter quam causam solent remedia possessionis recuperandæ tanto fauorabiliora esse cæteris, quia sunt magis necessaria Nam nec is qui per vim deiectus est, spoliatorem violentum propria authoritate expellere potest nisi incontinenti, non etiam ex interuallo, quamuis nulla etiam resistentia proponatur, *l. 3. §. cum agitur. D. vnde vi & de vi armat.* Quod ergo iuris executio & auxilium non potest tribuere vero ac iusto possessori quomodo tribuere potuerit executio pacti inter alios conuenti? Nam si non alia ratione voluit nostri maiorem esse potestatem pacti executiui constituto adiuncti quàm quia per constitutum creditor iam sit factus possessor, quis ferat permitti creditori vi plus sibi iuris adroget ex pacto inito cum debitore quàm ex constituto? Denique augetur potestas pacti executiui per constitutum, At non similiter potestas constituti per pactum, nisi in præiudicium paciscentis. Potest creditor authoritate propria occupare possessionem corporalem si iam nactus sit naturalem & ciuilem per clausulam constituti, neque in eam rem indiget auxilio pacti executiui, etiamsi debitor resistat, dummodo tantum verbo resistat non etiam facto, vt Bart. & alij tradunt, *ad d. l.creditores*, aut dummodò incontinenti vtatur iure executiuo quod ei authoritate legis conceditur ex *d.l.cum fundum & d.l 3 §.cum igitur D. vnde vi & de vi armat.* Nam & qui ciuilem tantùm habet pura quæsitum per precarium non, quod effectu idem est, per eo fiturio eu precarij, potest eum qui naturalem clandestinam solam habet etiam verbo resistentem propria authoritate expellere, vt iidem nostri notant, *ad d. l clam possidere 6. § qui ad nundinas. D.de acquir.poss.* vbi Rom. & Raph. Gloss. *in § retinendæ. Inst.de interd. & in l. 1. C vnde vi. & in l. 1. §. interdi. 3um*, vbi latè Bart. D.... poss. Sed si inueniat creditor debitorem facto resistentem, non potest ex solo constituto corporalem occupare propria authoritate: alinqui vim faceret decernetur, quia constitutum porgat quidem vitium clandestinitatis sed non apertæ violentiæ: esset que in eam rem necessarium ei auxilium pacti executiui, quo interueniente posset vtique debitorem etiam de facto resistentem expellere & possessionem authoritate propria occupare, quia tunc non tam vim facere & iniuriam comminisci quàm ius suum exequi diceretur: etsi multò ciuilius & melius faceret si per iudicem exequeretur, *d. l. credere*, nisi quod electa semel iudicij via non posset impunè postea ad conuentionis executionem redire, non quasi amissa per metum possessione, vt Baldus putabat, merito à cæteris in eo reprehensus *ad d. § qui ad nundinas* (nec enim timiditati sed modestiæ potius & ciuilitatis adscribendum est si quis per iudicem malit quam per seipsum iure suo vti, *d l.creditores*) sed quoniam eligendo iudicem aliam sibi viam præclusit, satisque est patere illi eam quam elegerit, ne alioqui non tam aduersarium quam iudicem contemnere videatur cuius spretum impunitum manere nunquam oportet.

ERROR X.

De potestate pacti executiui, siue contra ipsum debitorem agatur, siue contra tertium possessorem.

AT si creditori res sit, non cum debitore, sed cum alio tertio possessore, etiam qui à debitore ius habeat, potest quidem suam possessionem, quam per clausulam constituti nactus est tueri & corporalem occupare propria authoritate quamdiu suam non amisit, et iam ignorante possessore citra vitium clandestinitatis, quia sola possessionis occupatio ignorante ipso per alium facta non priuat eum sua possessione quousque vel reuersus non admittatur, vel à die quo sciuit occupatam neglexerit eam ingredi & retinere, si vera nostri notant ad *d.l. vlt. C. de acquir. poss & ad l. si de eo 40. §. si forte, D. eo.* Alex. *in l. peregrè 44 § quibus ver. ingressus eod ex l clam possidere §. qui ad nundinas, & l si id quod § si l.si colonus eo tit.* Sed hoc ita demum si tertius ille possessor, neque verbo, neque facto resistat si qua enim siue realis, siue etiam verbalis tantùm resistentia interueniat nihil potest creditor facere citra vim, etiamsi non tantùm per clausulam constituti, sed etiam per pactum executiuum cum debitore conuentum sibi prospexerit, quoniam eius pacti potestas nulla esse potest contra tertium possessorem qui pactos non fuit, quique non tam à debitore quàm ex facto suo & à lege habet ius tuendæ sui possessionis præsertim quam nactus sic iusto titulo & bona fide. Estque hoc casu necessaria crediturі cuius possessio fuit interuersa imploratio Constitutionis Iustiniani *in d. l. vlt.* ad auocandam possessionem quam certè negari non potest fuisse amissam, ex quo fuit & à constituente interuersa, & ab alio occupata, imò prius etiam quam fuerit occupata, *d l. si de eo, §. 1. in fi. & d. l. peregrè 44. §. vlt.* Propter quod necessaria fuit ea constitutio Iustiniani si tamen potest illa ad hunc quoque casum porrigi quod nos tam sæpe in præcedentib. negauimus. Nihilne igitur pactum executiuum proderit creditori contra tertium possessorem etiamsi iuoctum sit cum clausula constituti? Nihil penitus Multo minus verò, si possessio, quæ per constitutum acquisita fuerat, quomodo amissa proponatur. Nam quod ius habet creditor constitutarius hoc casu, vt possit eam propria authoritate recuperare dummodo id faciat in continenti, non ex interuallo, hoc habet à iure non à pacto, & habet tanquam alius possessor quilibet, *d l. 3. cum igitur. D. de vi & vi armat.* quia scilicet factus est possessor per constitutum. Vt verò ex interuallo eam recuperet authoritate propria expellendo inuasorem, non magis à iure, quam à pacto habet, quia nec debitor ipse si possessor mansisset id iuris haberet contra spoliatorem. Ex quo fit, tanto manifestius nihil iuris posse ex pacto executiuo acquiri

acquiri contra tertium possessorem, quin hoc ipso eueniat quod fuerit perabsurdum, vt plus iuris creditor paciscendo cum debitore acquirat sibi ex voluntate debitoris, quàm habiturus fuerat debitor ipse, si cum creditore non contraxisset. Quodnam enim aliud auxilium habere potuisset debitor aduersus possessionis suæ turbatorem & inuasorem quemlibet, nisi quod habent possessores omnes siue turbati, siue spoliati? At contra debitorem ipsum prodest adiectio pacti executiui, siue cum clausula constituti coniunctum sit, siue separatim & per se sumptum, hactenus scilicet vt possit creditor debitorem qui non tantum verbo, sed etiam facto resistat propria authoritate expellere, quod ex sola potestate clausulæ constituti facere non posset, at non etiam vt per vim alio modo interuersam à debitore possessionem possit ex interuallo propria authoritate repetere: quoniam pactum illud ad possessionis adipiscendæ tantum non ad recuperandæ causam pertinet, vt diximus in præcedentibus, & quemadmodum pactum cum alio factum alij neque prodesse, neque nocere potest, ita neque quod de vna re factum est ad aliam extendi debet, *d.l. si vnus 27 §. pacta quæ turpem in fi. D. de pact.* Alia autem res est possessio adipiscenda, alia vero recuperanda. Sicut alia sunt interdicta adipiscendæ, alia recuperandæ possessionis, *l. 1. D. de interd.* Sed hæc de pacto executiuo nunc dixisse sufficiat. Reliqua in alium locum reseruemus.

ANTONII FABRI IC.

Decas Quinquagesimaoctaua.

ERROR PRIMVS.

De Saluiano interdicto contra extraneum possessorem, & quod vi aut clam.

Magnum remedium ab Interpretibus nostris excogitatum & inductum est aduersus incommoda actionis hypothecariæ, quam alioqui exercere creditores cogerentur contra tertios pignorum possessores. Nam cùm ea sit conditio hypothecariæ seu quasi Seruianæ actionis, vt quisquis eam proponit ante omnia probare debeat rem datam pignori fuisse in bonis debitoris, vel eo præcisè tempore quo dabatur res pignori si specialis conuentio fuit, *l. ante omnia 23. D. de probat.* vel aliquo saltem post conuentionem die si bona debitoris generaliter obligata fuerint præsentia & futura, *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur, D. de pignorat.* aut omnia simpliciter & indistinctè post Iustiniani Constitutionem *in l. vlt. C. quares pign. oblig. poss.* Plerumque accidit, vt creditor succumbat defectu probationis dominij, quæ persæpe imò semper difficillima est *§. commodum Inst. de interd.* Etsi enim minùs plenæ probationes in hoc iudicio exigi solent, quàm si directa rei vindicatione ageretur, quia in directa rei vindicatione principaliter de dominio agitur, in hypothecaria verò non nisi incidenter. Illud tamen constat, non sufficere vt qui agit hypothecaria probet debitorem qui pignus dedit fuisse possessorem, sed illud etiam omnino requiri, vt probet fuisse illum dominum si non directum, saltem vtilem, vt interpretes & Pragmatici loquuntur, quod multò plus est quàm fuisse possessorem, cum ex sola fructuum perceptione quam quis suo nomine fecerit, probetur optimè ac concludenter possessio, at non etiam dominium, neque vtile, neque directum: nisi probetur is qui fructus percepit fecisse animo domini, & pro domino habitus fuisse, vt notant nostri ad *l. Titia 48. D. de solut. & ad l. cum res, & l. siue possidetis, C. de probat.* Ob eam nimirum causam placet Interpretibus nostris longè commodius esse creditori pignora sua contra tertios possessores persequenti, vt agat vtili Saluiano interdicto, per quod futurum sit vt tantundem consequatur, quantum si quasi Seruianam exerceret, id est, vt noceat possessionem penes aduersarium constitutam, qui vnus effectus est actionis hypothecariæ, *l. si cum vendiior 66. in princip. D. de euict. l. si debitor 10. in fin. D. de pigner.* Nec tam quicquam aliud probandum habeat præter debitoris possessionem, quandoquidem in Saluiano interdicto, sicut cæteris omnibus de sola possessione, & quidem adipiscenda quæritur, non etiam de dominio, *§. interdictum quoque Inst. de interdict.* Ac quoniam non possunt negare Interpretes quod apertissimè, ac verbis disertis scriptum est, *in l. 1. C. de precar. & Saluian. interdict.* Saluianum hoc interdictum dari tantummodò contra conductorem fundi rustici de mobilibus in fundum illatis de quibus conuenit expressim vt pignori essent pro mercedibus, & pensionibus conductionis, non etiam contra tertium possessorem, præsertim verò bonorum ex alia quàm conductionis causa obligatorum: Fatentur inutile quidem esse in hanc rem interdictum Saluianum directum, eámque volunt esse sententiam, *d.l. 1.* Sed confugiunt ad Saluianum vtile, de quo *in l. 1. in princ. & §. 1. D. eod.* eiúsque præcipuam vtilitatem hanc esse actitant, vt etiam contra tertium quemlibet pignoris possessorem de quacumque re, ac pro quouis debito exerceri possit: Nec ab hac sententia & interpretatione quam Accursius Bartolus cæterique omnes interpretes inuexerunt, dissentit Cuiacius *lib. 5. Obseru. c. 14.* cùm meliorem aliam & expeditiorem nullam rationem inueniret conciliandi Iuliani *in d.l. 1. in princ. & §. 1. ff. de Saluian. interdict. cum Imper in l. 1. C. eod.* Quamquam autem nondum ad pragmaticos nostros huius sententiæ praxis peruenit, quibus ferè incognitum & inauditum est Saluiani interdicti nomen si peritiores excipias qui iuris nostri cognitionem eam habent quam ex Bartolo hauserunt, frequentissima tamen est apud Doctores & pragmaticos Italos, apud quos vix vllus fermè vsus hodie est actionis hypothecariæ, nisi si quando vel creditor, vel creditoris Aduocatus aliquis tam imperitus est, vt quasi Seruianam eligere malit, quàm interdictum. Nec sanè immeritò, cùm interdicti remedium hoc commodum habeat, vt dixi, quod leuiores & faciliores exigit probationes, itémque quod nullas patitur exceptiones quæ ad dominij iurisque causam pertineant, quæ omnia diuersa sunt in actione hypothecaria,

-tatis, propterea quòd de iure pignoris proponitur habetque impleritam saltem incidentet dominij quæstionem. Ego verò, quod cum bona tot tamtorumque virorum venia dictum velim, totum hoc ios ab interpret i us nostris i..uectum errore magis quàm nisis ratione aliqua receptum esse semper existimaui. Quam in sententiam mouet me primum ac maximè quod scriptum est *in d. l. 1. C. de precar.* Si locatore non remittente pignus conductori ea, quæ locatori obligata erant vendiderit, ius esse integrum locatori ea persequi, non interdicto Saluiano (id enim tantummodò, inquit lex, aduersus conductorem debitorémque competit) sed Seruiana actione, vel eam quæ ad exemplum illius instituitur vtilem aduersus emptorem exercendam esse, id est, quasi Seruianam. Quibus verbis quid obsecro, scribi potuit, aut quid fingi possit apertius? Nam quod Accursius, Bartolus & alij omnes ad Cuiacium vsque respondent, intelligendum esse Gordianum de interdicto Saluiano directo non de vtili, prorsus improbabile est, non ob id tantùm quod solent Imperatores omnes in rescriptis suis de vi & effectu rei respondere, non vt plerumque luteconsulti de ratione & subtilitate iuris, ideóque vtilem actionem apertis verbis accommodare si quando æquitas ita suadeat deficiente directa, vt *in l. 1. C. de oblig. & act. l. postquam 7. & seq. de her. vel act. vend. l. pater 7. C. de pact. conu. tam sup. dot. & alibi pass.* Nempe quia effectu ipso nihil interest an quis actione directa conueniatur, an vtili, cùm vtraque sit eiusdem potestatis, *l. actio 47. D. de negot. gest.* Verùm etiam quia cùm eo ipso responso tractet Imperator de vi si quoque Seruiana quæ ad exemplum directæ instituitur, quidni etiam vtilis Saluiani meminisset, si perinde illud competeret, atque vtilis Seruiana. Præsertim verò cùm is qui Imperatorem consulebat, de Saluiano interdicto quæreret, non de Seruiana actione? Secundò mouet me, quòd interdicta omnia etiam illa quæ in rem concepta videntur si verborum figuram inspicias, vi tamen ipsa personalia sunt, *l. 1. §. pen. D. de interd.* Quomodo igitur aut quo iure fieri potest, vt contra eum dentur qui neque contraxerit, vel quasi, neque deliquerit vel quasi? *l. cùm a te 7. l. si vi me deieceris 15. D. vnde vi & de vi arm. l. 4. §. si tu me vi. D. de vsurp. & vsucap.*

ERROR II.

De interdicto, Quod vi aut clam contra tertium dando, & de formula interdicti Saluiani.

NEc obstat quod etiam possessor operis quod vi aut clam factum est, tenetur ex interdicto illo, *Quod vi aut clam,* adeóque tametsi eo inuito alius fecerit, nimirum hactenus vt quia possidet nec fecit, patientiam saltem præstare debeat, *l. si alius 7. in princ. l. competit. 16. in fi. D. illo tit. quod vi aut clam.* Id enim fit ex necessariam consequentiam interdicti, quod competit aduersus eum ipsum qui aut vi aut clam fecit, quem constat teneri potestate interdicti ad hoc vt & patientiam & impensam tollendi operis præstet cùm opus ipsum possidet: Tum verò quoque cùm non possidet impensam: Atqui frustra conueniretur & condemnaretur ad impensam illam tollendi operis præstandam, si non cogeretur possessor præstare tollendi eius patientiam: nulla enim est impensa necessaria in tollendo eo opere quod tolli nullomodo potest, neque recusare possessor potest quominùs pati oneat clam præstet, etiamsi non teneatur interdicto, neque solus, neque cum eo qui vi aut clam fecit, quia verum est opus vi aut clam factum esse, ideoque restituendum esse etiam in præiudicium possessoris, quoniam id quod vi aut clam factum est, Prætor nunquam ratum habet, *l. si mulier 21. §. 1. D. quod met. caus.* quamuis non à possessore ipso restituendum sit, sed ab eo ipso qui fecit. Verba enim edicti sic habent, *Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur id cùm experiendi potestas est, restituas, l. 1. eod. tit.* vbi additur interdictum illud esse, restitutorium & per hoc esse occursum calliditati eorum, qui vi aut clam quædam moliuntur, iubetur enim ea restituere. Ex quo apparet possessorem operis, quod vi aut clam factum est, non posse interdicto illo teneri ne quidem ad patientiam præstandam, si forte contra solum eum agere velit actor, malitque impensam tollendi operis de suo præstare quam in eam rem illum ipsum qui vi aut clam fecit conuenire: nec quod interdicti huius verba exemplo actionis, Quod metus causa in rem scripta sunt, facere potest vt possessor solus interdicto conueniri possit. Non enim ideò minùs personale est interdictum ad operis restitutionem, cùm opus factum restituere alius non debeat, quàm qui vi aut clam fecit, alioqui etiam impensam præstare possessor operis debetet, quod vtique falsum est. In eoque distimilis est ratio actionis Quod metus causa, & interdicti. Quod vi aut clam, quia interdictum datur ad hoc vt opus ipsum restituatur id est tollatur, & in eum statum res reponatur in quo erat priusquam fieret quod sine sumptu & labore fieri non potest: actio autem, Quod metus causa non ad hoc datur vt res omnimodo restituatur, sed vt si non restituetur quadruplum eo nomine præstetur, *l. item si cum 14. §. in hac actione. D. quod met. caus.* Tam enim restituere rem per vim aut metum extortam possessor potest nullo suo sumptu aut incommodo quàm is ipse qui vim fecit aut qui metum intulit, & ideirco nihil absurdi est si æquè per arbitrariam conueniatur, At esset absurdum & iniquum conueniri ex interdicto. Quod vi aut clam ad restitutionem operis eum qui nihil aut vi aut clam fecisset, nimirum propter impensam, & diligentiam quæ in eam rem præstanda est. Et tamen non ferunt supradicta verba interdicti vt ad aliud conueniatur qui ex eo conuenitur, quàm vt opus ipse restituat Ergo quemadmodum fatendum est, possessorem operis, quod vi aut clam factum est non posse cogi, ad operis restitutionem quod alius fecerit eo siue inuito, siue ignorante, ita sit consequens interdicto teneri eum nullomodo posse, nisi hactenus vt conuento & condemnato eo qui vi aut clam fecit, non possit ipse recusare quominùs patientiam præstet vt alieno sumptu & labore opus tollatur, quod sanè extra causam interdicti est, & ad executionem sententiæ ex interdicto contra eum qui fecit, redditæ, pertinet potius quàm ad ius proponendi interdicti. Nam & priùs est vt is ipse qui vi aut clam fecit, condemnetur ad restitutionem & ad impensam tollendi operis, quàm vt de eo quæri oporteat, An patientiam præstare debeat possessor qui nihil fecit. Multò minus igitur ferendum erit vt Saluiano interdicto tertius possessor conueniatur, cùm interdictum Quod vi aut clam si quod vllum aliud maximè in rem scriptum sit, *l. 5. §. vlt. D. quod vi aut clam.* quod de Saluiano interdicto nusquam simíliter proditum est, tametsi omnes interpretes vt errori suo colorem quærant, id ipsum sibi fingant, & comminiscatur. Sanè siue ponas interdicti formulam eam fuisse quam Eguinarius Baro præscripsit *ad §. adispiscendæ Inst. de interd. & lib. 6. Manual. tit. 33.* siue quam Franciscus Hotomanus excogitauit, nihil omnino est in verbis formulæ

mulæ propter quod videri possit interdictum in conceptum. Sic enim Baro cócepit *Quod in fundum Lucij Titij pignoris nomine induxisti, intulisti, aut creditori obligasti, qua de re agitur quominus id ei apprehendere liceat, vim fieri veto.* Hotomanus verò in hunc modum, *Quod tu illi mercedis causa oppignorasti qua de re agitur, id illi restituas.* Nec aliod sonabût etiam verba edicti si cum eodem Barone sic ea concipias: *Si quis in fundum conductum quid induxerit, intulerit, aut creditori obligauerit pignoris nomine eius adprehendendi gratia locatori creditorive in eum interdictum dabo.* Etsi neque edicti, neque interdicti formulæ istæ mihi placeant. In quibus scilicet prætermissa est mentio pacti de obligandis rebus coloni, quæ tamen minimè omnium prætermitti debuit ad exprimendam vim Saluiani interdicti: Quod Iustinianus noster sic explicat, *in dict. §. interdictum quoque*, vt dicat eo interdicto vti dominium fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignoris futuras pepigisset: Ita ostendeos apertissimè quod tamen nemo videtur obseruare Saluianum interdictum non tam ex iure pignoris per pactum contracto proficisci, quàm ex pacto ipso de dádo pignóre, vt quamuis reuera vinculum pignoris nullum contractum sit in rebus quas colonus in fundum conductum induxerit, & inuexerit, puta quòd fuerint alienæ, aut qua alia de causa obligari prohibitæ, non eo minùs tamen interdictum earum nomine competat ex sola potestate pacti. Quæ prima & præcipua differentia est inter Seruianam actionem, & interdictum Saluianû. Seruiana enim actio datur locatori de rebus coloni, quę pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur, vt idem Iustinianus scribit *in §. item Seruiana Inst. de action.* Saluianum verò interdictum non de iis tantùm quæ tenentur, iure ac vinculo pignoris, sed de iis etiam quæ nec tenentur, nec teneri possunt, dummodò pactum interuenerit vt pignori forent. Itaque qui agit Saluiano interdicto, non dicit res illas de quibus agit esse sibi reuera, siue expresse, siue tacitè obligatas, sed hoc tantùm contendit, conuenisse pacto inter se & conductorem vt pignori obligatæ essent. Proinde non sufficiet, quòd res illæ in fundum conductum illatæ & inductæ sint si non etiam illud concurrat vt pignoris nomine inductæ sint: At nec illud rursum impediet Saluianû, quod eæ res nullo pignoris vinculo reuera teneantur si modò per pactum conuenerit vt tenerentur, nempe quoniam in Seruiana de iure pignoris agitur, in Saluiano autem non nisi de possessione: ideòque sufficit eas res de quibus agitur possessas fuisse a colono etiamsi dominus earum non fuerit, sed tamen ita possessas fuisse oporteret vt de iis quoque tanquam suis oppignerandis conuenerit. Quis enim tam stultus esset creditor, vt eam rem pignori acciperet, quam sciret esse alienam? Finge igitur, intulisse colonum in fundum à se conductum res sibi commodatas, vel penes se depositas, si intulerit vt essent pignori, & consequenter quasi suas, non ideò quidem erunt pignori, quia cùm sint alienæ obligari à non domino non poterunt, sed tamen competet locatori etiam pro eis Saluianum, quia vt rum eis de iis pactum intercessisse. At si de iis obligandis nihil conuenerit, non ob id solùm earum nomine dabitur Saluianum quod inoectæ & illatæ fuerint, cum neque obligatæ sint, neque pacto vlla interuenerit, vt essent obligatæ. Idemque erit si ponas pepigisse conductorem de bonis suis omnibus quæ in fundum induxisset, obligandis, nam pactum quod ille de rebus suis adhibuerit, ad eas non porrigetur, quæ sunt alienæ, nisi eas alienas esse dissimulauerit, & inuexerit in fundum tanquam suas, & ea mente vt essent pignori. Denique Saluianum interdictum non ad eas omnes coloni pertinet, neque rursum ad eas solas quæ pignoris vinculo teneantur, sed ad omnes illas tantùm de quibus obligandis conuenit per expressam pactionem. Meritò que in hoc notatus à cæteris & reprehensus est Accursius ad *d. §. interd. quoque*, vbi ait tacitam pactionem quæ ex sola illatione colligitur, hoc casu sufficere, nec requiri expressam.

ERROR III.

De interdicto de migrando, & quid probandum habeat, qui aut illo interdicto, aut Saluiano experitur.

Simile est quod Vlpianus noster in interpretatione edicti, *De migrando & in l. 1. §. penult. ill. tit. de migrand.* notandum esse, ait, Prætorem in edicto & interdicto illo non exigere vt res illata in bonis fuerit conductoris, nec vt si pignori, sed hoc tantùm vt pignoris nomine inducta sit, ex quo infert, sine aliena res sit, siue talis quæ alia de causa pignoris nomine teneri non potuerit, si tamen pignoris nomine inducta sit, interdicto illi locum fore: Quod si inducta quidem sit, sed non pignoris nomine, non poterit, inquit retineri à locatore, vt intelligamus retentionem rerum ab inquilino illatarum permissam esse verbis edicti De migrando non tanquam aut expressè aut tacitè obligatarum, sed tanquam earum de quibus conuenerit vt pignori essent. Vnde coniectura capi potest non improbabilis, sicut in ordine ac serie edictorum interdicti Saluiani mentio facta est post interdictum De migrando, ita similibus verbis conceptum fuisse vtrumque edictum, cùm vtrumque sit de rebus conductoris, sed edictum De migrando, De rebus inquilini: Edictum verò de Saluiano interdicto De rebus coloni, illud de rebus illatis in prædium vrbanum: hoc verò de illatis in rusticum. Illud in fauorem & gratiam inquilini, sed ita demùm si vel pensionem soluerit, vel per eum non steterit, quominùs sit locatori satisfactum, ac proinde contra inquilinum vi ipsa si non soluerit: hoc verò contra colonum qui pensionem pro rustico prædio debitam non soluit, nec aliter satisfecit, & cósequenter in gratiam coloni ne inquietetur si soluerit, vtrumque prohibitorium est, sed edictum de migrando ne vis fiat conductori vrbani prædij quominùs liceat ei omnia quæ inuexerat pignora, migrando abducere, si soluerit. Edictum verò de Saluiano interdicto ne vis fiat locatori volenti apprehendere possessionem pignorum in fundum illatorum si pensio non sit soluta. In summa id egit prætor vtroque edicto vt prospiceret locatori prædij, siue vrbani, siue rustici cui mercedis nomine satisfactum non esset. Sed hoc amplius edicto De migrando prospexit etiam inquilino iam liberato aduersus iniuriam locatoris: Eaque fuit præcipua causa edicti, at non æquè per edictum de Saluiano interdicto prospexit conductori & colono aduersus locatorem, ideò fortassè quòd minùs necessarium id videretor, cùm difficilius & rarius accidat, vt colonus à prædio rustico migrare, & quæ in illud inuexerat pignora secum abducere per locatoris iniuriam prohibeatur. Quare non quemadmodum Caius *in l. 2. De migrand.* monet interdictum illud vtile esse inquilino etiam de his rebus quæ non ipsius sunt, sed fortè commodatæ ei, vel locatæ, vel apud eum depositæ, nempe quia inquilini sanè interest, vt non prohibeatur eas quoque res abducere quas domino restituere tenetur, ita etiam possit quis dicere interdictum Saluianum posse vtile esse contra colonum de

de rebus ei commodatis, vel locatis, apud eum depositis, cum non magis de iis obligandis pacisci, quàm eas obligare colonus potuerit, nisi dolo malo dissimulauerit, fingens suas esse: Quo casu iam diximus perinde Saluianum pro iis competere, atque pro cæteris rebus obligatis, cùm pactum generale inter venit de rebus, præsertim quæ in fundum inductæ sint, omnibus obligandis. Cùm igitur ea sit conditio & natura interdicti Saluiani, vt nec aliter competat, quàm si pactũ expressum de pignore interueniat, neque de aliis rebus quàm de quibus obligandis per pactioné expressam actum est, apparet non posse fieri vt aduersus alium detur in hoc interdictum quàm aduersus paciscentem eiusve successores vniuersales, nec vt alius huiusmodi interdicto teneatur, quam cui tale pactum nocere possit: Ne alioqui latiùs pateat effectus, quàm sua causa. Porrò quis nescit pactorum omnium quæ inter alios inita sunt eam esse rationem vt aliis neque nocere debeat neque prodesse? *l. si vnus 27 §. pacta quæ turpem in fin. D. de pact.* Ergo neque Saluianum dari vllomodo potest contra tertium possessorem qui pactus non fuit, neque separandum est interdictum vtile à directo, vt hac parte fit ab interpretibus. Tunc enim hæc distinctio admitti solet, cum edicti verba ex quibus directum æstimatur, ita deficiunt, vt tamen sententia & mens Prætoris non deficiat. Descendit siquidem vtile ex mente & sententia prætoris, quomodo directum ex verbis, sententia verò prætoris deficere non creditur eo demum casu, quo non deficit ratio edicti. Atqui non alia ratio fuit proponendi Saluiani interdicti, quàm quòd æquum videretur conseruari talium locatoribus pacti in rebus coloni, quas pro pensionibus fundi pignori futuras pepigisset. Cessante igitur potestate pacti, quæ cessat haud dubie contra tertium possessorem qui in ius paciscentis vel nullomodo, vel non nisi titulo singulari successerit, potestatem quoque Saluiani totam euanescere necesse est, vt non magis vtili interdicto, quàm directo locus esse possit. Et verò quomodo fieri obsecro potest, vt interdictum hoc in rem concipiatur quod non aliam causam habere possit, quàm pactum, in personam duntaxat non in rem conceptum? Dicat aliquis, Pactum de obligandis rebus coloni in prædium inuectum illatis licet solam paciscentis coloni personam liget, tamen ipsam rem afficere, cùm modo illo pacto ius pignoris in omnibus illis rebus constituatur, *d. §. item Seruiana Inst. de action.* Quid mirum igitur si Saluianum, quod ex eiusmodi pacto proficiscitur, etiam contra quemcunque rerum obligatarum possessorem detur? Verùm iam diximus non dari Saluianum pro rebus coloni obligatis tanquam obligatis, sed tanquam in pactum deductis, vt obligarentur, Alioqui nec de aliis rebus competeret, quàm quæ essent reuera obligatæ, & perinde adigendus esset locator ad eas angustias vt probandum necessariò haberet ius pignoris bene constitutum, & in necessarium antecedens fuisse res illas in dominio, aut saltem in bonis sui debitoris, atque si quasi Seruianam & hypothecariam exerceret. Quæ res auferret ei commodum interdicti, essetque aliena penitus à proposito prætoris qui in edicto & interdicto illo proponendo id egit præcipuè, vt faciliorem redderet locatori pignorum persecutionem, nulla ei alia necessitate iniuncta quàm probatio agenti hypothecaria esset inutilis, si non & possessio & dominium quoque debitoris in rebus pignori datis probaretur. *a. l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur, iunct. l. 1. § cum prædium D. de pignor. l. ante omnia 2 . D. de probat.*

ERROR IV.

De possessione debitoris quam interpretes probari volunt in Saluiano interdicto.

IN eóque rursum videntur mihi valde errasse omnes quotquot vnquam de interdicto isto scripserunt interpretes, quod putant eum, qui Saluiano experitur probandam necessariò habere possessionem conductoris eo tempore quo conuenit de pignore: quemadmodum in hypothecaria probandum vtique habere dominium debitoris. Nam cùm hoc interdictum non sit retinendæ possessionis, sed adipiscendæ, vt toties diximus, quid referre potest an colonus res pignoris nomine illatas possederit tempore conuentionis an non possederit? an non satis est locatori quod possessionem illam colonus habeat eo tempore quo interdictum proponitur, vt eam adipisci locator ipse possit? Ideóque nimirum nec in hypothecaria illud requiritur vt creditor probet eas res quas iure pignoris persequitur fuisse possessas à debitore tùm cùm inter illos conueniebat de pignore, sed sufficit, vt probet dominium, quod sine possessione habere facile debitor potuit, cum qua nihil commune proprietas habet: Estque vno tantùm illo casu necessaria possessionis probatio, quo creditor voluerit fieri exinde possessor pignorum per clausulã constituti, cùm fieri nequeat vt per constitutũ translata sit possessio eius rei quam constituens non possidebat, *vulg. l. quod meo 18. D. de acqu. poss.* Nisi proponas obligata fuisse cum clausula constituti bona omnia præsentia & futura, quo casu sicuti futurorum obligatio tàtè contrahitur, vt ex die acquisitionis pignori obligata censeantur: ita & possessionem ex eodem die in creditorem translatam videri placet. Cur ergo agentem interdicto Saluiano cogemus probare rem fuisse possessam à debitore tùm cùm paciscebatur de pignore, vt conditionem ipsius hac parte duriorem faciamus, quam si hypothecariam exerceret: Sed etsi conductor non possideat tempore propositi interdicti, aut si cùm possideat, neget tamen se possidere, nihilo magis arctandum puto locatorem vt probet conductoris sui possessionem. Non enim id agitur hoc interdicto, vt possessio conductoris transferatur in locatorem, sed hoc tantùm vt possit locator adipisci possessionem, quod nihil aliud est, quàm incipere possidere, nec iubet prætor colono vt locatorem faciat possessorem, sed tantummodò vetat ne vim faciat locatori pignoris possessionem apprehendenti, quod perinde præstare potest conductor qui non possidet, atque is qui adeóque tantò commodiùs quantò minùs eius interest qui non possidet, cùm etsi possideret, hoc ipso tamen negaret se possidere possessionem amitteret in pœnam mendacij, *l. vlt. D. de rei vindic.* Neque ideò verendum est, vt inutile sit locatori interdictum aduersus conductorem ad possessionem adipiscendam, quam conductor ipse non habeat, non solùm quia vacans possessio faciliùs apprehendi potest, vt rei iudicatæ tempore conductor eam rem possideat quam non possederit antea, neque propositi interdicti tempore, neque litis contestatæ, quod sufficit vt tenere possit interdictum, *arg. l. quod si in diem 16. in princip. l. si à domino 36. §. pen. D. de petit. hær. l. si autem 27 §. 1. D. de rei vindic. l. quæsitum. 30. in princip. D de pecul.*

ERROR V.

De differentia interdictorum adipiscendæ possessionis & petitorij etiam quod ad possessionem.

ET in hoc quoque differt valdè interdictum Saluianum ab actione hypothecaria, nec minùs à directa rei vindicatione. Nam neque dominij, neque pignoris vindicatio aduersus alium dari potest quam qui vel adhuc possideat, vel dolo malo desierit possidere, vel se liti obtulerit tanquam possessor cùm non possideret. Hoc enim posteriores tametsi reuera non possideant, pro possessoribus tamen habendos & condemnandos esse placet, *l. qui se liti 45. D. de petit. hæred. l. si qui se ebtulit 25. l. qui petitorie 36. D. de rei vindic. l. si fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* Nimirum, quia per vtramque vindicationem, siue dominij, siue pignoris, id agitur, vt qui possideret restituere iubeatur, & ni restituat quanti actoris interest condemnetur, *l. qui restituere 68 D. de rei vindic.* fieri autem non potest vt rei possessionem restituat, qui eam non habet, *l. officium 6. eodem.* Quod tamen non satis bene ab interpretibus nostris obseruatum viderit, qui solent dicere interdicta adipiscendæ possessionis sapere naturam petitorij, quasi nõ in alio differant, quam quòd in petitorio disputatur dè dominio, in istis verò interdicti de possessione, cùm tamen verum sit differre illa inter se etiam ratione possessionis, adeóque etiam ex parte agentis, quippe qui licèt vtraque via possessionem adipisci & nancisci desideret tamen interdicto contendit de possessione, in petitorio autem iudicio non tam de possessione quàm de domino aut de iure pignoris, vt explicabimus in sequentibus, sed differunt multo magis ex parte rei qui conuenitur, quẽ in petitorio necesse est possessorem esse aut saltem pro possessore haberi: at in interdicto non est necesse. Et ratio differentiæ est, quoniam interdicta adipiscendæ possessionis omnia sunt prohibitoria, & sic concepta Prætor vim fieri vetet ei quem vult posse adipisci possessionem: proinde non ad aliud obligant eum qui conuenitur, quam vti ne vim faciat actori possessionem apprehendenti, quod vt præstare possit, nil necesse est eum possidere. Actio autem petitoria non prohibitionem, sed iussum implorat iudicis, vt is qui conuenitur, eam rem de qua agitur, restituere iubeatur. Supponit igitur habere illum restituendi facultatem ne alioqui agere frustra videatur, vt scriptum est *in l. qui petitorio 36. D de rei vindic.* quam porro habere non aliter potest, quam si rei detentionem habeat corporalem. Dixi *detentionem* non *possessio eius*, quoniam & directa rei vindicatio & hypothecaria contenta est vt qualisqualis possessio, id est etiam illa, quæ magis propriè nuda, & a simina detentio vulgò appellatur, sit penes possessorẽ, si quidem sufficit illa vt qui conuenitur tanquam possessor habet facultatem restituendi, vtque ex eo inducatur arbitrium iudicis ad condemnandum reum in id omne quod interest actoris si res non restituatur, *d. l. officium 9. in fi. eod.* At interdicta siue adipiscendæ possessionis sint, siue retinendæ, siue recuperandæ non nisi ad veram possessionem pertinent, & in iis omnibus id agit prætor, vt eum cui dat interdictum aut faciat, aut retineat verum possessorem. *d. l. officium.* Quæ alia nec contemnenda differentia est inter actione in rem, & interdicta Concludamus ergo Saluianum interdictum, quoniam & adipiscendæ possessionis, & prohibitoriũ est. non exigere vt is contra quem proponitur aut possessor sit eo tempore quo conuenitur, aut fuerit eo tempore, quo de pignore pasciscebatur, & ideò nulla probatione alia onerandum eum qui Saluiano experitur, nisi quod is cum quo experitur conuenirit de pignore: quam conuentionem certum est fieri posse ab illo etiam qui non possideat, sicut & ab eo qui non sit reuera dominus, quamuis non nisi prorsus ineptè abeo qui se dominum esse nõ putet, ne quidẽ per mendacium, quia sicuti solus ille qui vera dominus est, aut qui veri domini voluntatem haber potest ius & vinculum pignoris constituere, ita nec fieri potest vt quisquam paciscatur de pignore, nisi tanquam dominus; non etiam quasi possessor: Nec enim sicut dominij, sic & possessionis necessitas vlla subest ad pignus vtiliter constituendum.

ERROR VI.

De sententia & lectione l. 1 §. 1. de Saluian. interd.

QVod interpretibus & pragmaticis nostris placet posse Saluianum interdictum si non directum saltem vtilè competere locatori etiam contra tertium possessorem, quamquam sine ratione est, & contra verba, *l. 1. C. de precar. & Saluian. interd* vt in superioribus ostendimus, non tamen est sine lege, idipsum enim duobus locis responsum videtur à Saluio Iuliano qui huius interdicti author esse creditor *in princip. & §. illi. tit de Saluian. interd.* Principio legis ait Iulianus, si colonus ancillam in fundum pignoris nomine induxerit, & eam vendiderit, quod apud emptorem ex ea natum est eius apprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportere: quod omnes sic accipiunt, vt interdictum hoc vtile reddendum sit pro partu ancillæ etiam contra emptorem. Quanto magis pro ancilla ipsa competet quam ponimus expressim obligatam fuisse sic enim argumentum Iacob. Menoch. *in remed. 3. adipisc pos. quæst. 7. n. 56.* At *in §. 1.* idem Iulianus scribit apertius, si colonus res aliquas in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita vt vtrique in solidum obligatę essent, singulos aduersus extraneum Saluiano interdicto rectè acturos, Inter ipsos verò si interdictum hoc reddatur, meliorem possidentis conditionem fore. Ex quibus verbis constat apertissimè Saluianum interdictum non aduersus conductorem tantummodo competere locatori, vt disertè scriptum eum *in d. l. 1. C. de precar.* sed etiam contra extraneum possessorem: & inter locatores ipsos si plures esse, ac de earundem rerum oppignoratarum possessione contendere proponantur Ac quamquam non aperit Iulianus an interdictum illud directum censeri debeat, an vtile, adeoque in dubio de directo potius quam de vtili sensisse Iulianum credendum est, Attamen non dubitant interpretes quin de vtili potius accipiendum illud sit, tum quod in præcedente responso expressam vtilis interdicti mentionem Iulianus fecerit: Tum maximè ne alioqui fatendum necessario sit pugnate Iuliani responsum cum rescripto Imperatoris *in d. l. 1. C. de precar.* quarum legum aliter conciliandarum nullam satis bonam rationem esse omnes fatentur. Nos verò probauimus in superioribus interpretationem hanc neque menti Imperatoris, neque rescripti verbis conuenire, nec minus de vtili quàm de directo interdicto Saluiano intellexisse Gordianum, cùm rescripsit, interdictum hoc tantummodo contra conductorem debitorémque dari, Quod sobsentientes quidam ex interpretibus ausi sunt dicere corruptum esse rescriptum Gordiani, totámque illam parenthesim, *id enim tantummodo aduersus conductorem debitorémve competit*, tanquam interlinearem & irreptitiam

irrep.itiam delendam esse, vt & alia nō pauca quæ & imperitorum interpretum glossis in responsa prudentum rescriptáque Imperatorum irrepsisse negari non potest. Ita namque Antoninus Tessaurus Decis. Pedemont. Ne tamen istis succenseam illud facit quod non possum mihi persuadere, aut Imperatorem à Iuliano in quæstione ista dissensisse, aut Iulianum tantæ authoritatis & eruditionis virum, siue author interdicti fuerit, siue non fuerit, ius illud ignorasse quod Imperator non sine moltorum prudentum consilio habuerit pro certo & explorato. Neque tamen possum probare, quod iidem volunt, sic emendandum textum Codicis vt totam illam parenthesim doleamus, qua etiam deleta, illud tamen verum remanebit quod in eadem lege scriptum suparest, si locatore non remittente pignus, id est non expressim consentiente conductor ea quæ locatori obnoxia sunt, vendiderit, totegrom quidem ius esse locatori ea persequi at non interdicto Saluiano, sed actione Seruiana, vel etiam vtili, id est quasi Seruiana & hypothecaria. Quid enim aliud affirmamus, nisi hoc ipsum quod lex ait, Salniano interdicto contra extraneum emptorem locum non esse? Quod si ad declinandam obiectionem, confugias ad illam distinctionem Saluiani directi & vtilis quam nos improbamus, quid ergo attinet parenthesim delere, quam tamensi retineas, perinde possis ac præcedentia legis verba de vtili interdicto interpretari, vt faciunt cæteri qui nihil emendant. Taceo quod ratio ipsa iuris quæ primùm inquirenda semper, tenendáque est, eoinen necessariò verum esse quod isti tanquam falsum delent, Saluianum interdictum tantummodo aduersus conductorem debitorémve dari, cum nascatur interdictum ex sola pacti potestate: pactum autem non alij nocere possit aut debeat, quàm ipsi paciscenti. Ergo emendandus omnimodo est textus Iuliani *in d. l.* 1. § 1. & ad Seruianam actionem non ad Saluianum interdictum accommodandus. Quod vt sentiam præter ea quæ iam dixi, me illud etiam valde mouet, quod illam ipsam speciem quam Iulianus tractat *in d. §.* 1. tractatam video ab Vlpiano *in l. si debitor* 10. *D. de pignor.* iisdem penè verbis, eodem sanè sensu, nolla tamen Saluini interdicti, sed tantùm Seruianæ actionis facta mentione, de cuius legis sententia nunc videamus.

ERROR VII.

De sententia & ratione l. si debitor 10. D. de pignor.

SI debitor, inquit Vlpianus res suas duobus simul pignori obligauerit, ita vt vtrique in solidum obligatæ essent, singuli in solidum aduersus extraneos Seruiana vtentur. Inter ipsos autem si quæstio moueatur, possidentis meliorem conditionem esse: dabitur enim possidenti hæc exceptio, *si non conuenit vt eadem res, mihi quoque pignori esset.* Si autem id actum fuerit, vt pro partibus res obligarentur, vtilem actionem competere, & inter ipsos & aduersus extraneos per quam dimidiæ partis possessionem singuli apprehendant. Quæ posterior pars sententiæ Vlpiani nec à Iuliano prætermissa est *in d. l.* 1. §. 1. vbi additur, At si id actum fuerit vt pro partibus res obligaretur, vtilis actio & aduersus extraneos, & inter ipsos reddi debebit per quam dimidias partes possessionis singuli apprehendent. Cùm verò Iulianus anterior & antiquior fuerit Vlpiano non minùs tempore quam authoritate, dubitandum non est quin Vlpianus sententiam suam à Iuliano mutuatus sit, non Iulianus ab Vlpiano, nec proinde quin idipsum scripserit Iulianus *in d. l.* 1 §. 1. *de Saluian. interd.* quod ex Vlpiano scriptum legimus *in d. l. si debitor.* Atqui Vlpianus apertè loquitur de Seruiana actione tantùm, Iulianus vero non nisi de Seruiano interdicto: ergo [illegible] necessariò emendandum est vel apud Vlpianum, vel apud Iulianum. Non apud Vlpianum, quia nemo dubitat quin verissimum illud sit quod ait Vlpianus de actione Seruiana, Competere illam singulis creditoribus & in solidum, & aduersus extraneos, quoties debitor res suas simul pignori obligauit, ita vt essent vtrique in solidum obligatæ: At non æque certum est quod de Saluiano interdicto scriptum legimus ex Iuliano *in d. l.* 1. §. 1. Hoc enim illud est de quo nunc disputamus. Emendandus ergo est Iulianus potiùs quàm Vlpianus, præsertim cùm Vlpiani sententiæ neque ratio, neque aliud vllus iuris locus obstet, Iuliani autem dicto repugnet manifestissimè rescriptum Imp. Gordiani *in d. l.* 1. *C. de precar.* Addo quod ex eodem ipso contextu Iuliani, appatet tractasse illum in ea specie de actione Seruiana, Cùm quòd ille ait vtilem actionem & aduersus extraneos. & inter ipsos dari debere per quam dimidias partes possessionis singuli apprehendant, si actum id fuerit, vt pro partibus singuli obligarentur, non de alia possit accipi quam de quasi Seruiana & hypothecaria, quomodo ferè omnes vulgò interpretantur. De qua enim alia intelligeretur? An fortè de vtili Saluiano? Minimè gentium. Interdictum namque vtile illud dicitur, non vtilis actio: Nec vnquam interdicti & actionis nomina sicuti nec iota confunduntur, quamuis placeat actionis verbo generaliter sumpto etiam interdicta contineri, *l. actionis* 37. *D. de oblig. & act.* idque hodie multò probabilius quàm olim post substitutas in locum interdictorum extraordinarias & vtiles actiones *§. vlt. Inst. de interd.* Et verò ita esse apparet euidentiùs ex eo quod Vlpianus *in d. l. si debitor* iisdem plane verbis vtitur, & de vtili quoque actione loquitur, cùm tamen in præcedentibus non de Saluiano interdicto, sed de Seruiana tantùm actione locutus fuisset. Neque enim dubitandum est quin vtilem actionem Vlpianus eo loco intelligat illam quæ opponatur directæ de qua prius fuerat locutus. Ergo quemadmodum præcedens mentio Seruianæ apud Vlpianum cogit nos vt quod ait de vtili actione interpretemur de vtili Seruiana, ita è contrario subiecta mentio vtilis actionis apud Iulianum, quæ non de alia possit intelligi, quam de vtili Seruiana, facere debet, vt in præcedentibus credendum sit Iulianum, neque de Saluiano interdicto neque de alia actione locutum esse quàm de Seruiana. Alioquin si dicamus in priore illa Iuliani specie cum colonus res suas in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita vt vtrique in solidum obligatæ essent, tale ius esse, vt Saluianum interdictum, siue directum, siue vtile debeat competere locatori etiam contra extraneum emptorem, itémque actio Seruiana si eam proponere locator malit, quidni etiam dicemus in posteriore casu Iuliani, quo non directa Seruiana, sed vtilis tantùm, & quasi Seruiana possit competere, æquè interdictum Saluianum vtile competiturum? An fortè difficilius est vt vtile Saluianum competat, quàm vt vtilis Seruiana? An non è diuerso facilius est vt interdicta dentur, quæ sunt de sola possessione, quàm vt actiones quæ sunt de iure litigatorum, & dominij aut pignoris quæstionem implicitam habent? Quare nec dissimulare potest Cuiacius, *lib.* 5. *obser cap.* 24 quin agnoscat aut suspicetur manum Triboniani *in d. l.* 1. §. 1 *de Saluian. interd.* quasi Iulianus quidem scripsisset in priore specie & Seruianam actionem competere, & interdictum Saluianum: Tribonianus verò Seruianæ mentionem sustulerit, Saluiani retinuerit, cum legem eam poneret, *sub tit. de Saluiano interdicto.*

Sed

Sed cùm fateatur Cuiacius residere adhuc apud Iulianum Seruianæ actionis mentionem, qui credat circumscriptum à Triboniano nomen Seruianæ actionis directæ, vtilis verò relictum? Sed me illud magis mouet, quod iam ostendi rationem iuris non pati vt Saluianum interdictum, siue directum, siue vtile, aliáve vlla actio quàm Seruiana competat locatori aduersus extraneum possessorem. Nec magis illo casu quo conuenit vt res in fundum communem inductæ vtrique domino essent obligatæ, quàm eo quo conuenisset vt singulis pro partibus obligarentur. Neque verò credibile est prætermissurum fuisse Vlpianum mentionem Saluiani interdicti cùm Iuliani sententiam licèt suppresso ipsius nomine referret, si de Saluiano quoque in ea specie reddendo Iulianus aliquid scripsisset. Potuit sanè Tribonianus, & debuit generaliorem facere sententiam Vlpiani *in d.l. si debitor* posita, *sub tit. De pignor.* quam fuisset Iuliani *in d.l. 1. §. 1. de Saluian. interd.* vt suis titulis leges conuenirent, ob eamque caussam ad debitorem quemlibet accomodare, quod Iulianus scripserat de colono: Latius enim patet nomen debitoris quàm eius, qui tantum ex conductionis causa debitor est, *l. creditores 10. cum duab. seq. De verb. signific.* Sed non debuerat ea res facere, vt apud Vlpianum delenda esset mentio Saluiani interdicti, cùm appellatione debitoris de quo Vlpianus tractabat colonus etiam contineretur, magnaque sit vtilitas Saluiani eo quoque casu, quo Seruiana siue directa, siue vtilis exerceri possit. Fateor non posse dubitari, aut tractari de Saluiano, siue directo, siue vtili an competat, nisi cùm agitur de rebus coloni, aut à colono pro fundi mercede obligatis, vt in sequentibus manifestiùs ostendemus. Sed hoc contendo, cum Vlpianus *in d. l. si debitor*, tractans generaliter de quolibet debitore tractaret etiam de colono, non debuisse apud Vlpianum tolli mentionem interdicti Saluiani, si quo casu fieri poterat, vt interdictum illud, siue directum, siue vtile locum haberet, & concurreret cum Seruiana. Eritque ratio hæc nostra efficacior si cum interpretibus admittas, quod nos multo magis negamus, reddi posse Saluianum vtile contra quemlibet possessorem, etiamsi ex alia, quam conductionis causa debeatur. Quidni enim reliquisset Tribonianus apud Vlpianum mentionem vtilis Saluiani, quam apud Iulianum reliquerat, sicut vtrobique mentionem reliquit vtilis Seruianæ?

ERROR VIII.

De emendanda Iuliani sententia in d. l. 1. §. 1.

Atqui inquies, negari non potest, quin de Saluiano Interdicto scripserit Iulianus, *in d. l. 1. §. 1.* verba enim illa sunt apertiora quàm vt cauillari quis possit, *singulis aduersus extraneum Saluiano interdicto rectè experientur.* Ea verò sunt, quæ nos emendatione potiùs quàm interpretatione indigere arbitramur: sicque restituenda esse vt pro dictione *Saluiano*, legamus *Seruia. non* facilè conflato errore ex literarum & dictionum similitudine. Nec enim minùs prope accedit nomen Saluiani interdicti ad nomen Seruianæ actionis, quàm Saluianum ipsum interdictum ad Seruianã actionem, cúmque possent sex illæ priores literæ *Seruia* cum puncto sufficere ad totã dictioné *Seruiana* exprimendam, potuit sequens negatio *non* duabus illis *no* scribi adiecta supernota quæ literam *n* suppleret, vt solebant veteres librarij, vel notis tantùm, vel quàm paucioribus facere poterant literis omnia scribere. Quod non intelligens imperitus quidam siue interpres, siue librarius, aut typographus is fuit, reposuit *Saluiano*, pro *Seruiana non*, siue quod priores illas literas *Seruia.* separatim sumptas nullius sensus esse videret, siue quod subiecta dictio *interdicto* non de alio, quàm de Saluiano intelligi posse videretur, cùm Seruianum nullum sit interdictum. Dico igitur Iulianum ita scripsisse quomodo ex vera, & necessaria iuris ratione scribere omnimodo debuit, *singuli aduersus extraneum Seruiana, non interdicto rectè experientur*, atque ita fiet commodissimè, vt Iulianus non minùs cum iuris ratione consentiat, & cum Imp. Gordiano, *in d.l. 1. C. de precar.* quàm cum Vlpiano *in d.l. si debitor.* Nec ideirco verendum erit, vt locus ille Iuliani non satis accommodatus videatur *ad tit. De Saluiano interdicto.* Tam enim titulum illum pertinet sciri non esse locum in ea specie Saluiano interdicto quàm si scriptum esset locum esse sufficitque interdicti mentionem superesse, ne quid à Triboniano in ea Iuliani sententia sub illo titulo collocanda minùs apposité factum videatur. Maximè verò cùm in sequentibus in quibus nihil emendamus apertè scriptum sit inter ipsos fundi conducti dominos posse reddi Saluianum illud interdictum, eóque casu meliorem possessoris conditionem fore. Tractauit enim Iulianus tres casus in quibus singulis diuersum ius constituit. Primus casus est, si colonus res suas in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita vt vtrique in solidum obligatæ essent, & singuli locatores iidémque domini velint agere contra extraneum, id est tertium possessorem, siue Saluiano interdicto quod esset sanè commodiùs, siue Seruiana actione. Secundus casus est si supradicta specie & conuentione supposita velint locatores inuicem agere & Saluianum quoque exercere: Tertius est si id actum fuerit inter eos & colonum vt pro partibus vtrique res coloni obligarentur. Primò casu ait Iulianus singulos locatores actione Seruiana non interdicto aduersus extraneum rectè experituros, vt *& in d.l. 1. C. de precar. & in d.l. si debitor. 10. D. de pignor.* Nempe quia Saluianum interdictum non aduersus extraneum competere potest, sed tantummodò aduersus conductorem eundémque debitorem, qui solus de pignore pactus fuit. Secundò casu non quidem negat Iulianus etiam actionem Seruianam inter ipsos locatores dari posse, nihil enim prohibet dari, quod & scriptum est *in d.l. si debitor*, sed ait interdictum hoc Saluianum inter ipsos reddi posse, quod non tam ab Vlpiano, quàm à Triboniano prætermissum fuisse *in d.l. si debitor*, constat manifestè *ex l. vlt. ff. de Saluian. interd.* in qua hæc eadem sententia proponitur, non tantùm ex eodem Vlpiano, sed etiam ex eodem Vlpiani libro, si credimus Cuiacio qui inscriptionem *dicta l. vlt.* emendat ex inscriptione *d.l. si debitor*, vt initium vnius cum extremo alterius coniungat. Tertio autem casu negat Iulianus aut actioni directæ Seruianæ, aut interdicto Saluiano, siue directo, siue vtili locum esse posse, sed vtilem actionem, id est quasi Seruianam & hypothecariam dari debere ait, & aduersus extraneos & inter ipsos, id est, vt antithesim agnoscas, non tantùm si agant aduersus extraneos, quo casu dictum fuerat in priore specie habituros illos non quidem Saluianum interdictum, sed actionem Seruianam, sed etiam si agant inter se inuicem. quo casu si prior species tractaretur, haberent illi etiam Saluianum. Ex quo intelligimus Iulianum vbi de priore specie tractauit, distinxisse duos illos casus, & aliter respõdisse si locatores singuli aduersus extraneũ, aliter verò si inuicem experiri vellent, quod prior illa antithesis demonstrat

inter ipsos verò. In posteriore verò specie idem iuris constituere, siue contra tertium singuli, siue inuicem experiri velint, vt scilicet, neque Seruianam habeant, neque Saluianum, sed quasi Seruianam duntaxat, seu hypothecariam. Itaque opponit Iulianus posteriorem speciem priori in totum, cùm ita scribit, *At si id actum fuerit vt pro partibus, res obligarentur, vtilis actio & aduersus extraneos & inter ipsos dari debebit*, vt significet circa posteriorem hanc speciem non esse adhibendam distinctionem quæ circa priorem adhibita fuerat an contra extraneum agere singuli vellent, an inter ipsos. Dices quod ad priorem speciem attinet, antithesim potius in eo esse, non vt singulis detur Seruiana contra extraneum, inter ipsos verò Saluianum, vtroque enim casu Saluianum saltem vtile reddi posse, sed in eo quod licèt vtroque casu possit Saluiano locus esse, tamen cùm aduersus extraneum singuli agunt, singuli quoque vincunt, alioqui non esset verum quod ait Iulianus singulos aduersus extraneum rectè Saluiano experiri, cùm verò inter ipsos Saluianum redditur, solus possessor vincit. Ac sane fatendum omnino est sic antithesim hac explicandam esse si admittas in primo casu prorsus speciei Saluiano locum esse. Verùm præter id quod interpretationem nostram probabiliorem faciunt verba illa posterioris speciei quæ proximè retulimus, & quibus formatur antithesis non tantùm in genere actionis, sed etiam in eo quod idem genus actionis pluribus locatoribus & aduersus extraneos, & inter ipsos accommodatur, illa etiam ratio pro nobis facit, & emendationem nostram mirificè confirmat, quòd quamuis concederem interpretibus quod omnes volunt, Saluianum interdictum saltem vtile dari posse contra extraneum possessorem, fieri tamen consequens nullo modo posset, quod ex Iuliano scriptum legimus *in d. l. 1. §. 1.* plures locatores aduersus extraneum singulos Saluiano interdicto rectè acturos. Nam cùm is demùm rectè dicatur agere qui sic agendo vincere & obtinere debeat, Interdictum autem Saluianum ad possessionem adipiscendam pertineat, fieri non potest vt ij quibus singulis res conductoris in solidum obligatæ sunt, rectè agunt singuli Saluiano interdicto aduersus extraneum, quin hoc ipso singuli fiant eiusdem rei in solidum possessores: id siquidem demùm est, in Saluiano vincere, fieri scilicet possessorem eius rei de qua obliganda conuenit, & quidem pro ea ipsa parte quæ in pactum pignoris deducta fuit, in solidum igitur, si agenti interdicto res in solidum obligata fuit. Atqui tractamus de pluribus locatoribus quorum vtrique res fuerit in solidum obligata, id est singulis tota, non pro partibus: Concludendum ergo est si rectè agant singuli Saluiano contra extraneum, fore necessariò, vt totius rei possessionem in solidum quisque adipiscatur, atque ita vt plures eandem rem simul & in solidum possidere incipiant, adeòque authore Prætore ac ex interdicto, & consequenter iustè, quod tamen ne fieri possit non tantùm ratio iuris, sed etiam natura ipsa impedimento est, *l. 3. §. ex contrario, D. de acquir. poss. l. duo in solidum 19. D. de precar.* Nam etsi Sabinianorum ea fuit sententia vt possit eadem res à duobus simul & in solidum eodem tempore possideri dummodò non eodem genere possessionis, sed ab vno iustè, ab alio iniustè, *l. & habet 15. §. cum qui precario eod. tit. & d. §. ex contrario*, quam sententiam Iulianus quoque noster tanquam Sabinianus secutus fuit, vt constat ex *d. l. duo in solidum*, omnes tamen consentiunt eandem rem à pluribus iustè possideri in solidum non posse aut à pluribus iniustè, sicut nec quisquam diffitetur iustè possidere illum qui prætore authore possidet, *l. iustè 11. D. de acqu. poss.* Et authore Prætore illum possidere qui ex causa interdicti adeptus est possessionem, *l. is qui destinauit 24. D. de rei vind.* Nam & inde fit vt in ea possessione omnimodò illum tueri Prætor debeat. Non magis igitur fieri potest, vt plures locatores de eadem re Saluiano interdicto rectè agant singuli, quàm vt Prætor faciat eos singulos eiusdem rei iustos in solidum possessores. Seruiana proinde actione experiri eos necesse est vt rectè experiantur, nec se inuicem impediant, quomodo aliis plerisque casibus euenit vt pluribus actio aliqua in solidum competat, & tamen neuter exercere illam possit, ipsis se mutuò impedientibus si non priùs inter se consentiant, vt *in l. quoties 34. in prin. D. de vsufr. l. 2. in fin. D. quib. mod. vsusfr. amitt. l. huiusmodi 84. §. vlt. de leg. 1.*

ERROR IX.

De differentia Seruianæ actionis & Saluiani interdicti, itemque directa vindicationis si plures de eadem re in solidum agere velint.

Cvr verò non sicut in Saluiano, ita etiam in Seruiana se impediunt, cùm Seruiana perinde ac Saluianum detur ad auocandam possessionem *d. l. si debitor in fin. l. si cùm venditor 66. D. de euict.* Respondeo non inelegaurer, vt arbitror, diuersam esse hac parte actionis Seruianæ & Saluiani interdicti rationem, quòd per Seruianam licèt possessio auocetur in effectu, non tamen de adipiscenda possessione contendit creditor, sed de iure tantùm pignoris, eandem verò rem pluribus creditoribus simul in solidum obligari nihil vetat, vt nec pluribus in solidum vendi dum ne diuersis temporibus, *l. qui duobus 21. D. ad leg. Cornel. de fals. l. 3. §. 1. D. de crim. stellion. l. si quis 36. §. 1. D. de pignorat. act. l. & quæ nondum 15. §. vlt. D. de pignor.* Nec ad hoc Seruiana exercetur vt condemnetur possessor ad faciendum creditorem possessorem, sed quoniam arbitraria actio est, in id tantùm competit vt nisi res obligata iudicis arbitrio restituatur condemnetur possessor quanti interest petitoris. *l. si fundus 16. §. in vindicatione eo. tit. de pign.* Ad aliud porrò teneri possessor non potest, quàm vt eam rem quæ petitur, semel restituat, siue ab vno tantùm creditore, siue à pluribus quibus in solidum singulis res obligata fuerit, conueniatur. Quid enim aliud præstare possit aut iudex præcipere, nisi vt semel eam restituat? Cùmque restitutio sit facti, necesse est restitutæ rei possessionem diuidi inter petitores? vt qui singoli egerunt in solidum Seruiana, non pro partibus, cogantur tamen contenti esse solida rei restitutione pro sua quisque parte indiuisa: Quidni verò; cùm etiam aliquando contingat, vt in solidum agi necesse sit, & tamen partis solutio afferat liberationem? vt *in l. in executione 85. §. in solidum, de verb. oblig.* Proinde nihil causæ est, cur plures Seruianam in solidum eiusdem rei nomine exercere prohibeantur, aut cur se inuicem impediant, quia & obligatio pignoris, & actio quæ de pignore instituitur, tota iuris est non facti: Iuris autem ratio non repugnat, quominùs eadem res, vt diximus, & obligata sit pluribus in solidum & obligata esse dicatur. At per intellectum Saluianum id solùm intenditur, vt

vt qui agit, possessionem adispicatur, fiatque possessor, & quidem in solidum si rem de qua agit, habuit in solidum obligatam, & ad personam illius qui conuenitur, interdictum refertur, non vt aliquid faciat, sed vti ne vim faciat ei quem Prætor vult fieri possessorem. Itaque si Prætor patiatur plures locatores de eadem re simul Saluiano vti interdicto, perinde est acsi iuberet fieri eos simul & in solidum eiusdem rei possessores, nec quicquam interuenit ex parte illius qui conuenitur, quod possit diuidere potestatem & executionem interdicti ad implicitatem illam tollendam quæ ex eiusmodi Prætoris imperio proficisceretur. Nihil enim facere iubetur is contra quem interdictum prohibitorium exercetur, sed tantùm facere prohibetur. Ex quo illud etiam fit, vt cùm interdictum hoc Saluianum inter locatores ipsos redditur, necesse sit possessorem vincere, vt Iulianus scribit *in d. l. 1. §. 1.* Vlpian. *in l. vltim. eod tit. de Saluian. interd.* Non alia vtique ratione, quàm quod aliter posito iure, id est, si vterque posset vincere necesse esset vtrumque fieri in solidum possessorem, cùm de iis tractemus quibus in solidum fuit obligata. Prætor autem non magis facere potest quàm priuatus quilibet vt duo sint eiusdem rei possessores in solidum eodem genere possessionis. Dominij eadem quæ possessionis ratio est. Non enim magis fieri potest vt eiusdem rei duo sint in solidum dominij quàm vt duo in solidum possessores, *l. si vt certo 5. §. si duobus vehiculum D. commod. l. de hereditate 19. §. pater. D. de castr. pecul.* ideóque non magis induci potest vt pluribus permittatur eandem rem in solidum vindicare, quàm vt plures Saluianum simul & in solidum singuli proponant;, quoniam qui vindicat dicit rẽ suam esse, qui verò Saluianum proponit, dicit velle & debere se fieri possessorem: nec facilius est vt plures fiant eiusdem rei possessores in solidum, quàm vt iam sint.

ERROR X.

De ratione cur directa vindicatio à pluribus in solidum proposita propiùs accedat ad Saluianum, quàm ad Seruianam.

QVod si quis pergat quærere cur rei vindicatio quæ petitoria est, propiùs hac parte accedat ad Saluianum interdictum, quod possessorium est, quàm ad Seruianam actionem quam æquè petitoriam esse constat, præsertim cùm dominiũ sit iuris, non minùs quàm pignus, & vindicatio directa dominij perinde arbitraria sit, atque Seruiana vel hypothecaria quæ nihil nisi pignoris vindicatio est, Respondendum erit dissimilitudinis rationem ex eo pendere, quod vna eadémque res in plurium dominio in solidum esse non potest, ac pluribus in solidum obligata esse potest. Hoc ipsum verò, inquies, cur ita? Nimirum quoniam dominium rei cuiuslibet, si materialiter sumatur, nihil nisi res ipsa est domino suo acquisita *arg. l. quid aliud 86. D. de verb. signific.* si formaliter, ius quidem rei potiùs quàm res ipsa est, sed tale ius quod inuito domino auferri non potest, *vulgat. l. id quod nostrum 11 de reg. iur.* nec pretio vllo æstimari, quia nemo rem suam siue iusto, siue iniusto pretio vendere inuitus cogitur, *l. non enim 9. D. rer. amot. l. nec quasi 70. D. de rei vindic.* At ius pignoris non est eiusmodi. Est enim accessorium ad obligationem principalem debiti quæ commodam in pecunia recipit diuisionem, nihilque prohibet pluribus Seruianam simul & in solidum in eandem rem exercentibus, offerri à possessore singulis solidum quod iis debetur, qui vnicus effectus est actionis Seruianæ non ad alium finem comparatæ? vt quamuis vni satisfactum sit in solidum, alij tamen adhuc maneat res in solidum obligata, quovsque sit etiam ipsi solutum, aut aliter eo nomine satisfactum. Itaque effectu ipso nihil interest an fundus Titianus mihi pro quingentis aureis, & tibi pro aliis quingentis, vtrique in solidum obligatus sit, an mihi vel tibi soli pro mille, Nec proinde an Seruianam aut quasi Seruianam nos ambo simul & in solidum in eum fundum exerceamus, an alteruter nostrum solus: quia nihil aliud ex eo sequitur, nisi vt verum sit dicere fundum Titianum pro mille aureis obligatum esse. In summa, quoties de pignore tractatur, debiti principalis ratio principaliter habenda est ex quo ius pignoris tanquam accessorium æstimatur: quod de dominio non similiter dici potest. Vnde illud quoque fit vt ei tantùm qui iure pignoris non item ei qui dominij iure possidet, offerri possit, *l. 2. C. si antiq. cred. pignorat. vend. d. l. Paulus 12. §. 1. D. quib. mod. pignorat. vel hypoth. solui.* Superest vt videamus quid illud sit, & quem sensum aut quam rationem habeat quod ex Iuliano scriptum legimus *in d. l. 1. §. 1. ff. de Saluian. interd.* & nos verum esse non negamus inter ipsos locatores Saluianum interdictum reddi posse. Id enim ex diametro pugnare videtur cum eo quod
a tam constanter defendimus Saluianum interdictum competere tantummodò aduersus conductorem: Cùm nullomodo conductor videri possit, qui ipse æquè locator est. Pertinet verò ea quæstio ad interpretationem, *l. vlt. eod. tit. ff. de Saluian. interdict.* quæ ipsa quoque perobscuram sententiam habere existimatur. Decadis sequentis tractatio ista erit.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Quinquagesimanona.

ERROR PRIMVS.

De Saluiano inter locatores ipsos reddendo.

CVM colonus res suas in fundum duorum pignoris nomine intulit, ea lege dicta vt essent illæ vtrique domino in solidum obligatæ, multum interest an locatores agere velint contra extraneũ possessorem, quod vtique facere singuli possunt, dummodò Seruianam actionem non Saluianum interdictum exerceant, vt superiore capite ostendimus, An verò inter ipsos, vt loquitur Iulianus *in l. 1.* §. 1. Hoc enim casu habent electionem an Seruiana experiri velint, an potiùs interdicto. De Seruiana extat Vlpiani sententia *in l. si debitor 10 ff. de pign.* De Saluiano autem idipsum apertè scribit Iulianus *in d. §. 1.* iis verbis, *inter ipsos verò si reddatur hoc interdictum possidentis conditio melior erit.* At de vtroque remedio apertè loquitur Vlp. *in l. vlt. eod. tit.* vbi ait, in Saluiano interdicto si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo inuecta, possessorem vincere debere, ac descendendum eis esse ad Seruianum iudicium. Hoc verò non improbabiliter quis crediderit pugnare cum eo, quod nos huc vsque constituimus, interdicto Saluiano siue directo, siue vtili, locum esse tantummodò aduersus conductorem *ex l. 1. C. de precar. & Saluian. interd.* Nam vt ad finem præcedentis capitis argumentari cœpimus, conductor dici nullomodo potest ne quidem respectu locatoris ille qui & ipse æquè locator est, quique non magis pepigit de pignore quàm extraneus quem ideò negamus posse vllo casu conueniri Saluiano. Non potest igitur fieri vt locatores inter se possint experiri interdicto isto, quin hoc ipso admittendum sit. Posse igitur interdictum hoc locum habere etiam contra extraneum, I. alium quàm conductorẽ. Atque ita nostri vulgò ratiocinantur, existimantes ob hanc causam, non nisi vtile esse interdictum quod inter locatores ipsos redditur, quare esse volunt quod illi accõmodant locatori cõtra extraneum quemlibet possessorem. In quo apertè vim faciunt Iuliano & Vlpia. qui supradictis locis loquuntur simpliciter de interdicto, Quo nomine simpliciter prolato directum significatur non vtile. Nec enim vtilis nomen prætermittunt Iureconsulti, siue de vtili interdicto loquantur, vt neque prætermisit Iulianus tractans de vtili Saluiano in specie. *d. l. 1. in princip. D. de Saluian. interd.* Et sanè sic esse fatendum est, interdictum Saluianum quod inter locatores ipsos redditur, non vtile esse, sed directum. An ergo fatemur posse interdictum etiam directum dari contra extraneum, & alium quàm conductorem, qui negamus, vel vtile vllum dari posse? At negamus primùm ita Iulianum aut Vlpianum vel scripsisse vel sensisse, vt interdictum Saluianum, siue directum, siue vtile detur vni ex locatoribus aduersus alium locatorem. Sed vt inter ipsos reddi possit interdictum, quod ego sic accipiendum esse dico, vt interdictum hoc reddendum sit ei soli ex locatoribus qui non possidet, sed aduersus conductorem ipsum initio inspecto, Ex postfacto autem aut, vt meliùs loquar, vi ipsa contra alium locatorem qui possessor, repetitur, quia cùm hoc interdictum sit adipiscendæ possessionis, neque potest prodesse locatori ad possessionem adipiscendam aduersus conductorem quũ ipse non possideat si alius possessor sit, qui intercedat, neque rursum dari alij locatori qui iam possidet, quandoquidem is qui possidet, magis possessor fieri non potest, non magis quàm dari locatori qui non possidet, aduersus alium locatorem qui licèt possideat, tamen conductor non est. Illud ergo remedium vnicum superest, vt conductor, qui possidet, quia Saluianum habere non potest quod haberet si non possideret, tueatur ius suum, suámque possessionem contradicendo, ne alioqui minus iuris habeat ratione possessionis ob hoc ipsum quod possidet, quod sanè perabsurdum esset. Id verò cùm fit, euenit vt alius ille locator idémque possessor in modum contradictionis inducat Saluianum, quomodo circa querelam inofficiosi testamenti loquitur Vlpianus *in l. Papinianus §. si filius D. de inoff. testament.* atque ita verum est Saluianum inter ipsos reddi, non quasi alius ab alio per Saluianum conueniri possit (id enim non magis fieri potest quàm vt extraneus à locatore conueniatur huiusmodi interdicto) sed vt de Saluiani potestate ac iure inter eos contendendum sit, ac si concurrerent in eo interdicto impetrando aduersus conductorem, cùm tamen neque concurrere vnquam possint, ne videatur Prætor velle facere duos in solidum possessores, neque Saluianum proponi ab eo, qui iam possidet, ne magis possessor fieri velle existimetur. Denique interdictum hoc casu inter ipsos redditur non vt inuicem agant & excipiant, quasi vterque actor sit & vterque reus, quomodo dicere solemus in actionibus mixtis & interdictis duplicibus, *l. in tribus 13. D. de iudic. l. iudicium communi 10. D. fin. regund. l. actiones 37. §. 1. de oblig. & action.* sed vt vno agente aduersus conductorem, eundémque debitorem, alij liceat qui possessor se peritus suam possessionem defendere, non tanquam reo, sed tanquam intercessori, id est intercedendo & contradicendo potiùs quam excipiendo. Itaque partim simile, partim dissimile est quod Vlpianus scribit *in leg. 1. §. is autem D. de superfic.* Eum quidem in cuius solo superficies est vtique non indigere vtili actione quam illo edicto proponit prætor, cùm habeat in rem actionem, qualem habet de solo, cui superficies cedit: Sed tamen si aduersus superficiarium velit vindicare, exceptione vtendum superficiario in factum data. Nam cui damus actionem, eidem exceptionem quoque multò magis competere quis dixerit. Habet enim ille tractatus hoc simile cum nostro quod cui daremus Saluianum si non possideret, multò magis dandum sit possidenti auxilium eiusdem Saluiani ad contradicendum ne quam habet possessionem amittat, quam si non haberet nancisci etiam per interdictum posset. At dissimile illud est, quod in proposita quæ-

stione

... locator ille qui iam possessor est non inducit Saluianum per modum exceptionis, cùm non ipse conueniatur, sed per modum interuentionis, tanquam offerens se alienæ liti pro tuendo iure suo: Non enim quemadmodum in specie *d. §. is autem*, dominus soli vindicat superficiem aduersus superficiarium, ita & in tractatu nostro dici potest, cum ex locatoribus qui non possidet experiri interdicto aduersus eum, qui possidet: nimirum quia vindicatio cùm in rem actio sit, necesse est vt contra possessorem exerceatur: At Saluianum cùm sit non modò directum, sed etiam scriptum in personam, vt & alia ferè omnia si excipias interdictum. Quod vi aut clam, *l. 1. §. penult. D. de interd.* nil necesse est vt exerceatur cum possessore, imò nec potest si possessor sit extraneus, id est, qui nihil de pignore pepigerit, sed exercendum est cum colono, eodémque debitore siue possideat, siue non, cùm nihil aliud intendat is qui proponit interdictum, nisi vt possessionem adipiscatur, id est adipisci eam non prohibeatur, quod æquè commodè imò commodiùs exequi & assequi potest aduersus colonum non possidentem, quàm aduersus eum qui possidet, vt in præcedentibus disseruimus. Porrò alius locator quem ponimus possidere, cùm videt interdictum ad hoc exerceri, vt possessionem quam ipse habet, alter nanciscatur, potest debétque se offerre liti vt Saluiani vim & potestatem impediat, incipiatque ex prætoris imperio possidere quod antea suo iure ac propria auctoritate possidebat. Nam & in vindicatione siue speciali, siue vniuersali, hoc est in petitione hereditatis, idem accidit vt etiamsi iudicium contra alium exerceatur, possit tamen liti se offerre & interuenire sultissime quisquis possessor est, adeò vt audiendus quoque sit licèt tandem condemnandus qui se mentitus est possessorem vt actori & ius dicenti illuderet, *l. 2. qui se obtulit 25. D. de rei vindic. l. qui se liti 40. D de petit. hered. l. 4. D. de re iudic.* Tum demùm verò dicitur, & incipit interdictum Saluianum inter ipsos locatores reddi, non cùm interdictum petit is qui prior agit, cùm ex eo agere non possit vt dixi aduersus alium locatorem, sed tantùm aduersus conductorem: At cùm alius locator qui iam possidet inducit ipse Saluianum non agendo aut excipiendo, sed contradicendo. Ex eo namque tempore incipit lis tractari inter locatores & disputari vter ex Saluiano vincere debeat, perinde ac si eo interdicto inuicem experirentur, ita vt in eo vterque actor, & vterque reus esset. Est igitur ad sententiam nostram explicandam accommodatius aliud exemplum quod attulimus de querela in officiosi testamenti *ex d. l. Papinianus 8. §. si filius D. de inoffic. testam.* Ex his autem apparet Saluianum quod inter locatores ipsos redditur non aliud esse posse quàm directum: Cùm ex parte illius qui prior agit non detur, nisi aduersus conductorem: Ex parte verò alterius, qui contradicit, non detur per viam, vt loquuntur, actionis & interdicti, sed contradictionis, quæ res naturam & substantiam propositi interdicti mutare non potest. Cui consequens est vt ex hoc ipso quod diximus posse interdictum hoc inter locatores ipsos reddi, nemo possit inferre quòd interpretes omnes inferunt, Dari ergo etiam contra extraneum: esset enim vtile vel fatentibus ipsis interpretibus, si contra eum quasi contra extraneum daretur. Cæterùm quoties interdictum hoc inter locatores ipsos redditur, quorum vtrique insolidum res coloni fuerint obligatæ, possessor semper vincit *d. l. 1. §. 1. & d. l. vlt. D. de Saluian. interd.* An quod in Saluiano interdicto agatur de sola possessione, possessionis autem per causa sit in vtroque locatore, ac proinde melior debeat esse conditio possidentis? Ita putat Cuiacius, *dict. cap. 24. lib. 5. Obseruat.* Sed meo iudicio, parùm rectè. Idem enim de actione Seruiana scriptum est ab Vlpiano, *in l. si debitor 10. D. de pignor.* vbi posteaquàm scripsit, si debitor res suas duobus simul pignori obligauerit, ita vt vtrique in solidum obligatæ essent singulos in solidum aduersus extraneum Seruiana actione vti debere, subiicit, *Inter ipsos autem si quæstio moueatur possidentis meliorem esse conditionem.* Huiusque sententiæ rationem illam subiicit, quòd danda sit possidenti exceptio, *si non conuenit, vt eadem res mihi quoque pignori esset*, vt intelligamus licèt in Seruiana non de possessione vt in Saluiano, sed de iure pignoris controuertatur, non eo minùs tamen vincere possessionem debere, cùm vtriusque locatoris par causæ sit etiam in iure pignoris. Ponimus enim easdem res coloni vtrique locatori simul & in solidum fuisse obligatas, vt proinde nulla ratio sit propter quam alius possit & debeat vincere quàm qui possidet, tanquam qui hoc vno sit superior, cùm cætera omnia sint paria.

ERROR II.

De Seruiana inter plures locatores danda.

Est igitur hac parte eadem prorsus ratio Seruianæ actionis, & Saluiani interdicti, nisi quod cùm Seruiana exercetur inter locatores ipsos qui singuli habent res conductoris in solidum obligatas, & quorum alter eas iam possidet, alter non possidet, necessaria est possidenti exceptio vt possit vincere, quæ non est necessaria eùm proponitur Saluianum, nempe quoniam Seruiana hoc casu locatori datur contra locatorem possidentem, perinde ac contra quemlibet alium possessorem, cùm sit in rem actio, quisquis autem conuenitur ab eo qui fundatam probatámque habet suam intentionem, eum, necesse omnino est succumbere si non aliqua exceptione adiuuetur, at Saluianum, quia in personam est & ex pacto, non potest dari locatori contra locatorem, sed tantùm aduersus conductorem eundémve debitorem, nec priùs dicitur reddi inter ipsos interdictum quàm inducatur per contradictionem possidentis: quæ contradictio actorem magis eum constituit, quàm reum, proindeque nullo exceptionis auxilio indiget, vt eum qui iam possessor est, efficiat victorem. Denique locator qui possidet vincit in Saluiano locatorem non possidentem per solam contradictionem, neque tam quòd vincat, quàm quòd nec victoria vlla egeat ad possessionem retinendam quam iam habet, satisque ei sit quod non possit vinci ab eo cui contradicit, & à quo per Saluianum conueniri, licet possideat, nullomodo potest. Nam tametsi nec ipse possideret, tamen impediret ne Saluianum habere alius locator posset, quippe quod pluribus locatoribus competere nequit, nequidem contra colonum ipsum, ne alioqui videretur prætor id agere vt singulos faceret eiusdem rei in solidum possessores, quod fieri nullomodo potest, vt iam sæpe diximus. In Seruiana verò vincit qui possidet, non defectu iuris in persona agentis, sed beneficio exceptionis quam habet proprio iure: & ideò vincere illum necesse est ne vincatur, quia si non vinceret ipse haud dubiè vinceretur: & quamuis nec ipse possideret, nihilominùs tamen Seruianum habere posset suo iure alius locator non possidens, neque tantùm aduersus conductorem, sed etiam aduersus alium possessorem quemlibet: Nec se inuicem impedirent, quomodo se impediunt in Saluiano, quoniam Seruiana non sicut Saluianum datur ad possessionem adipiscendam

adipiscendam, adeóque nec ad auocandam sua vi & potestate, sed ad hoc vt ni possessio restituatur arbitrio iudicis, condemnatio fiat ex bono & æquo in id omne quod interest locatoris. Itaque per Seruianam auocatur quidem possessio non quæ fuit debitoris, sed quæ est penes detentorem, at non tam vi & potestate actionis quàm iussu & arbitrio iudicis, ac metu condemnationis. Iudex porrò nunquam arbitratur singulis restitui possessionem in solidum, cùm sciat & scire debeat fieri per rerum naturam id nullo modo posse. Itaque nulla est, vt ita dicam, incompatibilitas in danda vtrique locatori & vnicuique ipsorum Seruiana in solidum aduersus quemlibet possessorem, cùm & arbitrium iudicis, & condemnatio petita diuisionem recipere possit, quam Saluianum recipere non potest, vnoquoque locatore id agente per hoc interdictum vt rei quam habet in solidum obligatam aut de qua in solidum obliganda pactos est, possessionem quoque in solidum consequatur. et tamen quod nos dicimus, Seruianæ actionis & Saluiani interdicti similem in eo esse rationem, quod siue Seruiana inter ipsos moueatur, siue interdictum reddatur, melior conditio est possessoris, obstare valdè creditur, quod scriptum est *in d. l. vlt. D. de Saluian. interd.* In Saluiano interdicto si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo inuecta, possessorem vincere, & ideò descendendum ei esse ad Seruianum iudicium. Iam ergo de illius legis sententia videamus, quæ sanè per obscura est, nec magis à viro doctissimo Iacobo Coiacio, quàm ab Accursio, Bartolo aliisque veteribus interpretibus bene percepta.

ERROR III.

De variis interpretationibus l. vlt. ff. de Seruian. interd.

Fecit legem hanc interpretibus difficilem id ferè vnum, quod sic concepta est, quasi Vlpianus differentiam constituat inter Seruianam actionem & Saluianum interdictum in specie illa, quam tractat de rebus coloni illatis iure pignoris in fundum communem duorum: Ait enim primùm potiorem fore possessorem in Saluiano quod inter locatores ipsos reddatur: mox subiicit quasi in quandam consequentiam, esse iis decurrendum, & vt ille loquitor, descendendum ad Seruianum iudicium. Quorsum enim ita scriberet, si non aliud in Seruiano iudicio quàm in Saluiano interdicto seruaretur, vt vincere omnimodo deberet is qui possideret? Et tamen in Seruiana quoque idem iuris esse vt possessor vincere debeat tam apertè scriptum est ab eodem Vlpiano *in l. si debitor* 10. *D. de pignor.* vt nihil potuerit scribi apertiùs. Quare nec Accursius, nec Bartolus aliive antiqui interpretes dubitant, quin eadem ratio constituenda sit actionis, Seruianæ, & Saluiani interdicti, vt melior esse debeat conditio occupantis: acquoniam negare non possunt, quin differentiam aliquam præ se ferant verba Vlpiani in *d. l. vlt.* sic etiam explicant, vt actio Seruiana quæ inter locatores ipsos competit, directa sit non vtilis Saluianum autem è contrario vtile non directum. In quo apertè vim faciunt non tantùm rationi iuris quæ facit vt interdictum hoc directum censeri debeat non vtile, quemadmodum ostendimus in præcedentibus, sed etiam Vlpiano quem apertissimum est *in d. l. vlt.* differentiam in eo voo constituere, vt in Saluiano interdicto quod inter locatores ipsos redditur, possessor vincat, in Seruiana verò, non item. Idque nec Cuiacius ipse negat qui, *lib.* 5. *Obser. cap.* 24. vt nouam eius loci interpretationem afferat, ait coniungendam esse *dictam l. vlt. cum fine d. l. si debitor.* in eamque rem emendat primùm inscriptionem *d. l. vlt.* quasi sumpta sit ex eodem Vlpiani libro, ex quo & *d. l. si debitor*, id est ex septuagesimo tertio ad edictum: Deinde restringit sententiam *d. l. vlt.* ad eum casum qui proponitur in vltimo responso, *d. l. si debitor*, cùm res coloni pignoris iure illatæ sunt in fundum communem plurium, sed ita vt non singulis in solidum, at vtrique pro partibus essent obligatæ. Quo casu vult Coiacius & Saluianum interdictum posse inter ipsos reddi & in eo vincere possessorem debere: quoniam, inquit vir doctissimus, in hoc interdicto de sola possessione quæritur, non de iure pignoris, Possessionis autem par causa est in vtroque. Possessorem igitur vincere necesse est: at si Seruiana proponatur aliud erit, quis cùm in ea non tam de possessione quàm de iure pignoris disputetur, par autem & æquale ius habeat vterque locator in rebus coloni, consequens est vt vterque debeat obtinere ad dimidiam partem possessionis apprehendendam, quomodo scriptum est *in fine d. l. si debiter*, & *in l.* 1. §. 1. *in fin. de Saluian. interd.* Ego verò satis mirari non possum tanti viri quam ille aliis interpretibus obiicit, possessio. Nam vt omittam leuem esse ant nullam potiùs coniecturam quam ille sibi fingit vt emendet inscriptionem *d. l. vlt.* contra exemplaris Florentini fidem, illud primùm falsum est quod supponit ipse pro vero, Reddi posse interdictum Saluianum inter ipsos locatores, qui res communis coloni habeant pro partibus tantùm obligatas, quia cùm locator locatori extraneus sit, vt & alius quilibet qui nihil conuenerit de pignore, id est extra conductorem, eundémque debitorem, fatendum est ex iis quæ suprà disputauimus locatorem à locatore, sine possidentem per huiusmodi interdictum conueniri non posse multóque minùs dici potest quod præcedente capite probauimus, eo ex locatoribus qui non possidet exercente Saluianum aduersus condoctorem, induci Saluianum inter ipsos per contradictionem alterius locatoris, quo demum casu possessor vincit. Id enim tùm euenit, cùm is qui possidet ius habet retinendæ possessionis totius rei obligatæ, quam similiter totam adipisci velit is qui non possidet: quod porrò non aliter contingit, quàm si pignus conuenisset vt res coloni singulis locatoribus essent in solidum obligatæ. Nam quemadmodum ius Saluiani ex pacto pignoris proficiscitur, §. *interdictum Inst. de interd.* ita fieri non potest vt vel pro aliis rebus competat quam de quibus obligandis conuenit, vel pro maiore parte rerum coloni, quàm pro qua obligatæ fuerunt, Alioqui latiùs pateret effectus quàm sua causa, nec dici posset quo iure supra eam partem, de qua obliganda conuenisset, Saluianum proponeretur. Ergo cùm illatis rebus coloni iure pignoris in fundum communem plurium, ita vt singulis non nisi pro partibus obligatæ essent, verum sit dicere partem duntaxat earum rerum omnium vnicuique ex locatoribus obligatam esse, nec ius vllum pignoris vni locatori acquisitum esse in ea parte quæ alteri est obligata, nulla prorsus ratio est cur prohiberi debeat is qui non possidet quominùs Saluiano vtatur aduersus conductorem etiamsi alius locator qui eas res in solidum possidet, contradicere velit, nec rursus vt audiendus sit is qui totas res possidet, si prætexto pignoris in parte tantùm constituti vniuersam possessionem velit sibi in solidum retinere. Neque est quod quis dicat cum Cuiacio debere ideò possessorem etiam hoc casu vincere, in Saluiano, quòd in eo interdicto non quæratur nisi de possessione. Etsi enim verum illud est, non tamen de possessione quaslibet ac simpliciter quæritur,

quæritur, ſed de poſſeſſione rei pignoratæ aut de qua pignoranda conuenit. Ergo non niſi quatenus fuit oppinorata, & pro illa duntaxat parte non in ſolidum ſi non in ſolidum fuerit obligata. Ac proinde ſicut ille ex locatoribus qui non poſſidet non habet Saluianum niſi pro dimidia parte rerum coloni, quam dimidiam ſolam habet obligatam, ita fieri nequit vt pro ea parte vincatur ab alio locatore etiam qui totas res de quibus agitur in ſolidum poſſideat, quoniam alius ille locator, quem ponimus in ſolidum & ſolidum poſſidere, nullum habet ius eas res retinendi prætextu pignoris pro ea parte pro qua non habet illas obligatas, & quemadmodum non poſſet pro illa parte ſi non poſſideret Saluianum exercere ne quidem aduerſus conductorem, non magis quàm prætextu alterius partis ſibi obligatæ contendere aliam quoque partem illam ſibi eſſe obligatam, ſic neque permittendum illi eſt vt Saluianum exercenti locatori contradicat, quoniam ita fieret vt per eiuſmodi contradictionem induceret Saluianum, quaſi plus iuris habens contra locatorem illum non obligatum, quàm habiturus eſſet contra ipſum conductorem eundemque debitorem, qui ſi ipſe ageret ad auferendam locatori ſuo poſſidenti, partis illius non obligatæ poſſeſſionem, vtique deberet vincere & vinceret propoſita vindicatione, adeò vt nec illud ei obſtaret, quod etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſe, conſtat *l. 1. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poſſ.* Neque enim vllum pignus eſt pro ea parte quæ locatori iſti poſſidenti nunquam obligata fuit. Pignus autem neceſſe eſt conſtitutum eſſe in ea re quam quis ſiue ob chirographariam, ſiue ob aliam pecuniam retinere velit. Proinde fieri nequit vt poſſeſſor hic alium locatorem non poſſidentem vincat tanquam poſſeſſor, non magis quam quaſi pignoratitius creditor, cùm pro parte non obligata pignus nullum habet tametſi habeat poſſeſſionem. Duplex igitur in hac re Cuiacij error eſt, Vnus, quod putat Saluianum reddi poſſe inter plures locatores quibus non fuerint res coloni obligatæ niſi pro partibus. Alter quod vult in eo Saluiano vincere illum qui ſolidum poſſidet, quamuis non conueniatur per Saluianum niſi pro ea parte quæ non ipſi ſed alteri ſoli locatori, qui nihil poſſidet, fuerit obligata, ſic enim loquendum eſt cum Cuiacio cæteriſque interpretibus qui putant eo caſu quo interdictum Saluianum inter locatores ipſos redditur, poſſidentem conueniri à non poſſidente tanquam alium quemlibet poſſeſſorem, vtili ſcilicet interdicto, quod æquè falſum eſſe iam oſtendimus in ſuperioribus. In ſumma hoc contendo, locatorem hunc quem vult Cuiacius poſſe conueniri Saluiano à locatore alio non poſſidente, non magis poſſe vincere pro eam rerum obligatarum parte quæ obligata ei non eſt, quàm ſi eam non poſſideret, ſed vinci omnimodo debere ſicut alius quilibet poſſeſſor iniuſtus conuentus ex ſuppoſito interpretum errore per vtile Saluianum, vinceretur: cum locator hic etiamſi pignus habeat in dimidia parte rerum obligatarum, in alia tamen in qua pignus nullum habet, extranei cuiuſlibet poſſeſſoris iure cenſeatur: quem porrò vtique nemo dixerit ob id ſolum vincere debere quod poſſideat: cum nemo vincat hoc ipſo quod poſſidet niſi quando cætera ſunt paria *l. 1 ff. vti poſſidet. l. vlt. ff. de acquir poſſ.* Non poſſunt autem videri paria quoties is qui poſſidet rem in qua nullum pignoris ius habet, conuenitur ab eo, qui in eadem re vel dominij vel pignoris ius habeat alioqui nunquam obtineret is qui vel directam rei vindicationem iure domini, vel vtilem Seruianam & hypothecariam iure creditoris pignoratij exerceret, cùm vtraque actio iſta ſupponat poſſeſſionem ex parte illius, qui conuenitur.

ERROR IV.

De pluribus locatoribus habentibus obligatas res coloni pro partibus, ſed ab altero tantum poſſeſſas.

IN eóque rurſum alius & intolerabilis error eſt eiuſdem viri doctiſſimi, exiſtimantis in ea ſpecie quam tractat de pluribus locatoribus quibus res coloni obligatæ ſint pro partibus, & quas tamen vnus ex ipſis ſolus & in ſolidum poſſideat parem vtriuſque cauſam eſſe, non alio vtique colore, quàm quia verum ſit æquo iure & pro æquis partibus res coloni fuiſſe vtrique obligatas. Nam imò vero prorſus diſpar cauſa eſt in ea ſcilicet parte quam ponimus non fuiſſe poſſidenti obligatam, cum alij qui non poſſidet agitque Saluiano fuerit obligata. Fateor parem eſſe vtriuſque locatoris cauſam in tota re oppignerata, id eſt, ſi partem cum parte conferas, quoniam vterque habet obligatam partem dimidiam, ſed ſi partes ſingulas ſeparatim accipias, quomodo ſunt neceſſariò accipiendæ cum quærimus, an is qui partem dimidiam quam obligatam habet perſequitur Saluiano contra eum qui poſſidet in ſolidum, debeat pro illa parte vincere an vinci, non poteſt par eſſe cauſa illius qui eam partem dicit, probatque ſibi obligatam eſſe, & alterius qui nullum in eadem parte ius pignoris prætendit, ſed in alia tantum de qua non diſputat qui Saluianũ exercet. Cur ergo debeat vincere is qui ſolidum poſſidet ob hoc ſolum quod poſſideat? Nam etſi poneres conueniri eum Saluiana pro alia parte, quam & obligatam haberet & poſſideret, equidem vinceret, at non tanquam poſſeſſor, ſed tanquam creditor pignoratitius, nec tam potior, quàm ſolus in ea parte, quæ nullomodo fit actori obligata & pro qua ideò certum eſt Saluianum competere non poſſe, ne quidem, vt dixi, contra ipſum conductorem. Atqui ita eſſe, nec aliud Iuliano, quàm nobis viſum fuiſſe, apparet non obſcurè, ni fallor, ex eo quod ille *in dicta leg. 1. §. 1. eod. titul. de Saluiano interd.* poſtquam proſecutus eſt eam ſpeciem in qua res coloni in fundum communem plurium illatæ ſint, ita vt vtrique & vnicuique ipſorum in ſolidum eſſent obligatæ, dixitque ſingulos illos aduerſus extraneum quidem Seruiana actione non interdicto rectè experiri, inter ipſos verò interdictum reddi poſſe in quo meliorem poſſidentis conditionem eſſe oporteat. Subiungit tanquam planè diuerſam, diuerſóque iure cenſendam aliam ſpeciem quam nunc tractamus, ſi inter colonum & locatores conuenerit, vt ſingulis locatoribus obligatæ eſſent res coloni pro partibus tantum, vtilem actionem locatoribus & aduerſus extraneum & inter ipſos dandam eſſe per quam fiat vt dimidiam partem poſſeſſionis ſinguli apprehendant. Quid enim hoc aliud eſſe obſecro, quàm quod nos volumus, non poſſe in hoc caſu competere Seruianum quam competere Iuliano dixerat contra extraneum in priore caſu prioris ſpeciei, neque Saluianum quod in eadem priore ſpecie idem Iulianus dixerat inter locatores ipſos dandam eſſe, ſed tantùm vtilem Seruianam & hypothecariam quam ſanè ſanus nemo eligeret eo caſu quo poſſet habere Saluianum, de quo non dubitatur quin vſum habeat & commodiorem & expeditiorem quoties ille qui eo experitur, poteſt vincere: quod omnium manifeſtiſſimè indicat Vlpianus *in d. l. vltim. eod.*

eod. cùm ait ideò descendendum esse ad Seruianum iudicium, vt qui non possidet possit vincere qui haud dubiè in Saluiano vinceretur, vt intelligamus nō nisi vrgente necessitate decurrendum esse ad Seruianam, & eo demùm casu quo vel nullomodo, vel non satis commodè possit locus esse interdicto, vt de directa rei vindicatione scriptum est in l. is qui destinauit 24. D. de rei vindicat. §. commodius Instit. de interd. Et idcircò nimirùm dicitur descendere & progredi is qui ad Seruianum iudicium decurrit, quoniam primus gradus est primùmque consilium Saluiani si fieri possit, proponendi: & à Seruiana ad Saluianum venire non progredi, sed regredi esset, nec decurrere, sed recurrere, nec descendere quod facilius est, sed ascendere, quod difficilius & laboriosius.

ERROR V.

Cur non competat, directa Seruiana cùm conuenit vt res coloni pluribus obligatæ sint pro partibus.

CVt verò non competit directa Seruiana, cùm conuenit vt res coloni pluribus locatoribus obligatæ essent non in solidum sed pro partibus? an non perinde verum est partem earum dimidiam obligatam esse, ei verò qui obligatas habet res coloni directam competere Seruianam §. item Seruiana Inst. de action. Respondeo ius hoc ex eo proficisci, quod is qui agit Seruiana, contendit rem in quam agit esse sibi obligatam, verum autem non est dicere totam rem esse obligatam quæ non nisi pro parte obligata est, pro parte, inquam indiuisa. Nam si poneres partes esse diuisas tot viderentur esse fundi, quod essent portiones. cùm fundus sit ex earum rerum numero, quæ habent partes homogeneas, quia qualibet pars fundi est fundus, & ideò nihil prohiberet in vtramque partem dari Seruianam directam, l. 3. §. vlt. D. qui potior. hab. At cùm partes sunt indiuisæ nulla corporis pars est ita obligata vni vt non sit verum dicere alteri quoque obligatā eā esse, l. illud 46. D. de rei nupt. l. serui electione §. §. 1. & vlt. de leg. 1. idque vi & potestate ipsius pacti quod vnam duntaxat rei partem indiuisam afficiendo, aliam hoc ipso ab obligatione eximit. Hoc enim addendum est vt ei satisfaciamus qui fortasse nobis obiecturus esset: tum quoque cum conuenit de rebus coloni pluribus locatoribus simul & in solidum vnicuique ipsorum obligandis, verum esse dicere non itas res illas vni in solidum obligatas quin obligatæ essent etiam alteri & quidem in solidum, nec eo minùs tamen singulis competere directam Seruianam, l. si debitor 10. D. de pignor. Sed sunt istadissimilia. Hoc enim casu nihil est quod Seruianam impediat quominùs exerceri possit ab eo qui vere potest dicere res in quas agit obligstas sibi esse in solidum ex propria conuentione, quamuis æquè verum sit easdem illas esse alteri quoque obligatas, & quidem perinde in solidum. vt in d. l. illud nempe quoniam id fit non eisdem pacti potestate, sed alterius locatoris qui propria etiam conuentione sibi prospexit. Ex quo fieri necesse est vt sicuti concurrunt in iure pignoris, ita etiam concurrant in iure proponendæ actionis Seruianæ si ambo & singuli agere Seruiana velint contra extraneum: Itemque vt si inter se & inuicem agant possessor vincere debeat non defectu iuris ex parte agentis, sed vi exceptionis oppositæ ex parte possessoris, d. l si debitor. At vbi conuenit vt res coloni obligatæ essent pluribus quidem locatoribus, sed singulis non nisi partibus, pactum ipsum est quod facit ne possit res dici obligata esse vnicuique ipsorum in solidum, ac proinde impedit ne Seruiana exerceri possit, siquidem pars quæ obligata est, hoc ipso quod indiuisa est, etiam est incerta, quia demonstrari certò non potest, tametsi placeat posse illam possideri, tanquam quæ certa sit & quod ad quotam portionem, & quod ad rem ipsam cuius quota portio est, sed non quantum ad demonstrandam oculis partem vllam rei quæ ita sit obligata vt non etiam aliquid in ea sit quod non sit obligatum, d. l. 3. §. post diuisionem D. qui potior. in pign. hab. Nec quæ ita sit pars vna vt non sit etiam altera, l. locus certus 26. D. de acquir. poss. quæ tamen lex de fundo & re immobili loquitur, cuius alia ratio sanè est quàm rei mobilis: Res enim mobiles non solùm indiuisæ sunt, sed etiam vt plurimùm indiuisibiles: & eiusmodi vt earum pars nullam vtilitatem afferre possit, propter quam causam solent diuidi numero tantùm & quantitate: quod in rebus immobilibus secus est: Atqui Seruiana non nisi de mobilibus coloni rebus competit quæ in fundum locatum illatæ sint pignoris iure & quæ pignoris iure teneantur, §. item Seruiana Inst. de action. ac de quibus pro conductionis mercede obligandis expressim conuenerit. Tanto minùs ergo fieri potest vt Seruiana competat pro ea re mobili quæ pluribus locatoribus, non nisi pro partibus obligata esse proponatur, quia neuter ex locatoribus potest absolutè dicere rem illam sibi pignoris iure teneri quin pro parte mentiatur: nec fieri potest vt pareatur arbitrio iudicis iubentis rem mobilem quæ pro parte tantùm obligata sit pro parte restitui, quia tale præceptum impossibile esset cùm rei mobilis restitutio pro parte fieri non possit, & tamen eiusmodi iussum præcedere oporteret ex natura cuiuslibet actionis arbitrariæ qualis est Seruiana, vt sequi posset condemnatio §. præterea Inst. de action.

ERROR VI.

De vera sententia d. l. vlt. & l. 1. §. vlt. de Saluian interd.

SVperest vt quæ nostra coniectura sit de sententia dict. l. vlt. de Saluian. interdict. subiiciamus. Id verò vt breuiùs expediamus, Dicimus posse duobus modis contingere vt res colono pluribus locatoribus obligatæ sint in solidum, Vno ita vt simul, id est vna eademque conuentio colonus cum vtroque locatore conueniret de pignore, qui casus est quem tractat Vlpianus in d. l. si debitor 10. D. de pignor. Itemque Iulianus in d. l. 1. §. 1. de Saluian. interdict. Altero ita vt ea duplex obligatio per duplicem conuentionem contraheretur, Pacto scilicet de obligandis rebus coloni separatim adhibito ita vt verum sit dicere res illas coloni, vtrique quidem locatori obligatas fuisse in solidum, sed vni priùs quàm alteri: quod euenire necesse est quoties non simul fuerunt vtrique locatori obligatæ. Et hic nimirum casus est de quo intelligi volo Vlpianum in dict. l. vlt. vbi tractat quidem de rebus coloni illatis in fundum communem plurium, & quidem iure pignoris, id est de quibus obligandis expressim conuenerit, hoc enim necessarium est non minùs Seruiana actio quàm vt Saluianum interdictum competat: sed non ponit conuenisse vtrumque locatorem simul de pignore, quod nec fieri necesse est. In eoque aperta differentia est inter pignora expressum pro quo Seruiana competit de rebus coloni in fundum

dum

dum & prædium rusticum illatis, & pignus tacitum quod sola illatione rerum Inquilini in prædium vrbanum inuectarum contrahitur. Nam si res inquilini sint illatæ in prædium vrbanum quod sit commune plurium, fieri non potest vt non sint simul & eodem tempore obligatæ, cùm obligentur per solam illationem, quæ porrò sicut vnica est, ita temporum distinctionem ex locatorum diuersitate recipere nullam potest. At è contrario cùm obligantur per pactum expressum potest duplex pactum intercedere, soléque vt plurimùm ita euenire, & consequenter alterum altero anterius esse necesse est, ac proinde alterum ex locatoribus altero potiorem: ex vulgari iuris regula quæ vult in pignoribus eum qui sit prior tempore, esse etiam potiorem iure. Ita fit vt si inter istos locatores Saluianum interdictum reddatur, quod vtique reddi potest cùm singuli habeant res coloni in solidum obligatas, vincere debeat is qui possidet, vt scribit Vlpianus *in d. l. vlt.* quia hoc casu cætera sunt paria, cùm vterque locator vtatur pacto expresso ex quo Saluianum nascitur, nec quod alter altero anterior sit facere potest vt ideò debeat vincere si non sit possessor. Id enim ad ius pignoris tantùm pertinet, non ad causam possessionis de qua sola quæritur in Saluiano interdicto. Sed si is qui tempore anterior est in pignore, quia prior interposuerit pactum de obligandis rebus coloni velit agere Seruiana, quod suo iure facere etiam potest, cùm habeat res illas in solidum obligatas, vincet proculdubio licèt non possideat, quoniam in Seruiana non de possessione quæritur vt in interdicto, sed de solo iure pignoris, in quo potior est non qui possessor, sed qui prior inuenitur. Itaque vt vincat is qui nõ possidet, necessarium ei est auxilium actionis Seruianæ, is verò qui possidet nec Seruiana indiget, nec Saluiano, neque etiamsi velit aut actionem illam, aut interdictum hoc proponere potest, quia possidenti, neque hoc interdictum accommodari potest quod est adipiscendæ possessionis, neque Seruiana per quam possessio quæ penes alium sit, auocatur. Denique inter duos istos casus Rerum coloni pluribus locatoribus simul & coniunctim, aut separatim obligatarum, nihil interest quantum ad hoc vt locator qui non possidet possit aut actione Seruiana experiri contra possidentem, siue alius locator ille sit, siue tertius possessor quilibet, aut interdicto aduersus colonum ipsum, inducente tamen inter ipsos locatores Saluianum alio locatore per suam contradictionem tuendæ possessionis suæ gratia vt explicauimus in superioribus. Sed interest tantùm quod ad hoc vt agens Seruiana is, qui prior fuit in contrahendo pignore vincat alium locatorem quamuis possessorem, à quo haud dubiè vinceretur, non modò si Saluianum proponeret omni casu, sed etiam si Seruianam exerceret contra eum qui concurreret in tempore, ita vt non esset posterior, licèt nec prior esset quia non minùs in Seruiana, quàm in Saluiano verum est, quoties cætera sunt paria, potiorem esse causam possessoris debere, cætera autem esse paria, cùm vtriusque locatoris pignus eiusdem temporis est. Nempe quod pertinet ad Seruianam, Quod enim ad Saluianum spectat, sunt etiam cætera paria, tum quoque cùm vnius ex locatoribus pactum alterius pacto anterius fuit, vt iam diximus, dummodo vterque habeat pro se conuentionem pignoris, quia solum pactum sufficit ad inducendum Saluianum, nec tempus pacti spectator tanquam quod nihil commune habeat cum iure & causa possessionis Igitur in Saluiano hoc plus est quàm in Seruiana, quod nihil refert an res coloni fuerint obligatæ simul & coniunctim pluribus locatoribus, an separatim, Omni siquidem casu vincit locator ille qui possidet etiamsi tempore posterior sit in iure pignoris. Qui tamen non vinceret, sed vinceretur, si Seruiano iudicio conueniretur. Et hoc vnum in toto tractatu nostro est quod Cuiacius benè vtérque dixit, non semper in Seruiana vincere illum qui vinceret in Saluiano. Excipiendus enim est ille casus, & quidem vnicus, quo is qui ex locatoribus possessor est, sit tamen in causa pignoris posterior tempore, At non ille quem vir doctissimus comminiscitur, si pluribus locatoribus eadem res coloni non in solidum obligatæ sint sed pro partibus, Hoc enim casu neque Seruiana competit, neque Saluianum, vt probauimus, sed vtilis Seruiana & hypothecaria, tantùm abest vt verum esse possit quod vult Cuiacius, vincere hoc casu debere in Saluiano eum qui possidet, in Seruiana verò eum qui tempore sit prior. Neque enim fieri potest vt non semper & omni casu vincatur ille qui nullo iure agit: quod euenit in eo qui aut Saluiana aut Seruiana actione experitur pro ea parte quam nullo modo habet obligatam. Adeò vt non tam male quàm nihil agere dici possit, vt *in l. 1. in fin. D. quand. dies vsusfr. leg. ced.*

ERROR VII.

De postrema parte §. vlt. l. 1 ff de Saluian. interd.

SVperioribus coniungendum necessariò est, ne quid prætermittamus eorum omnium, quæ ad hunc tractatum pertinent, quod scribit Iulianus *in d. l. 1. §. vlt. de Saluian. interd.* Idem seruari oportere si colonus rem quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, scilicet, inquit, vt pro parte dimidia persecutio pignoris detur: nempe non per Seruianam nec per Saluianum, sed per vtilem actionem, id est, per quasi Seruianam & hypothecariam, vt & in specie præcedente, Nihil enim prorsus interest an res communis plurium inducatur ab vno tantùm colono in fundum vnius locatoris, An verò res vnius coloni inferatur in fundum communem plurium, non subiecta conuentione vt singulis dominis in solidum esset obligata, sed vt nõ nisi pro partibus, Vtroque enim casu pignus non contrahitur nisi pro parte eàque indiuisa, vno quidem casu quia socius socij partem obligare non potuit *l. 3. §. vlt. qui potior in pign. hab.* Altero autem quia non id actum est vt tota res vni ex locatoribus obligaretur. Et consequenter eadem iuris ratio facit, vt neque Saluianum nisi aduersus conductorem, neque Seruiana siue contra extraneum, siue inter locatores ipsos possit competere vni ex locatoribus, sed necessariò confugiendum ei sit ad quasi Seruianam & hypothecariam: quæ duo quidem sunt nomina, sed vnius eiusdémque actionis licèt contrà scripserit Accursius *ad d. l. vlt.* ex aliorum tamen quorumdam quos refert potiùs quàm ex sua sententia, malè in eo emendatus à Bartolo quasi error scripturæ is fuerit potiùs quàm doctrinæ, cùm tamen appareat relatos nec nominatos ab Accursio interpretes nõ aliter se à proposita difficultate euoluere potuisse quàm separando non solùm Seruianam à quasi Seruiana, sed etiam quasi Seruianam ab hypothecaria, quod apertè stultum est pugnátque disertè cùm *d. §. item Seruiana Inst. de action.* alijsque innumeris iuris locis.

ERROR VIII.

De vtili Saluiano in specie l.1.in princip. ff.de Saluian.interd.

NOn alius in toto iure nostro locus est in quo fiat mentio vtilis Saluiani interdicti, præterquàm *in l.1.in princip. D.ult.tit.de Saluian.interd.* vbi proponitur ex Iuliano species elegans de colono qui ancillam in fundum à se conductum duxerit pignoris nomine, tùm eam vendiderit non consentiente scilicet locatore. Hoc enim necessariò ponendum est, ne alioqui fatendum sit remissum esse pignus à locatore qui venditioni consenserit, quæ res non minùs Saluianum interdictum, quàm Seruianam actionem impedirit, *l.1.C de precar.& Saluian.interd.* Ait verò Iulianus quod apud ancillæ huius emptorem ex ancilla natum est eius apprehendendæ gratia vtile interdictum reddi oportere. Hic verò statim & ex abrupto interpretes omnes exclamant, & post omnes sed altiùs quàm cæteri, Deus bone, quis credat? Iacobus Cuiacius, Viden inquiunt, dari hoc interdictum etiam contra emptorem de partu apud ipsum emptorem edito ex vendita ancilla. Et quod magis est dici vtile hoc interdictum ne putes Iulianum pugnare cum Imperatore, qui *in d. l. 1. C. d. precar.* disertè affirmat non nisi contra conductorem debitorémve dari, scilicet directum. Subtiliùs verò, si diis placet, argumentatur. Iacob. Menoch. *in remed. 3. adipisc. possess.* non esse dubitandum quin de ancilla ipsa vendita multò magis idem ipsum senserit Iulianus quod scripsit de partu ancillæ non vendito, sed apud emptorem nato: eius nimirum apprehendendi gratia vtile quoque interdictum competere, cùm fieri nequeat vt minùs iuris habere debeat locator, idémque creditor in proponendo Saluiano pro ancilla vendita quæ expressim fuit oppignorata, quàm pro ancillę partu de quo nihil expressè dictum fuerat in pignoris cōuentione, quique non aliam ob causā possit videri obligatus, quàm quòd matris conditionem sequatur *l.1.Codic de part.pignor.* Addit Cuiacius *libr. 5 Obseru cap. 24.* Sicuti non tantùm Seruiana actio aliqua est, sed etiam quasi Seruiana, quæ & vtilis Seruiana appellatur, ita & admitti oportere non tantùm Saluianum interdictum aliquod esse, sed etiam quasi Saluianum, id est vtile illud cuius meminit Iulianus *in d. l. 1. in princip.* Ego verò tametsi nolim negare quod Iulianus tam apertè scribit, & certè verissimum est, aliquod esse vtile Saluianum quod ita dici possit & debeat ad differentiam directi, nego tamen Iuliani sententiam eā esse quam omnes interpretes sibi fingunt, vt interdictum illud vtile possit contra emptorem exerceri siue in specie *d. l. 1.* siue alio vllo casu. Nec video quid causę sit cur probandū habeam nihil tale sensisse Iulianum cum in eius verbis nihil sit quod hunc sensum præ se ferat. Quid enim est quod scribit? Hoc vnum videlicet, ne quid addamus vel detrahamus, *quod apud emptorem ex ancilla natum est eius apprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportere* At nos qui non Iuliano sed erroribus interpretum pugnam & bellum indicimus non de illo nunc disputamus, de quare interdictum Saluianum, siue directum, siue vtile dari oporteat, sed tantùm, contra quem, non contra venditorem ancillæ eundémque conductorem & debitorem, quod nos affirmamus an verò etiam contra emptorem, quod interpretes volunt. Hoc autem est de quo Iulianus nihil scribit, nempe qui sicut non dubitabat quin aduersus conductorem tantùm modò interdictum dari posset, ita neque putabat fore vt quisquam esset tam stupidus qui responso illo adeò eleganti deceptus probare vnquam ex eo vellet, emptorem ex interdicto illo vtili posse conueniri, sunt enim semper supponendi, vt est in brocardico, termini habiles, nec vnquam faciendum est, vt in responsis maximè prudentum interpretandis fingamus, & præsupponamus quasi in necessarium antecedens tale quid ab iis intellectum esse, quod etiam disertè scriptum legeretur, an tamen verum esset, aut quomodo accipi oporteret, dubitari probabiliter posset. Nam, vt habet sententia iuris pontificij, intellectus dictorum ex causa dicendorum sumendus est, non contrà. Cùm igitur Iulianus de illo tantùm quærat, qua de re interdictum competat non contra quem detur, Quis ferat illationem istam interpretum, vt ex eo quod scriptum est de partu ancillæ oppigneratæ apud emptorem edito interdictum vtile reddi oportere, inferant, emptorem igitur vtili interdicto conueniri posse?

ERROR IX.

De sententia & ratione d.l.1.in princ. ff de Saluian.interd.

FEfellit interpretes, quod videre non potuerunt qui alius præter emptorem conueniri possit Saluiano de partu qui apud emptorem ipsum natus proponantur, illud verò longè difficilius est, quā fieri possit vt conductor, idemque debitor qui ancillam vendidit conueniatur pro partu post venditionem nato: quod tamen nos affirmamus. Neque tamen facilius quicquam est, si propius intueare. Cum enim ancilla vendebatur olim, occurrebat passim, vt propter vitium aliquod apparens quod antè latuerat redhiberetur ex ædilitio scilicet edicto, cuius in eam rem præcipuus vsus erat. Id verò cùm eueniebat, etiam quod ex ancilla post venditionem, ac proinde apud emptorem natum erat, reddi oportebat, siue vnus tantùm partus esset, siue plures, vt ait Vlpianus *in leg. quod si non lib. 31.§ si ancilla, D.de ædilit. edict.* vbi additur, sed etsi fortè vsusfructus proprietati adcreuerit indubitatè hunc quoque restituendum esse: sed & peculium quod quæsiit apud emptorem, si modò non ex re ipsius emptoris quæsitum sit, sed aliunde obuenerit. Quid enim aliud est redhibere quàm facere vt rursus habeat venditor idipsum quod habuerit antea *leg. redhibere 21. eod.* id est eodem prorsus modo & iure quo nunc haberet si nunquam habere desiisset: Nam & solemus ideò dicere, Mancipio redhibito retroagi omnia, vt Paulus loquitur *in leg. quia redhibito 9. D. alien. iudic. mut. caus. fact.* vbi ex hoc infert, non videri alienare iudicij mutandi causa eum, qui redhibet, nisi propter hoc ipsum redhibeat non aliàs redhibiturus. Ratio est quia redhibitio fit necessitate iuris ex parte venditoris, qui recusare non potest quominùs rem recipiat si emptor sed redhibere velit quāuis ex parte emptoris sit voluntaria *l.bouem 43.§. si quis cum consilium D. de ædilit. edict.* in cuius fine obserua legendum esse *venditum* non *venditor* Nec contrarium est quod placet pignus manere obligatum etiam si redhibitum fuerit mancipium, quod fuerat pignoratum: *d.l. bouē §. pignus.* Ita vt non desinat Seruianæ locus esse nisi ex voluntate creditoris emptor redhibuerit rem quā emerat, *l. si debitor 4. in princip. D. quib. mod. pign. vel hypot. soluit.* Id enim rationē illam habet quam modò diximus quod ex parte emptoris redhibitio sit voluntaria, cùm nemo cogat eum redhibere inuitū.

In

In quo differt redhibitio quæ fit edicti potestate ab ea quæ fit ex necessitate pacti præcedentis concepti sub conditione casuali non potestatiua, *l. 3. eod. tit. l. 4. alias l. si duobus §. sed & Marcellus D. de in diem addict.* ne scilicet aliter posito iure fieret iniuria venditori qui non aliter quàm certa illa dicta-que lege fuerat venditurus. Cæterùm tum quoque cum redhibitio fit ex edicto Ædilium, licet pignus maneat obligatum, quod ab emptore ante redhibitionem fuerat constitutum, illud tamen quoque verum est non aliter videri rectè factam redhibitionem quàm si pignore liberatum mancipium redhibeatur, quemadmodum & rem di illud necesse esset si alienatum fuisset. *d. §. pignus.* Id si non fiat, nihilominus manet quidem pignus quod fuit, sed tenetur emptor venditori, adeo vt non prius ad redhibitionem admittatur. vnde illud etiam fit vt cùm redditur ab emptore mancipium venditori, de dolo repromitti oporteat, itaque cautio necessaria ne fortè aut pignori datus sit servus ab emptore, aut iussu eius furtum siue damnum alicui datum sit, *d. l. redhibere §. 1. vt & in specie l. si post acceptum 18. D. de rei vindic.* Enimvero si pignus ab emptore constitutum in ancilla redhibita manet obligatum, Multò magis certum est manere pignus quod ab ipso venditore in eadem ancilla constitutum fuerat, nec indigere vt per redhibitionem ressuscitetur. quod nunquam euanuit, cùm alienatio, neque facta sit, neque fieri potuerit nisi cum sua causa, *l. debitorem 15. & pass. C. de pignor. leg. vnic. C. rem alien. gerent. non interd. rer. inar. l. alienatio. 67 D. de contr. empt.* Cùm igitur dubitari non possit quin ancilla redhibita quæ fuerat à venditore eodémque conductore oppignerata locatori ante venditionem, maneat semper eidem locatori obligata, illud omninò consequens est, vt partus quoque apud emptorem ex ipsa editus, & cum matre redhibitus in eandem pignoris causam recidat, matrisque suæ conditionem sequatur ex *dict. l. 1. C. de part. pignor.* Nec tantum si ponas conceptum fuisse apud venditorem, vt iidem interpretes nostri male ponunt, sed etiamsi apud emptorem, vt omnium apertissimè probat supradictus Vlpiani locus *in d. §. si ancilla*, in illis verbis. *siue vnus partus esset, siue plures.* Quomodo enim fieri posset vt plures partus editi essent apud emptorem, quin saltem postremus apud eundem conceptus fuisset? Plures siquidem partus cùm dicimus non plures liberos intelligimus, qui scilicet primo etiam partu edi possent, sed multiplicitatem significamus partuum distinctis temporibus & conceptorum, & editorum *l. Arescu'a 16. D. de stat. homin.* de cuius sententia & emendatione scripsimus *lib. 19. Coniect. capit. 1. 2. & 3.* Nec quod partus apud emptorem conceptus nunquam venditoris fuerit, ad rem facit. Nam vt mancipio in causam pignoris dato etiam illa quæ ex eo nata sunt eodem iure habeantur, sufficit vt ad eum qui obligauit, aut ad hæredem eius dominium ipsorum quandoque peruenerit, *l. Paulus 29. §. 1. D. de pignor.* vbi proinde quod additur si tale mancipium apud emptorem pepererit, non fore partum obligatum, de eo partu accipiendum esse constat, qui ab emptore ad venditorem nunquam redierit per redhibitionem, sed qui ex quo semel factus est emptoris, exinde semper eius manserit, aut non nisi noua fortè causa, vtrinque prorsus voluntaria peruenerit ad venditorem. Illa siquidem retroactio quam per redhibitionem fieri diximus, & per quam fiat vt ancilla redhibita perinde habenda sit quod ad venditorem pertinet, acsi vendita nunquam fuisset, non similiter locum habet cùm & redditur emptori ex causa nouæ conuentionis, quæ fit omninò voluntaria, *l. 3. in fin. D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* De quo tamen plura sequenti capite dicenda erunt. Vnum illud interpretationi nostræ obstar videtur, quod apud Iulianum *in d. l. 1. in princip. de Saluian. interd.* nulla fiat mentio redhibitionis. ideóque commentitia interpretatio nostra esse videatur, & vt loquuntur, diuinatiua. Sed iam respondi supponendos semper esse terminos hab[...] n[...] quod commentum aut diuinationem d[...] d[...] sed aptissimam planéque necessariam interpretationem, ne alioqui nulla cogente verborum necessitate ratio iuris violetur.

ERROR X.

Cur de partu pignoris obligato apud emptorem concepto & ad venditorem reuerso non detur directum Saluianum contra emptorem.

AT probabiliùs hæsitare & quærere quis possit quid necesse sit tractare in hac specie de vtili interdicto, cùm possit directum sufficere si ponamus agi de partu pignoris qui sit ideo ipse quoque obligatus quòd per redhibitionem redierit ad venditorem, & agi aduersus conductorem ipsum non aduersus extraneum emptorem. Quid enim obsecro, impedit quominùs directum hoc casu competat cum omnia concurrere videantur, quæ solent facere vt possit locus esse directo Saluiano? Hic verò etiam est, quod interpretes nostri videre non potuerunt, paucique fortassis etiamnum viderent, si non esset facilis & propemodum obuia responsio ex iis quæ in præcedentibus disputauimus. Elegans enim responsio est, petendaque ex eo quòd docuimus directum Saluianum non tam ex iure contracti pignoris descendere, quam ex pacto adhibito per quod expressim conuenerit de pignore vt disertè scriptum est *in §. interdictum autem Inst. de interd.* Inde námque fit, vt quemadmodum potest Saluianum directum competere etiam pro re quæ nec verè obligata sit nec obligari per conductorem potuerit, puta quę fuerit aliena siue alienam sciuerit, siue ignorauerit conductor qui eam aut bona fide aut mala fide pignorauit, dummodò eam pignori futuram expressim pepigerit, *d. §. interdictum. iunct. l. §. pen. D de migrand.* Ita quoque è contrario non possit competere ne quidem aduersus conductorem etiam pro re quæ pignoris iure ac vinculo verè teneatur si non intercesserit pactum expressum de re illa vel specialiter vel generaliter obliganda. Atqui cùm de ancilla sola pactum pignoris conceptum est, præsertim quæ non fuerit eo tempore prægnans licèt partus quoque posteà editus siue apud conductorem ipsum ante venditionem, siue apud emptorem post venditionem, dummodò secuta quandocumque redhibitione perinde obligatus intelligatur, acsi de obligando eo nominatim conuenisset, *d. l. 1. C. de part. pignorat. d. l. Paulus 29. §. 1. & l. fideiussor 26. §. vltim. de pignorat* Verum tamen est dicere nullum de partu obligando pactum interuenisse, solaque iuris potestate fieri vt partus quoque obligatus censeatur, quod Paulus noster non obscurè significat *in d. l. Paulus §. 1.* iis verbis *ea quoque quæ ex iis nata sunt eodem iure habenda sunt.* & paulo post, *siue specialiter de his conuenerit, siue non*, vt intelligamus non tam vi pacti expressi hoc fieri, quàm authoritate iuris, & ex consensu Prudentum quo authoritas fuit in eam rem imploranda, *d. l. 1. C. de part. pignorat.* Fateor fieri hoc in consequentiam pacti expressi, quo ancilla fuit

pignorata, quia si mater obligata non fuisset, nec partus esset. Sed nego hoc sufficere ad inducendum directum Saluianum, quod vtique requirit nec ssariò vt pactum praecesserit de obliganda siue specialiter siue generaliter ea re pro qua Saluianum exercetur. Atqui quod pactum interuenerit de ancilla obliganda, non potest facere vt de partu quoque ancillæ obligando conuenisse videatur, ne quidem tacitè, quia non tam ex tacita & præsumpta contrahentium voluntate fit vt partus quoque obligatus intelligatur, quàm ex mera iuris ratione, quæ omninò facit, vt partum pignoratæ ancillæ in pari causa esse qua mater est, prorsus necesse sit: adeò vt probabiliter defendi possit non esse in potestate contrahentium facere, vt matre obligata non sit etiam obligatus partus ex ea editus cuius dominium sit penes debitorem, non magis quàm vt liber sit non seruus, nisi quod etiam apud emptorem conceptus perinde seruus est, quia mater, ancilla manet, at non æque obligatus est licèt maneat illa obligata: Nimirum quia iuris ratio quæ facit vt partus necessariò sequatur conditionem matris non minus in iure pignoris, quàm in conditione status, eadem ipsa impedit, ne pignus vtiliter contrahi possit in ea te quæ nec constituti pignoris tempore, nec posteà vnquàm fuerit debitoris aut hæredum ipsius *l. ante omnia 23. D. de probat. l. & qua nondum 15. in princ. & §. 1. D. de pign.* At cùm partus ancillæ apud emptorem editus peruenit ad debitorem prætertim ex causa redhibitionis, vtraque iuris ratio concurrit vt partus ancillæ sit perinde obligatus atque ancilla ipsa, vtque inuitis etiam contrahentibus conditionem matris necessariò sequatur, cessante scilicet impossibilitate quæ sola facere poterat, ne sequeretur. Et tamen quia per consequentiam pacti expressi quod de obliganda matre interpositum fuerat, hoc euenit vt partus quoque obligatus intelligatur. Benè ac subtiliter Iulianus respondit vtile interdictum hoe casu accommodandum esse locatori aduersus conductorem, cùm vtrumque verum sit & partum hunc obligatum esse reuera, & pactum aliquod interuenisse non quo partus hic obligatus sit, sed propter quod sit obligatus: Pactum videlicet illud quo mater obligata fuit, & sine quo partus non esset obligatus, quia nec mater esset. Tantòque magis necessarium erit hoc casu Saluianum si ponas ancillam non fuisse conductoris, sed alienam, puta quam ipse à non domino, siue bona, siue mala fide comparauerat, cùm hoc casu neque Seruiana, neque quasi Seruiana possit competere: Possit tamen Saluianum in quo agitur, vt dixi, non de iure pignoris sed de sola possessione cuius adipiscendæ per hoc interdictum iusta semper causa est si tale pactum de pignore præcesserit ex quo fuisset res obligata si aliud nihil obligationem impediuisset: quod in proposita specie accidit, in qua poterat pactum de oppignoranda ancilla sufficere ad partum quoque obligandum licet de partu nihil conuenisset, si ancilla non fuisset, aliena. Hoc verò etiam interpretes nostri non intellexerunt, qui nunquam de Saluiano tractant, quin exigant vt res pro qua interdictum proponitur, sit verè obligata, nec contenti sunt pacto pignoris, quo tamen contentum est Saluianum. Ideoque nimirum disputant, qui fieri possit vt partus apud emptorem editus, sit obligatus locatori, & vt faciant obligatum, ponunt fuisse conceptum apud debitorem, existimantes non aliter fieri posse vt veniat Saluianum Sed alius ille tractatus est nec minus difficilis. De quo tam separatum videamus.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Sexagesima.

ERROR PRIMVS.

De partu ex ancilla pignorata & vendita, edito apud emptorem.

QVærunt Interpretes, An partus ex ancilla pignorata & vendita editus apud emptorem, obligatus esse censeatur. Ideò autem concipiunt quæstionem de partu edito apud emptorem, quia in eo qui esset editus apud venditorem, eundémque debitorem, non dubitarent quin is quoque pignoratus intelligeretur, siue quod ex ratione iuris ita comparatum sit, vt partum oporteat sequi conditionem matris suæ, *l. 1. Cod. de part. pignor.* Siue quod ita scripserint disertis verbis Iureconsulti *in l. fideiussor. 26. §. vltim. l. Paulus respondit 29. §. 1. D. de pignor.* Dubitant de solo eo partu qui editus sit apud emptorem, & dubitandi causam sumunt, ex eo quod alius quibusdam iuris nostri locis videantur prudentes nostri in ea esse sententia, vt partum editum quoque apud emptorem vellint esse obligatum, præsertim verò *l. si conuenerit 18. § si fundus D. de pignor. action* vbi Paulus ait, si fundus pignoratus venierit manere causam pignoris, quia fundus eum sua causa transeat *Sicut*, inquit, *in partu ancillæ qui post venditionem natus sit*: cui sententiæ congruere putant, quod ex Iuliano traditur *in l prima, in princip. D. de Saluian. interdict.* Si colonus ancillam in fundum pignoris nomine duxerit, & eam vendiderit, quod apud emptorem ex ea natum est eius apprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportere. Quomodo enim posset, inquiunt, competere Saluianum pro partu ancillæ si non partus ipse perinde obligatus, atque ancilla ipsa esse intelligeretur? Videat tamen ex diametro repugnare eundem Paulum *in dict. l. Paulus §. 1. De pignor.* vbi posteaquam scripsit, si mancipia in causam pignoris ceciderint, etiam ea quæ ex his nata sunt eodem iure habenda esse siue specialiter de his quoque obligandis conuenerit, siue non, si modò eorum dominium ad eum peruenerit, qui obligauit, vel ad hæredem eius, subiungit in hæc verba, *Cæterùm si apud alium dominum pepererit, non erunt obligata.* Qui locus adeò apertus est, vt non aliam conciliationis ineundæ rationem videre possint Interpretes, quam vt dicant distinguendum esse an partus apud emptorem editus tantùm sit, sed conceptus tamen apud venditorem eundémque debitorem. An verò apud emptorem & conceptus & editus. Priore casu volunt obligatum esse, posteriore autem non esse. In quo apertè vim faciunt Paulo

Paulo tam *in dicto §. si fundus*, quàm *in dicto §. 1. l. Paulus*, nec minùs Iuliano *in dict. l. 1. in princip. de Saluian. interdict.* Omnibus enim locis istis, tam quibus probare velis partum esse obligatum, quàm qui præ se ferant non esse obligatum, natiuitatis tempus solùm exprimunt, & considerant Iureconsulti non conceptionis: Cuius sanè ratio hac parte ne haberi vlla possit, iuris ratio ipsa omninò facit. Nam cùm partus priusquàm editus sit, nec partus, nec homo dici possit, *l. in Falcidia 9. §. primo, D. ad leg. Falcid.* quid referre, quæso, potest ad eum potiùs obligandum, quòd conceptus fuerit apud debitorem si modò natus sit apud emptorem? Quoties enim de hoc quærimus an res aliqua sit pignori obligata, illud vnum inspicere præcipuè debemus an ipso conuentionis tempore, an saltem aliquando postea fuerit in bonis & dominio debitoris, cùm certissimi iuris sit, non aliter pignoris dationem valere posse, *l. ante omnia 23. D. de probat. l. & qua nondum 15. in princip. & §. 1. D. de pignor.* An non autem prius est, vt partus sit natus & editus, quàm vt possit dici obligatus? Omnis siquidem dispositio, vt nostri iactare solent, præsupponit substantiam, nec fieri potest vt non entis, quod aiunt Philosophi, vllæ sint qualitates. Neque est quod quis ad hanc speciem trahat, Eum qui in vtero est iam exinde haberi pro nato: id enim toties verum est quoties de illius qui in vtero est commodo agitur non etiam si de incommodo tractetur, *vulg. l. qui in vtero 7. D. de stat. homin.* Incommodum autem est non commodum eius qui est in vtero si habeatur pro nato ad hoc vt tantò faciliùs habeatur pro iam exinde obligato, cùm obligatio illa quò expressior & specialior est, eò magis impediat ne possit ille manumitti, *l. si quis non obligatum, 6. D. qui sin. manumiss. ad libert. peruen. iuncta l. generaliter 29. D. qui & à quib. manumiss.* Præter id quod regula illa ad liberos homines tantùm pertinet non etiam ad seruos vt alibi monuimus. Quomodo enim partus ancillæ conceptus haberetur pro nato, qui etiam natus habendus esset pro nullo *l. quod attinet 32. D. de reg. iur.* Et sanè cùm ea sit fictio iuris ciuilis inducta potissimùm ob legitimas hæreditates, vt constat *ex l. qui in vtero 26. de stat. homi.* fieri nullo modo potest vt ad seruos pertineat qui consortium iuris ciuilis nullum habent, adeóque nec prætorij, *l. qui testamento 20. §. seruus quoque, D. qui testam. fac. poss.* Nihil igitur potest interesse, vtrum ancilla pignorata conceperit apud debitorem, eundémque venditorem, an verò apud emptorem, & vtroque casu verum est pro pignorato haberi non posse partum, qui apud emptorem editus sit & natus. Nec existimandum est alicui ex antiquis authoribus ius venire in mentem vnquam potuisse vt aliud responderet: quod neque Interpretes fecissent, si ex supradictis iuris locis, qui pugnare ex diametro videbantur aliter euoluere se potuissent.

ERROR II.

Si partus apud emptorem editus redhibitus sit cum matre pignorata.

NOs verò iam ostendimus Decade præcedente, quàm parum ad rem faciat, quod illi nobis obiiciunt ex Iuliano *in d. l. 1. de Saluian. interd.* Saluianum vtile reddi oportere apprehendendi gratia quod apud emptorem natum sit ex ancilla per colonum pignorata & in fundum pignoris nomine inducta. Nam cùm id non aliter verùm esse possit, quàm si aduersus conductorem agatur contra quem solùm potest interdicto locus esse, vt probauimus ex *l. 1. Cod. de precar. & Saluian. interdict.* apparet non de alia specie Iulianum intelligi posse, quàm in qua partus apud emptorem editus, penes venditorem reperiatur, & quidem ex ea causa quæ ius pignoris retrotrahere possit ad tempus conuentionis: quod eo demùm casu verum esse potest, quo ancilla quæ fuerat oppignorata, & vendita, postmodùm fuerit redhibita ex ædilitio edicto. Quo casu sicuti omnia cætera retrotrahuntur, *l. quia redhibitio 9. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* ita & partus ex ancilla pignorata & redhibita editus apud emptorem & conceptus, perinde habendus est, ac si apud venditorem ipsum & conceptus & editus fuisset, cùm veniat in causam redhibitionis, vt probauimus ex *l. quòd si nolit 31. §. si ancilla D. de ædilit. edict.* Atqui si apud debitorem eundémque venditorem & conceptus & editus fuisset, nemo dubitaret quin pignoris iure ac vinculo teneretur, *dicta lege Paulus respondit 29. §. primo, & dicta lege fideiussor 26. §. vltimo, D. de pignor. l. 1. C. de par. pignor.* Multò minùs quin Saluianum eo casu competeret, aduersus debitorem & conductorem. Quidni ergo idem dicendum erit etiamsi partus apud emptorem siue editus tantùm; siue etiam conceptus fuerit, dummodò secuta redhibitio proponatur? Fit enim hoc non tam vi & iure solius pacti, aut in solam consequentiam obligationis contractæ in persona ancillæ, quàm ex iuncta potestate redhibitionis, quæ retroagit omnia vt diximus. Propter quam causam si poneres partum qui apud emptorem non dicam conceptus, sed editus tantùm fuisset peruenisse ad venditorem aut ad eius heredem ex venditione merè voluntaria, quam potestas redhibitionis, aut alterius contractus antecedentis non extorserit, liceret sanè, nec obligatum eum fore, nec eius apprehendendi gratia Saluianum competere posse locatori nec directum, nec vtile, ne quidem aduersus conductorem ipsum quia quod scriptum est *in d. l. Paulus §. 1.* obligato mancipio etiam ea quæ ex ipso nata sunt in causam pignoris incidere, siue specialiter de iis quoque obligandis conuenerit, siue non, si modò eorum dominium aut ad eum qui obligauit, aut ad ipsius hæredem peruenerit, ita omninò accipiendum est, si dominium illud sic peruenerit ad debitorem aut eius hæredem, vt interea cuiusquam alterius non fuerit, vel si fuit, attamen ex causa aliqua retroagente omnia, nunquam alterius fuisse intelligatur, alioqui fatendum est medium esse inhabile, nec magis fieri posse, vt partus ancillæ obligatæ apud emptorem editus, & qui proinde nunquam fuit in bonis debitoris veniat in obligationem bonorum, quàm vt aliud quicquam ex bonis postea ex quacumque alia causa acquisitis: nisi proponas obligata fuisse generaliter bona omnia præsentia & futura, quod olim erat necessarium vt futura quoque comprehenderentur, *dicta lege & qua nondum §. primo*, vel saltem bona debitoris omnia generaliter & indefinitè, quod hodie sufficit, post Iustiniani Constitutionem, *in l. vltima, Cod. quæ res pignor. obligar. possunt.* Cùm enim partus ancillæ apud emptorem editus peruenit ad venditorem ex nouo contractu prorsus voluntario, & qui nullo modo pendeat à præcedente quo mater fuerat obligata, non potest considerari tanquam partus eius ancillæ, sed tanquam alia res quælibet nihil commune habens, cum ancilla pignorata, exemplo eius quod in specie licèt dissimili scribit Iurisconsultus *l. si paterfamilias 15. §. primo, D. de adopt. l. item eorum 6. D. quod cuiusque vniuersit.* Adieci *qui nullo modo pendeat à præcedente*, vt casum illum excludam quo redhibeatur partus cum ancilla, *vt in dicta lege prima, in principio, de Saluiano interdicto.*

ERROR III.

De differentia retrouenditionis & redhibitionis quod ad partum ex ancilla pignorata editum.

SVperiori caſui ſimilis & ille fortaſſe videatur, ſi ponas venditam fuiſſe ancillam ſub pacto de retrouendendo, quæ apud emptorem conceperit & pepererit, poſtea verò illi ipſi retrouendita ſit qui eam obligauerat locatori. Quaſi & hoc caſu idem eueniat, vt quemadmodum non aliter videtur emptor ſatisfeciſſe obligationi qua tenebatur ancillæ retrouendendæ, quam ſi partum ancillæ cum ancilla ipſa reddat venditori, vt poſt retrouenditionem factam in eo ſtatu ſint omnia in quo eſſent ſi venditio nulla præceſſiſſet, ita recidat partus ancillæ in eandem cauſam pignoris in qua eſſet, ſi apud venditorem eundémque locatorem & editus & conceptus fuiſſet, ac proinde ſimiliter peti poſſit per Saluianum. Eſt enim ſimillima redhibitioni retrouenditio, eaſdémque recipit præſtationes, tanquam quæ non in alio differant, quàm quod retrouenditio fiat ex neceſſitate pacti præcedentis: Redhibitio verò non niſi ex poteſtate ædilitiæ iuriſdictionis, ſed non ita eſt, nam redhibito mancipio etiam fructus reſtituere emptor cogitur non tantùm quos à venditore percepit, ſed etiam quos aliunde conſecutus ſit, *l. cùm autem* 23. *§. vltim. D. de ædilit. edict.* Ex cauſa verò retrouenditionis non alios fructus emptor reſtituit quàm quos aut poſt litem conteſtatam, aut poſt obſignationem à venditore factam perceperit, *l.* 2. *Cod de pact. int. empt. & vendit.* Nimirum quia non ſicut redhibitio retroaget omnia, tollítque intellectum venditionis præcedentis, ita etiam retrouenditio. Et quamuis verum ſit partum non eſſe in fructu cùm natura rerum omnium fructus hominis gratia comparauerit *l. vetus fuit quæſtio* 68. *D. de vſufruct. l. in pecudum* 28. *D. de vſur.* & propter hominum dignitatem vt loquitur *l. iuſtiſſimè* 44. *in princip. D. de ædilit. edict.* nihil tamen hac parte diſtat inter partum & fructum, nec minùs partus quàm fructus cauſæ appellatione continetur, *l. præterea* 20. *de rei vindic.* iunct. *l. Iulianus* 7. *§.* 1. *eod.* Proinde non magis hoc caſu poteſt ancillæ partus recurrere ad venditorem quàm ſi ancilla purè vendita fuiſſet ſine pacto retrouendendi & conſequenter non poteſt Saluianum interdictum pro huiuſmodi partu competere, nec vtile dari, adeóque nec Seruiana exerceri, non modò contra emptorem ſi partum retineat, ſed neque contra venditorem quem ponimus eſſe eundem conductorem, ſi fortè emptor cum ancilla partum venditori reddiderit, quia quod ad partum attinet non tam retrouenditus quàm nunc primùm venditus intelligitur qui anteà venditus nunquam fuit: Nec poteſt dici obligatus locatori, cùm nunquam fuerit in dominio conductoris vt obligare illum potuerit etiamſi maximè voluiſſet, niſi proponas obligata bona omnia præſentia & futura. Denique latiùs patet redhibitionis nomen & poteſtas quàm retrouenditionis. Retrouendi enim non poteſt, niſi quod fuerit venditum, Redhiberi verò poteſt etiam id quod nunquam venditum fuerit, ſi modò tale ſit quod venditor habiturus fuerat, ſi non vendidiſſet.

* * *

ERROR IV.

De ſententia & emendatione l. ſi conuenerit 18. *§. ſi fundus ff. de pignor. act.*

REſtat igitur vt aliam obiectionem diluamus quæ fit ab interpretibus ex *d. l. ſi conuenerit* 18. *§. ſi fundus D. de pignor. act.* qui locus omnium aperriſſimus eſt ad probandum, etiam partum qui poſt venditionem natus ſit apud emptorem venire in cauſam pignoris. Sic enim habent verba Pauli, *ſi fundus pignoratus venierit, manere cauſam pignoris quia cum ſua cauſa fundus tranſeat, ſicut in partu ancillæ qui poſt venditionem natus ſit.* Verùm ſi ita eſt, illud quoque fateri interpretes oportebit, quod nos volumus non eſſe diſtinguendum quomodo ipſi diſtinguant, an partus editus tantùm ſit & natus apud emptorem, conceptus verò apud debitorem: An & apud emptorem conceptus ſit. Neque enim Paulus diſtinguit cuius verba ſupradicta nihil aliud exigunt ad obligandum pignori partum ancillæ pignoratæ, niſi vt natus ſit poſt venditionem. Solius enim natiuitatis non etiam conceptionis Paulus meminit, vt & *in d. l. Paulus §.* 1. *de pignor.* vbi tamen diſertè negat ea quæ ex obligato mancipio nata ſunt vinculo pignoris teneri, ſi ancilla obligata peperit apud emptorem. Quam fuiſſe non tam Pauli quàm communem veterum omnium prudentum ſententiam conſtat ex *d. l. fideiuſſor.* 26. *§ vlt. eod. & ex d. l.* 1. *C. de part. pignor.* Ergo dicendum eſt vel pugnaſſe Paulum non modò cum ſeipſo, ſed etiam cum cæteris prudentibus omnibus, & quod abſurdius fuerit cum ratione ipſa iuris, vel mendoſum eſſe textum illum Pauli, præſertim cuius verba adeò ſimpliciter concepta ſint, vt appareat non aliud eo loco Paulum exprimere voluiſſe, quam quod ſit extra omnem omnino dubitationem, nec enim tam obiter & breuiter rem tanti momenti perſtrinxiſſet ſi nouam ille ſententiam, ne dicam abſurdam & falſam inducere voluiſſet. Facilis autem emendatio erit, ſi erratum agnoſcas mecum in dictione illa *ſicut*, pro qua equidem non dubito quin legendum ſit *ſecus*, facili errore ex duarum literarum ſimilitudine & adfinitate, cùm alioqui vtraque dictio ex totidem literis conſtet. Ita verò ſi Paulum emendemus, aſſequemur facilè quod volumus, quódque idem Paulus expreſſit apertiſſimè *in d. leg. Paulus §.* 1. Non eſſe obligatum ancillæ partum qui natus & editus eſt apud emptorem, nec diſtinctionem adhiberi oportere, quam nemo ex prudentibus vnquam adhibuit: an partus ille conceptus fuerit apud debitorem necne. Idque monendum fuit à Paulo quia ex eo quod ante dixerat fundum pignori obligatum ſi alienetur à debitore tranſire in emptorem cum ſua cauſa, poterat quis inferre, conſequens igitur eſſe, vt ſi obligata ancilla vendita ſit, partus quoque obligatus videri debeat, etiam qui apud emptorem natus ſit poſt venditionem, quia ſcilicet æquè obligatus eſſet ſi fuiſſet editus apud debitorem, qui vtique alienando non potuit conditionem creditoris ſui facere deteriorem, *leg. debitorem* 15. *C. de pignor.* Sed bene Paulus ſubiicit ſecus eſſe in partu poſt venditionem nato: quia verum eſt, nunquam fuiſſe illum obligatum creditori cùm nunquam fuerit debitoris, nec ſi prægnans ancilla vendita proponatur, quia partus quandiu in vtero eſt, nec partus nec homo eſt, ſed pars tantummodò viſcerum matris, *leg.* 1. *§.* 1. *D. de inſpic. ventr.* Vnde fit vt prægnante ancilla vendita & tradita, ſi partus euincatur non idcircò venditor de euictione teneatur, quia partus venditus non eſt, in-

quit

quit idem Paulus *in l. si prægnant 42. D. de euict.* Nec enim actio de euictione nascitur, nisi, cùm vel res ipsa vendita euincitur vel pars eius, *leg. 1. l. naue 36. & pass. eod. tit.* Quamuis non eo minùs verum sit, euicto partu posse eo nomine agi ex empto *l. non quecunque 82 §. Iulianus de leg. 1.* quia partum ex causa onerosa habere emptor intelligitur, hoc ipso quod matrem mercatus fuit *dict. § Iulianus & leg. si quod ex Pamphila 73. de legat. 2.* Nec sunt ista contraria, quoniam vt hoc obiter addamus, aliud est agere de euictione, siue ex duplæ stipulatione interposita, vt in *l. noua emptor 43. D. de euict.* siue ad duplum vt in specie *l. 1. eod.* Aliud verò ex empto potéstque vna actio competere tametsi alia non competat, adeò vt interdum vtrique actioni locus esse in eadem specie vt in *l. si in venditione 60. eod.* vbi Iauolenus scribit, si in venditione dictum non sit quantùm venditorem pro euictione præstare oporteat, nihil venditorem præstare debere præter simplam & id quod interest, sed alio & alio iure. Simplam quidem euictionis nomine: Id verò quod interest ex natura actionis ex empto: vt intelligamus id quod interest præstari eo casu non euictionis nomine, sed vi actionis ex empto, id est officio iudicis cui locus est in huiusmodi actione quia bonæ fidei est *l. ex empto 11 & l. qui per collusionem 49. §. 1. D. de act. em. empt.* Ad officium enim pertinet iudicis, qui in causa actionis ex empto datus est, vt æstimet quanti emptori constiterit puer deducta matris quæ prægnans vendita fuerat æstimatione, vt Papinianus loquitur *in dict. l. si quod ex Pamphila* Nec enim nescit carius distrahi vendique ancillam prægnantem, quàm eam quæ prægnans non sit.

ERROR V.

De Saluiano vtili etiam alij quàm locatori dando Ad l. 1. C. de Saluian. interd.

QVemadmodum interpretes nostri Saluianum vtile introduxerunt quo possit locator experiri etiam contra extraneum tertium possessorem contra quem videbant non posse directum competere, quod non competit nisi aduersus conductorem *ex l. 1. C de precar & Saluian interdict.* Ita & aliam vtilis interdicti speciem commenti sunt per quam fiat, vt cùm directum non possit alij competere quam locatori, vtile tamen proponi possit à creditore quolibet etiam ex alia causa quàm locationis, qui modò res debitoris sui habeat obligatas, ex quo efficiunt vt interdictum hoc Saluianum, quod non nisi pro locatoribus aduersus conductores comparatum fuit, exerceri possit à quolibet creditore contra debitorem quemlibet, credo vt ex duplici genere interdicti vtilis conflent vnum quod sit longè vtilissimum, & cuius vsum hodie in praxi maximè apud Italos frequentissimum esse constat. Fuit tamen veterum ferè omnium contraria sententia. Interdictum Saluianum siue directum, siue vtile non alij vel competere vel dari posse quam locatori, idque senserunt etiam plerique ex iis qui non dubitarunt affirmare, dandum esse interdictum vtile locatori aduersus quemlibet possessorem. Nam cùm putarent probari eam sententiam à Iuliano *in l. 1. in princip. & §. 1. D. eod. tit. de Saluian. interd.* nec possent videre quid ad eos iuris locos responderi posset, coacti sunt propemodum inuiti contra iuris rationem id admittere, quod alioqui non admisissent, vt possessor quilibet etiam qui conductor non sit, si modò rem obligatam possideat, interdicto vtili teneatur, neque magnam in eo fieri iniuriam possessori existimarunt, quandoquidem perinde is Seruiana vel quasi Seruiana & hypothecaria conueniretur. At verò vt id interdictum etiam alij quàm locatori detur, id est creditori cuilibet & qui conductor sit ex alia causa quàm conductionis, ausi non sunt dicere quia nullo iuris loco ita scriptum & proditum inuenerunt: quin à contrario nusquam fieri mentionem Saluiani interdicti, quin locatoris & conductoris, rerúmque mentio fiat. Excipio rescriptum Gordiani quod extat *in d l. 1. C. de precar & Saluian. interd.* cuius prima illa verba *debitor, tuus* & quę sequuntur, *id enim ita tummodò aduersus conductorem debitorémve competit*, præ se ferunt tractare Imperatorem non de illo tantùm qui sit conductor & debitor ex causa conductionis, sed de simplici debitore, id est de debitore quolibet, & ex quacunque causa. Atque ita Bartolus locum illum interpretatus est, & quotquot sententiam eius secuti dant vtile Saluianum cuilibet creditori, inter quos pudet pigétque nominare Iacobum Cuiacium, qui etiam sententias Pauli *lib. 5. titu. de interdict. §. vltim* sic nominatim scripsit. Hoc verò si ita est vt ea fuerit Imperatoris Gordiani sententia quam isti putant, verbáque supradicta de simplici ac quolibet debitore accipi debeant, illud primùm ac magis miror, cur de vtili tantùm interdicto loquantur, nec directum ipsum accommodent perinde audenter cuilibet creditori, cùm interpretes omnia consentiant de solo directo agere Gordianum *in d. l. 1.* ne alioqui cogantur fateri quod omnes negant, etiam vtile interdum locatori denegandum esse aduersus extraneum possessorem. Neque sanè verbum *competit* quo vsus est Gordianus, aliam interpretationem admittit: nam siue de actionibus, siue de interdictis loquamur, cum actiones aut interdicta competere dicimus semper de directis intelligimus. Vtiles enim actiones, & vtilia interdicta dari dicuntur, vel reddi, non competere, quamuis etiam directæ actiones, directaque interdicta dentur & reddantur, *dict l. 1. in princip. & §. 1. D. de Seruian. interd.* Ergo cùm rescribat Gordianus interdictum Saluianum aduersus conductorem debitorémve competere, fatendum erit Imperatoris eam esse sententiam, sit tam aduersus debitorem quemlibet, quàm aduersus conductorem Saluianum directum competat, non vtile. Et verò cùm loquatur Gordianus de conductore, & debitore simul & in eadē clausula necesse est fieri eam interpretationem per quam verbum illud *competit* vniformiter determinet, quod de vtroque dicitur, cùm non minùs ad debitorē quàm ad conductorem referatur, id enim facit quod vulgò iactatur brocardicum de vniformi determinatione ex *l. iam hoc iure 4. ff de vulg & pupill subst.* cuius brocardi magna est ac præcipua inter nostros authoritas. Atqui nemo dubitat quin Saluianum directum competat locatori aduersus conductorem: alioqui contra quem competeret? Ergo & contra debitorem quemlibet æquè directum competet si eadem hac parte est cuiuslibet debitoris, quæ conductoris. Et tamen nemo hucusque dixit directum esse interdictum, quod isti accomodant locatori, sed omnes clamant esse vtile. Fateantur ergo necesse est, non eam esse potuisse Gordiani mentem, vt rescripserit Saluianum quod competit aduersus conductorem etiam competere contra simplicem debitorem. Planè quod affert Bartolus ex postremis illis verbis *d. l. 1. vel que ad exemplum eius instituitur*, ad rem prorsus non pertinet. Nec enim de in-

terdicto ea verba sunt, sed de actione eáque vtili, quæ instituitur ad exemplum non interdicti Saluiani, sed actionis Seruianæ directæ, id est de vtili Seruiana, quæ & hypothecaria appellatur, vt Accursius & post Accursium cæteri benè explicarunt. Non de vtilibus actionibus quæ ad exemplum interdictorum, inque locum eorum substitutæ hodie sunt, non potuit Gordianus rescribere, cùm eo tempore nondum essent extraordinaria iudicia omnia, vt sunt hodie *§. vlt. Inst. de interd.* nec tam sedderentur vtiles actiones ad exemplum interdictorum, quàm interdicta ad exemplum extraordinariorum iudiciorum, vt ait *l. 3. C. eod.* Multò itaque meliùs noster Accursius hæc verba *aduersus conductorem debitorémve* interpretatur de eo qui sit conductor idémque debitor ex causa conductionis, acsi scriptum esset *aduersus conductorem, eundémque debitorem ex causa conductionis.* Vt enim Saluianum competat, non sufficit cum contra quem proponitur esse conductorem si non sit etiam debitor, nec rursus esse debitorem si non sit etiam conductor: quod Gordianus expressit vsurpato articulo *ve*, qui disiunctionis articulus est, non tam disiunctiuè quam expositiuè, quomodo & particulam ipsam *vel* interdum accipi non est nouum. Quamquam parum accommodatè afferunt exemplum *ex l. 2. ff. ad l. Aquil.* in illis verbis, *quadrupedem vel pecudem*, quasi scriptum esset in lege Aquilia, *quadrupedem, id est, pecudem*, quod non ita est. Facta enim quadrupedis mentione fuit necesse subiici etiam mentionem pecudis: cuius appellatio latiùs patet quàm quadrupedis. Omnes enim quadrupedes pecudes sunt, At non contrà omnes pecudes quadrupedes. Quòd si eadem loquendi ratio vsurpata esset à Gordiano *in d. l. 1.* æquè fatendum esset competere Saluianum contra debitorem quemliber æquè: ac contra conductorem, quemadmodum lex Aquilia non minùs locuta est de pecude qualiber, quàm de quadrupede. Nam perinde verum est omnem qui ex causa conductionis debeat esse debitorem, at non omnem debitorem debere ex causa conductionis: Neque alia capi posset interpretatio etiamsi Gordianus scripsisset *conductorem debitorémque* Similiter enim dicerem de eo debitore id accipiendum qui conductor quoque esset, adiectámque mentionem debitoris, vt significaret non teneri quem posse Saluiano tam ob id solùm quòd sit conductor, quàm ob id maximè quòd sit debitor ex conductione. Sublato siquidem debito, pignoris quoque conuentionem euanescere necesse est, qua sublata nec Saluianum quod non nisi ex pacto pignoris proficiscitur superesse potest. Denique & coniuncta pro disiunctis frequentissimè accipiuntur, & disiuncta pro coniunctis, & tam hæc quàm illa pro expositiuis vtrque secundum subiectam materiam, ita, vt non possit certa de eo tradi regula, vt constat ex *l. sæpe 53. ff. de verb. sign. l. pen. C. eod* Nisi fortassis illa quæ nullas vnquam patitur exceptiones, quod ea semper capienda sit interpretatio quæ vitio careat, *l. in ambigua 19. D. de legib.* id est per quam supponantur semper termini habiles, & absurdum quantum fieri potest euitetur. Secundum quod in proposito tractatu dicendum est, Imperatorem *in d. l. C. de precar.* cùm expressim tractet de Saluiano interdicto quod non de aliis rebus comparatum est quàm de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi futuras pignori pepigisset, *§. interdictum autem Inst. de interd.* non de alio debitore sentire potuisse quàm de eo qui conductor esset tametsi non modò de conductore, sed etiam de debitore locutus sit, siue coniunctim, siue disiunctim subiecta debitoris mentio proponatur. Nec alius sensus est illorum verborum quæ initio legis ponuntur *debitor tuus*, quibus etiam mouetur Bartolus & quotquot post Bartolum eam legem de simplici & quolibet debitore intelligunt, quæ tamen nostram interpretationem multò commodiùs admittunt.

ERROR VI.

De interdicto quasi Saluiano.

ATqui, Inquiunt, quomodo se habet vtilis Seruiana ad Seruianam directam, ita & vtile Saluianum ad directum, vt sit quasi Saluianum aliquod interdictum, sicut est actio aliqua quasi Seruiana. Sic enim Cuiacius *lib. 5. Obseru. ca. 24.* Ergo quemadmodum quasi Seruiana datur cuilibet creditori habenti pignus aut hypothecam in bonis cuiuslibet debitoris, cùm tamen Seruiana directa non nisi de rebus coloni expressim obligatis comparata sit: ita & quasi Saluianum dandum est cuilibet creditori in res à quocunque debitore obligatas, tametsi Saluianum directum non pro alio inductum sit quàm pro ei cui ex causa locationis debeatur. Sed nego ista esse similia. Maior enim fuit ratio & necessitas introducendæ vtilis Seruianæ, quàm excogitandi vtilis Saluiani contra quemlibet debitorem. Siue quòd non debeat melior esse conditio debitoris cuiuslibet quàm tertij possessoris qui etiam bona fide à debitore comparauit, quem tamen constat per quasi Seruianam conueniri vtiliter posse, id enim non similiter de Saluiano dici potest, quod suprà probauimus contra tertium possessorem dari nullomodo posse. Siue etiam, quòd nullius vtilitatis futurum esset quasi Saluianum aduersus debitorem ipsum, si verum est quod iisdem Interpretibus nostris placet creditorem agentem vtili Seruiana contra debitorem, non habere probandum quòd res obligata fuerit in bonis debitoris, sed sufficere vt probet fuisse de bonis, id est possessam fuisse à debitore, quomodo ex communi nostrorum sententia concludit Afflict. *decis. 383. in fin.* quod tamen nos sequenti Decade refellemus. Neque est quod quis dicat Gordianum *in d. l. 1. C. de precar.* ideò nihil de vtili Saluiano dicere, quia de directo tantùm tractabat. Quasi si de vtili quoque tractare voluisset, non magis fuerit ille denegaturus, quàm vtilem Seruianam de qua subiicit posse illam ad exemplum Seruianæ exerceri. Sic enim quidam ex Interpretibus nostris ratiocinantur qui subtiliores videri volunt, Omnino peruersè contra quos sic nos ex aduerso longéque probabiliùs argumentamur: Quidni verò etiam de vtili Saluiano dando rescripsisset Imperator, si quod dari posset siue aduersus debitorem quemlibet, siue contra tertium possessorem, quomodo etiam de vtili Seruiana locutus est, tametsi non nisi de Saluiano quæreretur? An non erat Imperatori faciliùs, procliuius & accómodatiùs dare actori vtile Saluianum qui directum postulabat, quàm vtilem Seruianam de qua nihil quærebatur? In summa hoc contendo nihil causæ subesse cur Interpretibus permittamus sine lege ac sine vlla necessitate inducere quasi Saluianum vllo alio casu quàm quo inductum fuit ab ipsis authoribus iuris, hoc est in specie *l. 1 in princ. D. de Saluian. interdict.*

***

ERROR VII.

De Saluiano dando in res coloni nulla conuentione expressa obligatas.

INterpretes nostri quibus vix certum & exploratum quicquam est, nisi quod habere illi potiùs deberent pro falso ne quid in hoc tractatu De Saluiano interdicto vel prætermisisse, vel ignorasse videantur, de hoc quoque dubitant, de quo sanè prudentes nostri non dubitarent, an Saluianum interdictum pro iis quoque rebus coloni competat quæ nulla expressa conuentione fuerunt obligatæ. Parum vero esset quod dubitarent, si non ad propositam dubitationem malè respondeant: sed & priusquam malè respondeant, incipiunt, iam labi in eo, quod quæstionem istam in hoc vno versari putant, vtrum res coloni quas in prædium conductum intulit & inuexit obligatæ sint tacitè pro mercedibus conductionis, etiamsi nulla de iis obligandis pactio interuenisset. Nam si sint obligatæ, non dubitant quin hoc ipso earum nomine Saluianum debeat competere locatori, perinde atque competere putant pro rebus inquilini quas ille in prædium vrbanum intulerit, de quibus nemo dubitat quin obligatæ sint tacitè, nulla quoque pactione interueniente, nisi quod earum nomine dant vtile duntaxat interdictum, quoniam edicti verba restricta sunt ad res coloni & ad illata in prædium rusticum, at pro iis rebus quas colonus in fundum conductum inuexerit, dant directum, nec quicquam causæ subesse putant, cur ad vtile implorandum vel inducendum confugere sit necesse. Omnes porrò ferè interpretes antiquiores Accursium secuti ad *§. item Seruiana Inst. de action.* in ea sunt opinione vt existiment, illa etiam quæ in prædium rusticum à colono illata sunt, censeri tacitè obligata, non minus quàm quæ in prædium vrbanum, hac sola differentia quod quæ inquilinus in prædium vrbanum intulit taciti pignoris vinculo tenentur etiamsi dominus illata esse nesciat, quæ verò colonus, non aliter quàm si ea intulerit sciente domino & ex ipsius voluntate. Cuius sententiæ probationem afferunt ex eo quod rescriptum est ab Alexandro *in l. certi C. de locat.* iisdem ferè verbis, ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductorum induxerint, pignoris iure dominis teneri: quando autem domus locatur non esse necessariam in rebus inductis vel illatis scientiam domini, nam ea quoque pignoris iure teneri. Afferunt etiam nonnulli quod scriptum est *in l. 5. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contr.* Non solùm pro pensionibus sed etsi deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, inuecta & illata pignori esse obligata: sed valdè imperitè, cùm de inquilino Marcianus loquatur, inquilinus autem sit non qui fundum & prædium rusticum conduxit, sed qui vrbanum, *l. res pignoris 37. D. de acquir. poss.* Itaque probat potiùs is locus non idem in colono probari posse? Alioqui cur de solo inquilino Marcianus loqueretur? Eaque receptior sanè recentiorum ferè omnium opinio est, aliam esse hac parte vt & in aliis Plerisque vrbanorum prædiorum causam, aliam verò rusticorum, illata in prædium vrbanum hoc ipso tacitè obligata intelligi nec tantùm pro pensione, sed etiam pro deterioratione siue illata sciat dominus prædij, siue ignoret: illata verò in prędium rusticum, non esse tacitè obligata, nec si dominus illata sciat, nisi conuenerit, expressa pactione vt essent obligata Quam in rem apertissimi sunt textus, *in d. l. 2. l. ex iure 4 in princip. l. Pomponius 5. cum duab. seq. D. in quib. caus. pig. vel hypoth. tacit. contr. l. si non inducta 5. & l. vlt C. eo. l. item quia 4. ff. de pact.* Vnde est quod Iustinian. *in §. interdictum quoque Inst. de interd.* tractans de interdicto Saluiano quod non competit nisi de rebus quas colonus in fundum conductum pignoris nomine induxerit, ait non de aliis rebus illud competere quàm quas pignori futuras pepigisset, quo verbo palam est pactionem expressam significari. Et similiter Theophilus *in §. est & Seruiana de action.* cùm dat exemplum Seruianæ actionis quæ possit competere in res coloni in fundum inuectas, ponit inuectas esse cum pacto vt ex mercedis nomine obligatæ essent. Hoc verò cur ita, nulla etiam pactione interueniente res coloni illatæ in prædium rusticum obligatæ censerentur? Indéque est quod *in d. l. ex iure 4. §. 1.* quærit tam diligenter Neratius de stabulis quæ non sunt in continentibus ædificiis, quorum prædiorum ea numero habenda sint, rusticorum ne an vrbanorum: & quidem vrbanorum, inquit, sine dubio non sunt, cùm à cæteris ædificiis quæ vrbana sunt separata sint. Sed tamen quod ad causam huiusmodi pignoris taciti pertinet, *non multùm*, vt idem subiicit, *ab vrbanis prædiis differunt.* Quibus postremis verbis licèt non negem id significari, vt nullomodo differant, nec enim aliqua differentia aut à Neratio, aut ab alio vllo Iureconsulto hac de re vnquam tradita est, innuit tamen Neratius differentiam illam quam inter vrbana, & rustica prædia interpretes omnes aliquam esse agnoscunt, non paruam esse sed magnam. An non autem parua esset ac penè nulla, si vt etiam illa quæ in fundum conductum inducta sunt tacitè obligata crederentur, solam domini scientiam interuenire sufficeret? Nam & difficile est vt nesciat dominus aliquid in fundum suum esse inductum, & quid illud sit qui etiam videre cùm vult potest. At magna est differentia si sic explicetur, vt quæ in fundum cōductum illata sunt, ita sint tacitè obligata, si pactio expressa interuenerit. Quæ verò illata sunt in prædium vrbanum, tacito pignoris vinculo teneantur, etiamsi nec pactio, nec domini scientia vlla probetur.

ERROR VIII.

De sententia l. certi 5. C. de locat. l. potior 11. §. si colonus ff. qui potior in pignor. hab.

NEque verò existimandum est aliam fuisse Imperatoris Alexandri sententiam in *d. l. certi*, vbi quod scribitur de rebus coloni in fundum conductum illatis, & inductis ex voluntate dominorum, non aliam vtrique interpretationem recipere potest, quàm de rebus quæ ideò tantum Inductæ & illatæ sint, vt vel in totum mercedis debitum, vel in partem debiti essent obligatæ, quomodo scriptum est iisdem ferè verbis, sed paulo apertiùs *in d. l. Pomponius 5. §. 1. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Non quasi *voluntatis* appellatione pactio significetur, vt vult Cuiacius *ad l. 4. D. de pact.* & alij recentiores quos refert ac sequitur Iacob. Menoch *De adipisc. poss remed. 3. num. 43.* (nec enim pactio voluntas vnius est, sed duorum pluriúmve in eandem rem placitum & consensus *l. 1. eod.*) At vt hoc ipso intelligamus non tacitam esse posse hanc hypothecam sed expressā esse debere, Quæ enim acquiritur tacitè, acquiritur etiam ignoranti nihilque tale cogitanti, vt cernere est in ea quæ datur domino prædij vrbani in rebus per inquilinum illatis quemadmodum subiicitur *in d. l. certi*, tantum abest vt eo casu voluntas domini

domini visa requiratur quæ plusquam scientia est, *l.* 1. *D. si famil. furt. fecisse dicat. l.* 2. *§. voluntatem D. solut. matrim.* In cóque alius eorundem recentiorum error est, quod putant posteriorem partem *d.l. certi*, quæ habet, quando locatur domus, non esse necessaria in rebus inductis vel illatis scientiam domini, sic accipi oportere vt *scientiam* eo loco pro *voluntate* dixerit Imperator, quasi id postulante antithesi prioris partis, in qua non *scientiæ* mentio facta est sed voluntatis, quemadmodum è contrario Accursius eadem ratione motus quod in priore parte scriptum est voluntate explicat de scientia ex antithesi posterioris partis. Nec animaduertunt longe maiorem & elegantiorem fore antithesim, si ita accipiatur vt ad obligandas domino res coloni illatas in prædium rusticum, non sufficiat scientia domini, sed eius voluntas omni modo exigatur, ad obligandas verò res inquilini, ne scientia quidem requiratur: triplex autem ratio afferri potest, cur voluntatem domini exigat Alexander, non etiam pactionem expressam, quam tamen necessariam esse recentiores volunt. Prima est, quia tam certi iuris illud erat, vt non fuerit necesse id exprimi accuratius, quod apud omnes indubitatum foret: videturque in eius legis specie quantum ex contextu verborum conijcere licet, de rebus in prædium vrbanum illatis consultus fuisse Imperator potius quàm de inductis & illatis in rusticum, de quibus proinde non nisi obiter, & per occasionem tractari debuit. Altera ratio est, quoniam apertum erat, non ad aliam finem posse domini voluntatem exigi in rebus a colono illatis, & inductis in rusticum prædium, quam vt pignori expressim obligentur. *d.l. Pomponius §.* 1. Quid enim eget colonus voluntate locatoris vt res suas in prædium rusticum inferat & inuehat, quas inferre & inuehere potest domino quoque non solum ignorante, sed etiam inuito & contradicente? An non enim habet iuris regula, posse fieri nobis inuitis, quod fieri potest ignorantibus? Qua porro fronte possit dominus prohibere ne res suas quas velit inferat, & inducat, colonus, qui prædium ipsum rusticum alij locare etiam posset si vellet, nisi contraria lex dicta probaretur? *l. nemo* 6. *C. eod. tit. de locat.* Sed tertia omniúmque aptissima ratio afferri ea potest, quod tum quoque cùm expressa pactione conuenit, vt inducta & illata per colonum in prædium rusticum pignoris iure teneantur non ideò tamen exinde obligantur ea quæ post inducuntur & inferuntur, sed ex die illationis tantum & inductionis, nec tam quòd de iis obligandis conuenerit, quam quòd inducta sint, & illata, vt eleganter Caius scribit *in l. potior* 11. *§. si colonus D. qui potior. in pign. vel hyp. hab.* vbi ait, si colonus conuenerit vt inducta in fundum, illata, & ibi nata pignori essent, & antequàm inducat alij rem hypothecæ nomine, id est citra traditionem qua in pignore propriè contrahendo necessaria esset, obligauerit, tunc deinde illam ipsam rem in fundum induxerit, potiorem fore illum qui specialiter purè acceperit quia, inquit, non ex conuentione priori obligatur, sed ex eo quod inducta res est, quod ipsum posteriùs factum est. Hoc vult dicere, quoties inter dominum & colonum expressim conuenit vt obligata sint omnia quæcumque in prædium rusticum inducentur, & inferentur eam esse conuentionis huius potestatem vt pignoris obligatio contrahatur quæ sit non tantùm generalis, sed etiam concepta sub ea veluti conditione, Si quæ res in prædium rusticum inferentur, vt solet pronomen relatiuum iunctum verbo futuri temporis facere conditionem, *l. Stichum qui meus erit* 6. *de legat.* 1. *l. scribit* 34. *§. Titium. de aur. & argent. legat.* Proinde quandiu nihil inductum illatúmve est, nullam quoque obligationem contractam intelligi, quasi deficiente conditione, cumque in arbitrio & potestate coloni sit nihil inferre si nolit, fatendum est etiamsi postea inferre malit, non tamen ex die pacti contractam obligationem intelligi, sed tantùm ex die illationis & consequenter anteriorem ideóque potiorem esse debere illum, cui medio tempore aliquid ex bonis postea inductis & illatis pignori datum fuit, cum potestatiua, vt loquuntur, & promiscua conditio nunquam retrotrahatur in præiudicium iuris alteri medio tempore quæsiti, *d. l. potior. in princip. & l.* 1. *eod. tit. Qui potior in pignor. hab.* Nec enim pactum de obligandis illatis inducit necessitatem vllam inferendi Propter quam causam solet pactum hoc in futurum tempus referri, vt omnium apertissimè verba illa Iustiniani demonstrant in *d. interdictum quoque Inst. de interd. de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.* Obligationem ergo & vinculum pignoris in rebus illatis parit illatio, non pactio, sed tamen nec aliter ipsa illatio quam si prius de pignore per pactum expressum conuenerit, scilicet cùm pactum de rebus coloni quæ inferentur generaliter obligandis conceptum est, non ad hanc aut illam rem specialiter relatum, vt is ipse supradictus Caij locus demonstrat in *d. l. potior* 11. *§. si colonus D. qui potior in pign. hab.* Itaque necessaria est voluntas domini eiusdémque locatoris, an ad hoc vt res coloni in prædium rusticum inducantur & inferantur. Minimè, sed ad hoc vt iure pignoris teneantur. At quid velle oportet locatorem ad contrahendam istiusmodi pignoris obligationem? An illud ipsum quod modò diximus, vt in prædium rusticum inducantur, & inferantur res coloni. Minimè. Nec enim sola illa voluntas pro pactione esse posset: sed vt inducantur & inferantur ad eum finem vt sint pignori obligatæ: id est quomodo prudentes nostri loqui solent, vt inferantur pignoris nomine. Quod vtique fieri interdum potest etiamsi recentiores non obseruent citra expressam pactionem, conductore solo eam suam voluntatem verbis declarante, locatore verò sciente quidem & ita volente, nec aliter locaturo, sed tamen tacente. Quo casu pactum quidem ea de re inter locatorem & conductorem interuenisse intelligitur, sed tacitum magis quam expressum, sicut & è contrario, si quis fundum suum locaturus publicè proscripserit & admonuerit non aliter velle se suum fundum locare quàm si omnia quæ in eum inducentur: & inferentur pignoris vinculo teneantur pro mercedibus conductionis. Sufficiet enim colonum qui postmodum ad conductionem accesserit res suas in eum fundum intulisse, licèt nihil de iis obligandis expressim conuenerit, tanquam qui ad conductionem ea lege proposita oblatam vltrò accesserit, nec pactione vlla in contrarium sibi prospexerit, quæ res pactum tacitum inducere vtique potest, at expressum non potest. Ergo ve Alexandri verba exponamus apertiùs, quod lex ait, *ex voluntate dominorum*, sic accipiendum est acsi scriptum esset, *dominis ita volentibus*? ita loquam, id est, non tantùm vt res coloni in prædium rusticum inferantur, sed etiam quod præcipuum est, vt in eam pignoris causam inferantur, & ad hoc vt sint pignori. Quod cùm ita sit, neque Accursij, & veterum sententiâ recipi potest, qui solam domini scientiam sufficere arbitrati sunt, neque recentiorum opinio admitti, qui expressum pactum exigunt quod initum sit inter locatorem & conductorem de inductis & illatis omnibus obligandis, sed media interpretatio sequenda est vt voluntas necessaria sit, & sufficiat locatoris, non aliter fundum suum locaturi:

turi : Voluntas autem non quæ permittat conductori res suas in fundum inferre, sed quæ iubeat inferre quicquid inferendum putabit, ea mente & eo fine, vt quod erit illatum, & inductum sit pignori. Ea porrò voluntas sicuti plus quàm scientia est, quia & consensum inducit & legem locationi dicit, quæ pars quædam locationis est, ita minùs quidpiam est quàm pactum expressum, sufficiente quippe tacito, quod partim verbis ex parte locatoris, partim facto ipso ex parte conductoris res suas ea mente inferentis aut contra, constituatur. Quare nec satis esset voluntatem talem esse locatoris, nisi eam conductori significatam esse constaret. Denique pactum in hanc rem necessarium est at non expressum præcisè sed vel expressum vel tacitum. Sola igitur scientia illatarum rerum non sufficeret, quia neque expressi, neque taciti pacti iure censeri posset, cùm ex ea scientia voluntas constituendi pignoris inferri nullo modo queat. Dices, quid ergo distabit hac parte inter prædium vrbanum & rusticum? Nam & quæ in prædium vrbanum inuecta & illata sunt, non alia de causa pignoris vinculo teneantur, quàm quia de pignore tacitè conuenisse videatur, *d l.4.ff. de pact. d. l. eo iure 4. l. licet 6. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Hoc enim est quod recentiores omnes fefellit, vt differentiam hanc quam negari non posse viderunt, aliter tamen explicare non potuerint, quàm vt dicerent ad obligandas res coloni necessarium esse pactum expressum. Sed obseruare debuerunt, etiam admissa nostra interpretatione manere differentiam illam, quòd in rusticis prædiis exigimus vt reuera interuenerit pactum aliquod si non expressum, saltem tacitum de obligandis rebus coloni inuectis & illatis: nec habetur hoc pro tacitè conuento ipso iure. At in prædiis vrbanis videtur hoc tacitè conuenisse etiamsi reuera neque expressè, neque tacitè conuenerit: adeóque quod magis mirum est, etiamsi quis ab alio quàm à domino ipso conduxerit, puta si à cœnaculario & conductore subconduxerit, vt in specie, *l. solutum 11. §. solutam in fin. D. de pignor. act. & l. si in lege 24. §. si colonus D. locat.* Nam cùm ne quidem scientia locatoris necessaria sit, quis dicit aut expressè aut tacitè conuenisse videri eum, qui ignorauit? Siquidem etiam pacta tacita consensum exigunt vtriusque paciscentium qui si non ex verbis, saltem ex facto aliquo inducatur: Factum autem nullam voluntatis coniecturam præbere potest quin saltem scientia supponatur, cùm ignorantis nullus sit consensus, vt neque errantis, ob hoc ipsum scilicet, quòd omnis error habeat ignorantiam, *l. si per errorem 15. D. de iurisd.* Ideóque nimirum in locatione prædiorum rusticorum scientiam dominorum exigimus, nec tantùm scientiam, verùm etiam voluntatem & quidem expressam aut saltem probatam, quæ non valdè quidem, sed aliquatenus tamen distet à pacto expresso.

E R R O R IX.

De ratione differentiæ inter vrbana prædia & rustica in iure tacitæ hypothecæ.

AT difficilius illud est, vnde hæc vrbanorum & rusticorum prædiorum differentia manauerit. Non enim probare possum quod supradicto loco tradit Cuiacius, sumendam esse rationem huius differentiæ ex moribus populi Romani, quòd solerent in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, *l. si seruus 61. §. locaui D. de furt.* In vrbanis verò inuecta: quasi id quod erat ita more positum, vt aliàs sæpè, in ius paulatim transierit, & pro dicto habitum sit sicubi dictum non esset, præsertim cùm ea quæ sunt, moris & consuetudinis, vt alij addunt, soleant venire in iudiciis bonæ fidei, *l. quod si nolit 31. §. quia assidua D. de ædil. edict.* Nam si bona esset ratio, nullam constitui oporteret inter prædia vrbana & rustica differentiam, cùm etiam in rusticorum conductione eadem pactio de inuectis obligandis interponi olim soleret, vt constat *ex d. §. locaui & ex d. l. potior 11. §. si colonus D. qui potior in pignor. hab.* Nec rursum placere potest quod quidam post Accursium tradiderunt in rusticum prædium via alia inuehi solere vel induci, quàm quæ ad culturam agri pertineant, cuius generis bona difficiliùs oppignerantur, *l. 7. l. pignorum 8. cum Auth. seq. C. quæ res pignor. oblig. poss.* Quid enim vetat alias etiam res in prædium rusticum induci? Aut quis potest huic quæstioni locus esse nisi earum rerum nomine quæ pignori dari possint, siue de vrbani, siue de rustici prædij conductione tractetur? Illa igitur plausibilior plerisque visa ratio est, quòd in rusticis prædiis consultum satis esse possit locatori per obligationem tacitam fructuum ex iisdem perceptorum, quos placuit tacitè obligatos esse pro mercedibus, etiam de iis obligandis nihil nominatim conuenerit, *l. in prædiis 7. D. quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. 3. Cod. eod.* At locatori prædij vrbani qui non sibi cauit expressim de pignore non aliter consultum esse potest per retentionem, ne per actionem in personam quæ multò incommodior est litigandum habeat, quàm si tacitum pignus in rebus inuectis & illatis constituatur, cùm prædiorum vrbanorum fructus non alius sit, quàm qui per habitationem ab inhabitante sic percipitur vt post perceptionem nusquam appareat, vnde est quod non in singulos annos percipi dicitur, vt fructus rusticorum prædiorum, sed in singulos dies, adeóque in horas penè singulas, *l. item quæritur 13. §. vltim. D. locat.* De quo tamen plura scripsimus *in Error. 5. Decad. 1.* Ex quo apparet pactum hoc quod tacitè interuenisse creditur locatis vrbanis prædiis, tametsi reuera neque expressè, neque tacitè interuenerit, non tam tacitum propriè dici debere quàm præsumptum & à lege subintellectum: exemplo eius, quod alibi scripsimus post Antonium Goueanum, Pupillarem illam quæ ex D. Marci constitutione in vulgari expressa continetur non tam tacitam dici debere quàm à lege subintellectam, cùm neque verbis exprimatur, neque ex eo quod expressum est inducatur, sed ex sola constitutionis potestate, *l. iam hoc iure 4. D. de vulg. & pup. subst.* Nam cùm ne quidem scientia locatoris necessaria sit, vt suprà argumentati sumus & probauimus tam ex *d. l. certi 5. C. de locat.* quàm *ex l. solutum 11. §. solutam in fin. D. de pignor. act. & d. l. 24. §. si colonus D. locat.* quomodo potest videri tacitè pactus locator qui ignorauit? Est igitur hoc merum priuilegium à iure datum, id est, quod à iure magis quàm à contrahentium pacto, siue expresso, siue tacito proficiscitur. Eiúsque rei non obscurum at elegans argumentum præbet quod olim hoc ius in sola vrbe Roma vtráque tamen & in vtriusque territorio obtinebat vsque ad Iustiniani tempora, qui primus constituit *in d. l. vlt. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* vt non tantùm in vtraque Roma, id est vetere Roma, & Constantinopoli quæ etiam Roma dicta fuit, & earum territorio ius hoc obtineret, sed etiam in prouinciis, in quibus ergo antea non obtinebat. Quidni enim vbique gentium eodem iure locatores omnes vterentur, si hoc ius ex contrahentium, siue expressa, siue tacita conuentione descenderet: An non iuris gentium sunt conuentiones omnes quæ ex consensu, siue expresso, siue tacito proficiscuntur?

l. 1.

l. 1. §. vlt. D. de contr. empt. l. 1. D. locat. Quæ verò sunt iuris gentium an non gentibus omnibus communia sunt nec propria vrbis Romæ, *l. omnes populi 9. D. de iust. & iur* Sed & nomen ipsum vrbanorum prædiorum ita ré esse demonstrat vt non alibi quàm Romæ ius hoc fuerit olim obseruatum. Nec enim vrbana prædia alia dici possunt quàm quæ sunt in vrbe, nec rursus vrbis appellatio si cum prudentibus nostris loquamur, alij quàm Romæ conuenire, quæ & hodie sola per antonomasiam nec immeritò vrbs appellatur.

ERROR X.

De sententia l. vlt. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.

Illud verò in Iustiniani constitutione potissimùm obseruatione dignum est, quod tamen nemo hactenus obseruauerit, quod ad finem legis ita scribit, *Talem enim iusta præsumptione etiam omnes nostros prouinciales perpetuò desideramus.* Vt significet illud ipsum quod nos diximus, pactum hoc quod tacitè interuenisse creditur de Inductis illatísque in prædium vrbanum obligandis, neque expressum, neque tacitū propriè dici debere, sed præsumptum, quia ius præsumit illud interuenisse, idque non interpretando sed supplendo: nec probationes tantùm supplendo, vt in aliis præsūptionibus euenit quas ideò vel iuris solummodò, vel iuris & de iure appellamus, sed supplendo factum ipsum, & repræsentando, vt & aliis quibusdam casibus euenit, *l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien. l. vlt. & tot. tit. D. qui sine manumiss. ad libere. peruen.* Maximè verò cùm agitur de inducendo iure tacitæ hypothecæ, vt pro pupillo, *l. pro officio 20. C. de admin. tutor. aut pro fisco l. aufertur 46. §. fiscus. D. de iur. fisc.* aut pro pecunia credita ob restitutionem ædificij, *l. 1. §. in quib. caus. pign.* aut tacitæ etiam stipulationis, pro dote, *l. vnic. C. de rei vxor. act.* His enim omnibus casibus lex supplet pactum hypothecæ adeòque quod magis mirum est, stipulationem ipsam, non vt quæ tacitè interuenerit, sed vt interuenisse fingatur. Denique ius hoc tacitæ hypothecæ, quod locatoribus prædiorum vrbanorum datur in rebus Inductis & illatis, non tam ex facto aliquo vt cætera pacta omnia tacita, quale illud præsertim de quo in *l. 3. C. in quib. caus. pign.* quàm ex iuris potestate inducitur, vt omnium aptissimè, ac elegantissimè probat textus Vlp. *in d. §. solutam in fin. & d. l. 24 § si colonus locat.* Ob idque non benè dixerit qui pactum illud quod in eam tem interuenisse creditur & fingitur, tacitum appellauerit, sed is demùm qui vel præsumptum simpliciter, vel saltem tacitum præsumptum. Omne pactum præsumptum tacitum est, sed non vicissim tacitum omne præsumptum, quia præsumptum taciti species est, non tacitum, præsumpti. Nec possunt probare interpretationé Accursij, qui quod Iustinianus ait *tali iusta præsumptione* sic explicat ac si scriptū esset, *tali statuto & ordinatione.* Aliud enim est dicere *iustam præsumptionem*, id est quæ sit iuris & ex iure aliud verò est dicere, *statutum iuris & ordinationem*, quæ huiusmodi præsumptionem inducat. Placet tamen quod annotatiuncula ista subindicat non dubitasse Accursium, quin ex lege aliqua ius hoc profectum esset. Quamquam credibile est fuisse moribus primùm populi Romani comparatum, potiùs quàm lege aliqua vel alio iure scripto: At non tam ob frequentes eiusmodi pactiones, vt vult Cuiacius, nec tam vt ciuibus potissimùm Romanis consuleretur aduersus inopiam inquilinorum & cenaculariorum quibus plerùmque nihil erat nisi lumen vnicum & curta supellex, ita vt iis mortuis quærendum esset an ex illatarum rerum pretio sepeliri deberent vt *in l. & si quis 14. §. 1. D. de relig. & sumpt. funer.* Quàm vt hoc veluti priuilegio vrbana ædificia decorarentur, quo magis ad ornandam & amplificandam ædificiis vrbem ciues inuitarentur. Alioqui si sola pactionum istarum frequentia aut inquilinorum inopia ius hoc induxisset, neque separanda fuissent vrbana prædia à rusticis in quibus eadem conuentio frequentabatur, vt iam probauimus ex *d. l. si seruus 61. §. locaui de furt.* ob parem inopiam colonorum *d. l. & si quis §. 1.* neque vrbs Roma à cæteris ciuitatibus, in quibus credibile est non minùs prouidos, cautósque fuisse locatores, vt indemnitati suæ prospicerent, quàm eos, qui prædia in vrbe habebant. Indéque rursum apparet similiter non illam huius iuris rationem afferri posse, quam nos tamen omnium earum quæ afferunt, probabilissimam esse diximus, quod in vrbanis prædiis nihil aliud sit in quo ius hoc tacitæ hypothecæ constitui possit, præterquàm in iis quæ inducuntur & inferuntur. Nam si ratio hæc bona esset, æquè debuerat ius illud induci pro locatoribus alibi quàm Romæ prædia sua habentibus, quibus nec ob id magis cautum est, nec eo minùs cautum esse deberet. At bona posset esse ratio si quæreremus, Cur non idem priuilegium ciuibus Romanis & habitatoribus vtriusque Romæ datum sit pro mercedibus rusticorum prædiorum. Dici enim potest minùs necessarium hoc ius fuisse in locationibus prædiorum rusticorum quod aliunde satis consultum esse posset indemnitati locatorum, data ipsis tacita hypotheca, & quidem vbique gentium, in fructibus qui ex eo fundo perciperentur: Verior tamen meo iudicio illa ratio est quæ superioribus omninò fit consequens. Quòd cùm hoc priuilegium non tam locatoribus & dominis prædiorum vrbanorum, quàm prædiis vrbanis adeóque vrbi ipsi Romæ ab initio datum esset, vt ædificiorum & numero, & magnitudine vrbs clarescerct, non potuit nec debuit ad prædia rustica extendi, quorum scilicet ornatus præcipuus consistat in fructibus, fructus autem, eorúmque commoda non tam ad vrbis & reipublicæ, quàm ad priuati cuiusque domini vtilitatem spectent Itaque quod ad locationem prædiorum rusticorum attineret, nulla erat olim differentia inter ea prædia quæ à ciuibus Romæ habitantibus prope vrbem possidebantur, & ea quæ à prouincialibus in prouinciis, cùm essent omnia æquè rustica, nulla verò vrbana, præterquàm quæ in vrbe: nisi quòd ad eorum exemplum vrbana appellamus etiam illa quæ sunt in oppidis, *l. vrbana prædia 198. de verb. signific.* non quantum ad hoc priuilegium tacitæ hypothecæ vt constat ex *d. l. vlt.* sed quantum ad cætera, puta ad constituendas seruitutes vrbanorum prædiorum, quas placuit etiam in ædificiis quæ ruri, & in villa sint, constitui posse, *l. 1. D. commun. præd.* Ex his porrò intelligimus, quàm improbabilis sit Accursij veterúmque ferè omnium illa sententia, quæ nihil nisi domini scientiam exigit vt coloni bona in prædium rusticum illata pignori teneantur pro mercedibus fundi. Nam si voluntas domini necessaria est ad acquirendum ius tacitæ hypothecę in rebus illatis etiam in prædium vrbanum quod factum sit in oppidis, & vbicumque extra vrbem inspectio nimirum eo iure quod obtinuit ante nouam Iustiniani Constitutionem *in d. l. vlt.* quantò magis erit necessaria ad obligandas eas res quæ in rusticum prædium inductæ sint & illatæ? Cùm igitur nullomodo sint obligatæ, si non voluntas aliqua domini

domini aut expressa, aut saltem tacita interuenerit, quæ probetur, nullus siquidem hoc casu præsumptioni & fictioni locus est, nec vnquam fuit) non potest verum esse quod Pragmatici post Interpretes voluut, Saluianum interdictum pro iis rebus competere posse locatori, cùm non aliter competat, quàm si pactum præcesserit de rebus illis obligandis, vt à nobis disputatum est Decade præcedente *ex d. §. interdictum quoque Inst. de interd.* Adeò vt nec si voluntas domini probetur debeat ea res sufficere ad Saluianum, quamuis posset sufficere ad Seruianam exercendam *d. l. certi iuris C. de locat.* Proinde aliud est quærere, an res coloni in prædium rusticum inductæ & illatæ, hoc ipso censeantur tacitè obligatæ locatori: aliud verò quærere, an earum nomine competat Saluianum, quippe quod sicuti datur faciliùs quàm Seruiana ex qua parte datur pro rebus omnibus illatis, etiam quarum dominus nec pacti nec illationis tempore colonus fuisse probetur quia in hoc interdicto non quæritur de iure pignoris vt in Seruiana, sed de sola rerum illatarum possessione adipiscenda, ita datur difficiliùs ex qua parte Seruiana contenta est probatione, adeòque iusta præsumptione constituti pignoris etiam taciti: Saluianum verò exigit præcedens pactum, & quidem expressum, ac proinde omnimodo, omniqu casu probandum. Quod ex iis etiam quæ proximo capite dicemus aperitiùs intelligetur.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Sexagesimaprima.

ERROR PRIMVS.

De Saluiano vtili dando pro rebus inquilini illatis in prædium vrbanum.

NON dubitant Interpretes, quin res inquilini quas ille in prædium vrbanum induxerit vel intulerit, obligatæ tacitè pro pensionibus conductionis: quamquam ita disertè scriptum est pleris quæ nostri locis quos proxima Decade citauimus, maximè verò *l. 4. D. de pact. l. 2. l. 4. 5. 6. 7. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. cont. l. 5. & vlt. C. eod. l. certi. 5 C. de loca.* Sed dubitant tamen an earum rerum nomine possit locatori competere Saluianum, quamuis non negent competere Seruianam. Dubitandi verò causam ex eo sumunt, quòd certum sit Edictum Prætoris, de interdicto Saluiano factum, non nisi de colono, & rebus coloni locutum fuisse *§ interdictum quoque Inst. de interd. l. 1. & tot. tit. D. de Saluian. interd.* Verùm hæc res facit dumtaxat, si plerisque interpretibus credimus, vt directum interdictum locatori prædij vrbani competere nequeat, non etiam vt vtile quoque ipsi denegandum sit. Ita namque Bart. Bald. Salic. *ad l. 1. C. eod.* & alij quos refert ac sequitur Iacob. Menoch. *in Remed. 3. De adipisc. possess. num. 51.* Quorum omnium ratio qua mouentur, vna illa est, quòd licèt verba Interdicti sint tantùm de rebus illatis & inuectis in prædium rusticum vt omnes fatentur, tamen interdicti mens conuenit huic etiam casui cùm prædium vrbanum locatur, & in illud res inuehuntur: quod vnum inspiciendum est cùm quæritur an vtilis actio aut vtile interdictum reddi debeat ex not. per Glos. Bart. Alex. & cæteros, *ad l. curatoris C. de negot. gest.* Addit Menoch. *num. 52.* Etsi verba interdicti verè non sint de prædio vrbano, maiorem tamen esse rationem vt illata, inuectaque in prædium vrbanum sint obligata. Cùm præcipuè ob vrbani prædij locationem tacita illa hypotheca sit inducta. & per consequens inquit, interdictum hoc Saluianum sit introductum. Ex veteribus tamen contrà senserunt Azor. Accurs. Petr. de Bell. Pertic. & Cyn. *in d. l. certi iuris C. de loca.* non magis vtile quàm directum interdictum posse competere locatori vrbani prædij, sed noua ratione, & quàm facilè confutant contrariæ opinionis assertores: Aiunt enim veteres illi, quos proximè nominauimus, ea quæ illata & inuecta sunt in prædium vrbanum posse teneri à locatore, qui & domum ipsam possidet: Hoc verò interdictum cùm sit adipiscendæ possessionis non dari iam possidenti *d. §. interdictum quoque*, vt verò probent inuecta & illata in prædium vrbanum possideri à locatore, afferunt argumentum ex Vlpian *in l. solutum 11. §. solutam D. de pign. act.* vbi ait illic dari pignoratitiam conductori etiam pro rebus illatis & inuectis in prædium vrbanum, nam pignoratitia, inquiunt, non datur nisi pignoris traditio præcesserit, & consequenter translatio possessionis, *l. qui pignoris 36. D. de acqu. poss. l. cùm notissimi §. 1. C de præscript. 30 vel 40. annor.* Rem enim necesse est interuenire, vt pignoratitia possit competere, quippe quæ non datur nisi ad restitutionem *§. vlt. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Sicut nec propriè contractum pignus dicimus nisi cùm res transit ad creditorem, *l. si rem 9. §. propriè D. de pign. act. l. plebs est 238. §. pignus de verb. signif.* Atqui si ratio hæc recta esset vtique peræque conueniret ac multò magis illatis à colono in prædium rusticum, quam illatis ab inquilino in prædium vrbanum. Quidni enim æquè à locatore possideantur illata in prædium rusticum, si ea quæ in vrbanum illata sunt à domino possidentur. Loquimur siquidem de illatis in prædium rusticum, quæ fuerint pignori obligata, siue per pactũ expressum, quod recentiores nostri exigunt, siue per solam scientiam, vt voluit Accurs. siue per qualẽ qualem domini voluntatem, dummodò probatam, vt nos existimamus. Cùmque hoc plus sit in obligatione illarum in prædium rusticum, quod saltem scientia domini necessaria est, quæ non exigitur in obligandis iis quæ in vrbanum prædium sunt illata, nulla certè causa est, cur illata in prædium rusticum minùs possideri à locatore videantur quàm quæ in vrbanum. Nam vt benè Menochius argumentatur, fieri nullo modo potest vt locator qui ignorat quid illatum & inuectum sit incipiat possidere *l. 3. §. Nerua D. de acquir. poss.* Ea porrò quæ in prædium rusticum etiam sciente ac volente domino inducta sunt, vt essent pignori, à locatore non possideri ex eo intelligimus quod ad eorum possessionem adipiscendam comparatum est Saluianum, cùm sit int.rdi-

interdictum adipiscendæ possessionis. Multò igitur minùs possideri dicenda sunt ea quæ in prædium vrbanum siue sciente, siue ignorante domino inuehuntur. Nec quod pignoris vinculo teneantur, ad tẽ tacit. Nam si nullum pactum intercesserit, quod neq; necessariũ est, non tam pignus illud dici debet, quàm hypotheca, cuius certum est possessionem nullam transferri in creditorem, *dict. § propriè*. Ius.n. hoc taciti pignoris sola iuris potestate inducitur, vt diximus præcedentib. *ex l. vlt. C. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* & *ex dict. l. solutum 11. §. solutam D. de pignor. act.* Ius autem nostrum nũquam sine facto hominis transfert possessionem *l. cum her. 23 D. de acquir. poss.* quæ scilicet non iuris sed facti est *l. 1 § si vir vxori eod. tit. l. denique 19. D. ex quib. cauſ. maior.* Quòd si pactum de obligandis rebus inquilini expressum interuenerit non eo minùs hypotheca dici debebit potius quàm pignus propriè sumptum, quoniam secura illatio non eo animo fit vt rerum illatarum possessio in creditorem transferatur, sed tantum vt creditori cautum sit earũ inclusione ac retentione si pensio non soluetur *l. pen. D. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. cum domini 56. D. locat. l. si iniur. 20 D. de iniur.* Et ad hunc demũ casum referri debet quod de pigneratitia actione etiam pro rebus inuectis & illatis danda scriptum est *in d. § solutam*. Nullo igitur alio casu dici potest res siue ab inquilino, siue a colono illatas possideri à locatore, qui licet ædes suas possideat non ideò tamen possidet res illatas, quippe quę nec sunt pars ædium, & quas conductor non pro alieno possidet quomodo prædium à se conductum *l. pign. 13. D. de vsucap.* sed pro suo, Sed quanquam ratio illa qua Cynus potissimùm mouebatur falsa est, nunquam tamẽ dubitaui quin eius sententia vera esset. Nullo enim iuris nostri loco scriptum video, competere Saluianum pro rebus inquilini, quas ipse in prædium vrbanum intexerit. At quibus locis de Saluiano interdicto quæritur, non nisi de colono tractari, & de rebus coloni, quas is pro fundi mercedibus pignori futuras pepigisset. Maximè verò *in d. §. interdictum quoque Inst. de interd.* qui omnium apertissimus locus est de natura & conditione Saluiani interdicti: itemque *in l. 1 & 2. D. de Saluian. interd.* in quibus tametsi pleræque species proponantur ad Saluianum interdictum pertinentes, omnes tamen sunt de colono, nulla penitus de inquilino, ex quo apparet non modo verum illud esse quod omnes fatentur, edicti verba quibus interdictum illud propositum fuit de colono tantùm, déque coloni rebus fuisse, sed & Prætoris mentem illá extitisse vt colonis solis faueret, non etiã inquilinis. Alioqui cur non generaliter de conductoribus omnibus prædiorum & vrbanorum, & rusticorũ locutus fuisset? Aut cur non potiùs de locatoribus vrbanorum qui & in eo plus iuris habent quam locatores rusticorum, quod tacitę hypothecæ ius datum illis est in rebus illatis, non etiam locatoribus rusticorum? Non ergo alia ratione factum id videri potest, quàm vt inclusio vnius esset exclusio alterius, nec dubitare quisquam posset, quin de rebus in prædium vrbanum illatis Saluianum dari minimè deberet. Neque bona Menochij argumentatio est, vt ob id solùm maior ratio sit dandi Saluiani pro rebus inquilini quòd eas locator tacitè obligatas habeat, quasi ad inducendum Saluianum nihil nisi ius aliquod præcedẽtis pignoris, siue expressi, siue taciti exigatur. Verissimũ enim est, quod nos tota superiore Decade probauimus, Saluianũ induci non tã ex iure quàm ex pacto expresso pignoris, vt cætera interdicta omnia factum aliquod semper exigunt, aut ex parte illius, qui interdictum postulat, aut ex parte alius contra quem postulatur. Quare si nunas nullum de obligandis coloni rebus illatis pactum expressum intercessisse, sed tantùm voluntatem aliquá locatoris, qualem sufficere posse diximus in superioribus, ad eas res pro mercedibus fundi obligandas non facile patiar dari Saluianum locatori, cui potest imputari cur non pepigerit de ipsis obligandis *d. §. interdictum quoque*, sicut nec interdictum De migrando alij competit, quàm ei, qui expressim conuenit de pignore *l. 1. D. de migrand.* Hoc verò cùm ita sit, facilè est videre cur pro rebus inquilini in prædium vrbanum illatis, quæ tacitè iustáque tantùm præsumptione pignori oblatæ esse intelliguntur, Saluianum competere non possit, neque directum, neque vtile, nempe quia non sufficit ad inducendum Saluianum quòd sint obligatæ, nisi etiam illud concurrat vt per expressam conuentionem obligatio illa contracta sit.

ERROR II.

Cur Saluianum directum non detur locatori pro rebus inquilini illatis & expressim obligatis.

AT cùm non semper cesset expressa pactio in rebus illatis prædium vrbanum, nihilque vetet etiam vrbani prædij locatorem expressim paciscí de pignore, vt constat ex *d. l. de migrand.* Id vnum me malè habet, quænam ratio sit cur eo saltem casu quo expressum pactum interuenerit, Saluianum tamen locatori denegetur, Cùrque in hoc deterioris conditionis sint locatores vrbanorum prædiorum, quàm locatores rusticorum, cùm ex iure illo tacitæ hypothecæ quod ipsis solis datum est appareat melioris conditionis esse illos debere etiam cùm cætera non sunt paria. quanto magis paribus cæteris? Puto ego, nisi me fallo, nullam de rebus mobilibus ab inquilino in prædium vrbanum illatis comparatam esse actionem, neque ciuilem, neque prætoriá, neque de possessione, neque de iure pignoris, hoc est neque Saluianum interdictum, neque Seruianam. quia neque fuit necessarium, neque vtile publicè in eo se interponere Prætorem, quod iam satis & abũdè cautum esset locatori data ei retentione rerum illatarum si aut non appareret inquilinus, aut in pensionis solutione cessaret, cùm nemo dubitet quin habeat locator ius retentionis & detentionis non solum si nullum aliud pignus habeat locator quàm quod à iure præsumptum est, quódque conuentum accipitur vt loquitur Vlpian. *in l. licèt 6. D in quib. cauſ pign. vel hypoth tacit. contr.* id est, pro conuento cautóque habetur *l. vlt C. eod.* Sed etiam, ac multò magis si expressim de pignore conuenerit, non tam quod melius & commodius sit retinere quàm agere & experiri (nec enim nouum est vt qui ius habeat retinendi, habeat etiam ius agendi) quàm quia imputari possit locatori, cur illata in prædium adduci per conductorem & auferri passus sit cùm per eorum retentionem posset sibi consulere, ac petere vt distraherentur, sibique ex pretio solueretur, *d. l. penul. eod. d. l. 1. D. de migrand d. l. cùm domini 56. D. locat. l. si iniuria 20. de iniur.* Eo namque non facto quod fieri potuit, & debuit, quid ei possis imputare qui res illatas emit bona fide, siue obligatas sciuerit siue ignorauerit? An non iustam & probabilem causam habuit existimandi venditionem illam fieri non reluctante locatore, & quasi solutis locatori pensionibus propter quas alioqui ius suum exequi, ac prædij vrbani ostium præcludi, signarique vt iuberetur impetrare potuisset? Cur ergo pateretur Prætor inquietari eum per Seruianam? De Saluiano enim non est

quod

quod quicquam addamus, cùm nunquam detur illud contra extraneum possessorem vt superiore Decade ostendimus ex *l. 1. C. de precar. & Saluian. interd.* Et verò constat bonorum mobilium illam esse conditionem, vt eorum possessio faciliùs amittatur, quàm immobilium, adeóque ob neglectam solummodò ipsorum custodiam *d.l.3.§ Nerua filius l.peregrè 44 in princip. & in fin. l. si rem mobilem 47. D. de acquir. poss.* Et consequenter eadémque facilitate ius pignoris quod in iis cum possessione ipsa fuerit acquisitum, vt quemadmodum pignus propriè non est nisi cuius possessio transit ad creditorem, *d.l. si rem 9.§ propriè l.cùm & sortis 35.§.1. D de pignor. act.* Ita pignus esse desinat non quidem statim atque amissa possessio est, sed statim atque neglecta fuit eius retentio: quoniam perinde nuda creditoris volũtate liberatur pignus, atque sola possidentis voluntate possessio amittitur *l.4.§.1. & l seq. & pass. D. quib. mod pign. vel hypoth. solu. l. si quis vi 17.§. differentia D. de acquir poss.* Vnde & ius illud profectum videtur, quod Gallicanis moribus inductum gallico iactatur prouerbio, *Meubles n'ont point de suite en hypotheque.* Mobilium in extraneum translatorum nullam esse persecutionem per hypothecariam, quamuis ius hoc Gallicanum & consuetudinarium à iuris scripti ratione abhorreat, *l. D. de distr. pignor. l. si creditor 28. D. de pignorat. act.* vbi tamen obseruá verba illa *et debitor* abundare. Rectè verò per *hypothecariam* quia per directam dominij vindicationem ea persequi dominus non prohibetur, etiamsi à tertio possideantur, nimirum quoniam dominij amissio longè difficilior est, quam aut pignoris aut possessionis *d. §. differentia.*

ERROR III.

De interdicto De migrando quod dant interpretes etiam colono.

HÆc omnia eò spectant vt intelligamus actionem nullam competere, neque dari debuisse locatori vrbani prædij in res ab inquilino illatas, quia licèt verum sit quod suprà diximus res istas illatas eo ignorante, in ipsius tamen potestate est vt incipiat eas possidere cùm volet prohibendo scilicet, ne quid ex iis conductor abducat & auferat quousque pensio plenè soluta sit aut eius nomine aliter satisfactum, quod vtique facere suo iure potest atque ita conductoris sui possessionem interuertere, eámque ob causam fuit necessarium inquilino auxilium edicti prætorij ex qua parte propositum fuit interdictum de migrando, quo prætor vetat vim fieri inquilino quominùs liceat ei abducere res illatas in prædium vrbanum si modò soluerit pensionem locatori aut aliter eo nomine satisfecerit, *d. l. 1. D. de migrau.* Nec quod edicti verba eum nominatim casum demonstrent, quo de pignore expressim conuenerit facere potest, vt videri debeat cessare interdictum in illatis rebus taritè duntaxat obligatis. Cur enim melior sit conditio locatoris qui non cauit sibi nominatim de pignore, quam eius qui expressim cauit? Neque verò fuit necesse id exprimi verbis edicti quod non pro locatore vt in Saluiano interdicto, sed contra locatorem pro inquilino proponebatur. Non enim putauit prætor succurrendum locatori qui ipse sibi satis consulere per retentionem posset aduersus inquilinum, sed potius inquilino aduersus locatorem, si fortè is iure isto retentionis etiam post solutam pensionem abuti vellet, ad comminiscendam vim & iniuriam inferendam inquilino. Sicut è contrariò non putauit succurrendum colono per interdictum illud *De migrando d.l. 1. § 1.* quamuis subuenerit locatori aduersus colonum Saluianum. Quod ipsum tamen magis miraretur quis non immeritò possit: nam cum Prætor eum casum demonstrauerit quo nominatim conuenisset de pignore, nec quisquam dubitet quin etiam illata in prædium rusticum perinde obligari possint expressa conuentione, atque illa quæ inuehuntur in prædium vrbanum, cur non æque fuit necessarium interdictum colono atque inquilino? vt nimirum prohibeatur dominus fundi vim ei facere, quominus res suas illatas possit abducere & auferre solota demum mercede. Sed respondendum est, ideò non fuisse necessarium interdictum colono, quia non poterat prohiberi ne res illatas afferret, nisi proposita priùs contra eum Seruiana actione, vel impetrato Saluiano, cum non quemadmodum in prædiis vrbanis, ita in rusticis vnquam permissum fuerit locatori obstruere ostium, & præcludere ac obsignare prædium ad interuertendam coloni possessionem: hoc ipsum verò illam ob causam, quod ita fieri non poterat, quin agricultura impediretur: cui sanè incommodo prouidendum & occurrendum fuit, potiùs quàm permittendum, vt prætore authore, vel iure permittente id fieri videretur. Et ob eam quoque rationem fuerunt necessaria contra colonum auxilia & Seruianæ actionis, & Saluiani interdicti, quæ contra inquilinum propter illam quam habebat dominus præcludendi vrbani prædij potestatem neque necessaria, neque commoda & vtilia esse poterunt. Et contra igitur fuit pari ratione necessarium inquilino interdictum De migrando, quod nõ fuit necessarium colono, nec tamen possunt sibi temperare interpretes, qui rationes istas aut inquirere voluerunt, aut inuenire non potuerunt, quin dent etiam colono vtile interdictum De migrando, sicut & contra inquilinum vtile Saluianum, quasi in vtraque edicti parte eadem colonì ratio sit, & inquilini: quod si ita esset, quæro cur prætor in proponendo interdicto De migrando inquilini duntaxat meminisset? Rursum cur de colono tantum, deque rebus coloni proposuisset Seruianam, & interdictum Saluianum? Quemadmodum igitur quod Vlpianus scribit *in d.l. 1.§. 1. de migr.* interdictum illud colono non competere, ita omnino accipiendum est vt nullo modo competat id est, neque directum, neque vtile, ne alioqui nullius effectus sit ea Vlpiani sententia cum inter directum & vtile interdictum effectu ipso nihil intersit, vt neque inter directam & vtilem actionem, *l. actio 47. ff. de negot gest.* Ita quod scriptum est *in §. item Seruiana Inst. de action. & in § interdictum quoque Instit. de interd.* Seruianam propositam esse de rebus coloni quæ pro mercedibus fundi vinculo pignoris tenentur, & Saluianum interdictum dari similiter de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi futuras pignori pepigisset, non alium sensum habere potest, quàm hunc quem nos volumus vt in illis remediis proponendis de solo colono prætor senserit, & de coloni rebus tantùm, non etiam de inquilino aut de rebus inquilini, ac proinde vt neque contra inquilinum, neque aduersus res inquilini aut actio Seruiana aut Saluianum interdictum exerceri possit, nec magis vtilis Seruiana quàm directa, vel vtile Saluianum quàm directum. Alioqui, cùm negari non possit quin aliqua sit actio prodita quæ quasi Seruiana, vel vtilis appellatur, An nõ debuerat quasi Seruiana ea primùm dici & per antonomasiam, quæ maiorem cum Seruiana similitudinem haberet? An non verò illa esset, quæ de rebus inquilini, siue aduersus inquilinum ipsum, siue aduersus possessorem extraneum accommodaretur?

Quis enim colono ſimilior quàm inquilinus? Semper quippe pari paſſu ambulant, niſi cùm lex eorum iura diſertè ſeparat & diſcernit. Atqui nihil tale vſpiam traditum reperias. Quaſi Seruianam enim definit Iuſtinianus *in d. § item Seruiana*, qua creditores pignora hypothecaſve perſequuntur, quæ & ideò hypothecaria appellatur.

ERROR IV.

De vtili Seruiana contra inquilinum, aut contra extraneum de rebus inquilini.

Dices, Quidni ergo etiam locatori prædij vrbani competet quaſi Seruiana, vt res in prædium ſuum illatas ab inquilino, & pro penſionibus ſaltem tacite obligatas ac multò magis ſi expreſſa pactio interuenerit, communi creditorum, omnium iure, retentioque communi ſi non Seruianæ, ſaltem quaſi Seruianæ actionis, nomine perſequatur? Reſpondeo eſſe in hoc deteriorem locatoris vrbani prædij conditionem, quàm cæterorum creditorum pignus aliquod ſiue expreſſum ſiue tacitum habentium, quòd ius ſuum exequi nec aliter nec priùs poteſt, quàm ſi prædium in quod illatæ ſunt res inquilini præcludi & ſignari curauerit ad extorquendam penſionis ſolutionem. Nam ſicuti hoc facto ſibi tam benè tutòque conſulit vt nulla ſubinde actione agere poſſit, ita non facto eo, id eſt, ſi patiatur res inquilini antea illatas in prædium abduci inde, & auferri ius ſui pignoris remiſiſſe intelligitur non ſecus ac ſi eo tempore quo conuenit expreſſim de pignore, vel quo res illatæ ſunt, conueniſſet nominatim vt tamdiu dumtaxat eſſent pignori, quandiu in prædio vrbano detinerentur, cùm nullam hæc interpretatio faciat iniuriam locatori in cuius poteſtate eſt facere, ſi ius ſuum exequi velit, vt detineantur perpetuò in id vſque tempus quo ſit pleniſſimè ipſi ſatisfactum. Quod quoniam non ſimiliter de locatore prædij ruſtici dici poteſt, quis iam miretur conſultum ei fuiſſe per actionem & per interdictum, cui non poterat conſultum eſſe per retentionem? Aut quis pro locatore vrbani prædij exigat actionem, vel interdictum cùm poſſit ille ſibi multò commodiùs & expeditiùs per retentionem conſulere? Neque male poſſit quis ad hunc caſum aptare quod vulgari noſtrorum iactatur brocardico, eum qui in vno grauatur, in alio releuari oportere, & contrà *vulg. l. eum qui 30 D. de iureiur.* Grauatur in hoc inquilinus magis quàm colonus vt penſionis non ſolutæ nomine precludi poſſit, quomodo loquitur Paulus *in dicta lege penult. D. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr. & in dicta lege cum domini 56. D. locat.* vbi de horreis & inſulis tantùm tractat, id eſt, de prædiis vrbanis, de quibus etiam Modeſtinus *in l. ſi iniuria 10. D. de iniur.* Proinde illum releuari æquum eſt in eo vt poſt abductas & ablatas non reluctante locatore res quæ priùs in vrbanum prædium illatæ fuerant, neque Seruianam amplius timendam habeat, neque Saluianum, ſed ſola perſonali actione conueniri poſſit, niſi ponas obligaſſe ipſum vt hodie fieri adſolet, non tantùm inuecta & illata, ſed generaliter bona ſua omnia. Quo caſu ſicut illatio nihil prodeſt ad obligationem pignoris, ſiue conſtituendam, ſiue perficiendam, ita nec abductio & ablatio nocere poteſt ad finiendum ius pignoris: quod vt perpetuò duret, ſufficit fuiſſe res illas in bonis inquilini tempore conductionis, cùm non fuerint obligatæ tanquam illatæ, ſed tanquam bona debitoris: quæ ratio perpetuam facit obligationem ſemel benè conſtitutam. Cui tamen conſequens eſſe nolumus, vt res illatæ in prædium ruſticum & expreſſim obligatæ, deſinant pignoris vinculo teneri ſtatim atque fuerint abductæ & exportatæ. Non enim non tam conuentio pignoris quæ præceſſit, quàm ſecuta illatio facit vt oppigneratæ cenſeantur, *d. l. potior. 11. §. ſi colonus. D. qui potior. in pign. hab.* Certum eſt tamen manere illas obligatas etiam poſtquàm inde ablatæ ſunt, ideóque ipſarum nomine aduerſus extraneos quoque competere Seruianam, *l. 1. & 2. D. de Saluian. interd.* Quoniam illationis effectum hoc caſu perpetuum eſſe oportet, vel ob id maximè quòd cùm in poteſtate locatoris prædij ruſtici non ſit facere, vt res perpetuò durent illatæ; id eſt, quouſque ſoluta ſit tota penſio, eſſet alioqui in poteſtate conductoris abducendo quandocunque, & auferendo inde res illatas, efficere vt bene contracta pignoris obligatio, creditore inuito & ante ſolutam penſionem finiretur, quod & abſurdum & iniquum eſſet, *l. debitorem 15. C. de pign. l. nec ei 17. § 1. D. de adopt. l. ſi ſeruum 91. §. videamus D. de verb. obligat.*

ERROR V.

De Saluiano pro fructibus perceptis ex prædio ruſtico. Et ad l. ſi ſeruus 61. §. locaui, D. de furt & ad l. pen. D. in quib. cauſ. pign.

De fructibus à conductore perceptis ex fundo & prædio ruſtico dubitant etiam Interpretes an competat Saluianum. Et quamuis nullo iuris loco ſcriptum ſit competere, magis tamen eſſe putant vt competat. Vnica illa & perpetua ratione, qua & mouentur perpetuò, & decipiuntur. Quòd fructus illi etiam citra expreſſam conuentionem tacitè ſint obligati pro mercedibus fundi, *l. in prædiis 7. ff. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Supponunt enim pro vero & conſtanti, aliud nihil requiri ad inducendum Saluianum, quàm vt ea res cuius nomine interdictum proponitur ſit pignori obligata. Atque ita & argumentatur & concludit Iacob. Menochius, qui omnium diligentiſſimè vniuerſum hunc tractatum de Saluiano interdicto proſecutus eſt *Remed. 3. adipiſc. poſſ. qu. 16. num. 113.* vbi addit pro ſententiæ ſuæ confirmatione, non poſſe dubitari quin conductor fructus iſtos poſſederit, quod etiam putat ille omnimodo neceſſarium eſſe, vt eorum nomine ſiue contra ipſum conductorem, ſiue aduerſus extraneum exerceri Saluianum poſſit: Nos verò docuimus in præcedentibus, neque eſſe neceſſarium vt debitor conuentionis tempore poſſederit eas res de quibus Saluianum proponitur, cùm ſit hoc remedium adipiſcendæ poſſeſſionis, non retinendæ aut recuperandæ: neque ſufficere vt res illæ fuerint obligatæ pignori, ſi non illud etiam concurrat vt expreſſa conuentio præceſſerit de iis obligandis: *Ex § interdictum quoque, Inſt. de interd. l. 1. D. de migrand.* Itaque tametſi fructus percepti ex prædio ruſtico tacitè obligati ſint etiam citra conuentionem, non eſt tamen bona conſecutio ſi quis ex eo inferat, poſſe igitur pro illis Saluianum dari, niſi ponas expreſſum pactum de iis obligandis interueniſſe. Sed & pacto expreſſo interueniente, nego poſſe Saluianum competere pro huiuſmodi fructibus, quippe quòd conſtat non de aliis rebus competere quàm de rebus coloni in prædium ruſticum illatis & inductis, in quo numero certè non ſunt fructus à colono percepti, nec ſi in horreo reconditi proponantur: quia non ideò in horreum inferuntur, vt ſint pignori locatori ſed vt aſſeruentur primùm, deinde ſuo

tempore

tempore distrahantur:hicro & commo lo conductoris; Cui alioquin non liceret eos fructus inde auferre,ac vendere, si non locatoris quoque consensus interueniret,quin hoc ipso furtum facere diceretur, eo saltem casu quo expressum de iis obligandis pactum praecessisset,l.si seruus 61.§.lacauc D.de furt. Deinde cessat in his fructibus ratio, quae induxit, necessitatem proponendi Saluiani de rebus coloni. Ratio enim, vt diximus,non alia fuit, quàm quòd succurrendum videretur locatori siue per actionem Seruianam contra quemcumque possessorem, siue per interdictum Saluianum aduersus conductorem, cùm ille sibi ipsi consulere per retentionem non posset, obsignando & praecludendo praedium rusticum, quomodo posset facere locator praedij vrbani *l. pen. D in quib. caus. pign. vel hypoth tacit. contr. l. cùm domini 56 D. locat. l si victuria xo. D. de instr.* Atqui quod ad fructus istos pertinet, aequè sibi per retentionem prospicere locator potest, ac si de rebus in praedium vr anum illatis ageretur, quandiu non sunt separati a solo,sunt fundi,& ideò potest locator si velit ute suo,& tam quam dominus prohibere ne conductor qui iam in soluen a pension moram fecit, eos perciperat: Postea quam verò separati sunt à solo, & à conductore percepti, licèt neque fundi partem constituant,neque ad locatorem proinde dominij iure pertineant,sed ad conductorem tanquam qui eos ex locatoris e uidémque domini voluntate perceperit, adhuc tamen durat ius locatoris vt prohibere possit, ne priusquàm soluta pensio sit,exportentur:Adeò vt nec prohibitio illa necessaria sit,sed sufficiat clam exportatos à conductorem fructus esse,id est,nulla denunciatione facta locatori,cui ea res denunciari debuerat(id enim demum est clam facere, *l. 3. §. pen & vlt. D. quod vi aut clam*) vt hoc ipso conductor furtum fecisse videatur *d. § locaui.* Ex quo loco apparet plus iuris hac parte habere locatorem in fructibus praedij rustici iam perceptis à conductore,quàm habeat locator prędij vrbani in rebus quas inquilinus in praedium vrbanum inuexerit.Nec enim vllo iuris loco proditum est inquilinum furti actione teneri,si res in praedium vrbanum illatas abstulerit vel abduxerit ante solutam pensionem,& citra denunciationem, tametsi expressa conuentio ignotis praecesserit, sed hac sola inter tacitum & specialiter expressum pignus differentia hac parte constituitur,*in d l penult. D.in quib.caus.pign. vel hypoth.tacit.contr.*quod serui ind ctum in praedium vrbanum, licèt omnimodò saltémque tacitè obligatus sit, non tantùm alienare inquilinus potest, sed etiam manumittere, quem tamen si specialiter obligatus esset manumittere nullomodo posset:non dico *si expressim*,vt quidam interpretantur, sed *si specialiter* , atque ita intelligo quod in *dict. l. penult.* scriptum est *manifestarij pignoris nomine teneantur.* Siue enim cum Holoandro legas *manifestaria*, vt referas ad dictionem illam praecedentem *ex conuentione*:siue vt vulgò, *manifestary pignoris*,sensus idem est, & manifestaria conuentio pignoris aut conuentio pignoris manifestarij illa demum est quae non tantùm expressim sed etiam specialiter rem afficit, cùm in generali conuentione pignoris plerúmque obscuri aliquid insit, propter quod dubitari probabiliùs possit an hoc aut illud contineatur. Et quamuis generalis conuentio pignoris possit esse manifesta, non tamen aequè manifestaria esse potest, ac specialis. Potest verò conuentio pignoris expressa esse, nec tamen specialis, puta si sit generalis.

ERROR VI.

De sent. l pen. D. in quib caus. pign. tac. contr.

ERrant itaque in hoc nostri vulgò interpretes qui quod scriptum est *in dict.l.penult.* sic intelligunt, quasi Paulus moueat magnam esse differentiam inter ea,quae tacitè,& ea quae expressè obligata sunt pro praedij vrbani pensione, cùm è contrariò, non distinguat Paulus an quae obligata sunt propter pensionem,obligata sint expressè an tacitè, sed an quid obligatum sit propter pensionem quoquomodo,& indistinctè,& id est, siue expressè, siue tacitè, an verò ex conuentione manifestaria & speciali ex alia scilicet quàm pensionis causa, vt priore casu nō prohibeatur manumissio serui, si modò antè manumissus sit,quàm dominus idémque conductor pensionis nomine precluderetur, posteriore verò casu prohibeatur,quod & Marcianus scripsit non iisdem verbis sed eodem penè sensu *in l.si quis obligatum 6. D.qui sine ma um ad libert.peruen.* Nisi quod Marcianus non opponit, quomodo Paulus, seruum obligatum propter pensionem siue expressè siue tacitè, seruo specialiter obligato ex alia causa: seruum non obligatum nisi generaliter seruo specialiter obligato, quasi nec videatur obligatus quodammodo seruus,qui generaliter tantùm obligatus est, *l.in fraudem 27.§ 1.iunct.l generali 19 D qui & à quib. manumiss.* Verùm haec ipsa si efficaciùm inspicias,solo verborum sono inter se distant: quia pro pensione vrbani praedij possunt quidem illata obligari non modò tacitè, sed etiam expressè: at specialiter vix vnquam possunt: Quandoquidem solet conuentio praecedere illationem, fierique eo tempore quo contrahitur locatio ac proinde antequàm inquilinus res suas inferat,habeatve ius inferendi. Nec tam afficiuntur res illatę & inuectae per conuentionis potestatem, quàm per illationem cùm neque factū sit vt aliter obligarentur,quàm sub ea velu ti conditione si inferrentur,*l pestor. 11 §.si colonus D qui potior. in pign.hab* Nisi ponetes inter locatorem;& conductorem expressim conuenisse non tantùm vt quandocunque illata & inducta obligarentur,sed etiā vt hoc & illud inferretur, hic vel ille seruus induceretur:quod tamen vix est vt vnquam eueniat, nec nisi valdè iniqua posset videri conuentio eiusmodi: & conductori onerosa. Exemplum sanè talis conuentionis nullum,quod sciam,in libris nostris extat. Itaque benè Paulus *in d. l pen.* postquàm opposuit ea quae propter pensionem obligata sunt, iis quae per conuētionem manifestariam & specialem sint obligata ex alia causa,opponit subinde mācipia obligata pignori hoc est specialiter oppignorata,seruis iuhabitantibus in praedio vrbano,non quòd habitationis intuitu serui non nisi tacitè obligati sint locatori quid enim vetat esse obligatos etiam expressè)Sed vt intelligamus siue expressè illi obligati sint, siue tacitè, non tamen nisi generalem obligationē illam esse,specialē verò non esse,qualem oporteret esse ad seruum obligatum adeò afficiendum vt manumisso impediretur. Proinde inter tacitam & expressam pignoris obligationem quantum ad ea quae in praediū vrbanum inferuntur, aut inducuntur, nihil penitus interest, sed inter generalem & specialem pignoris conuentionem multum distat, dixi, quantum ad ea quae in praedium vrbanum inferuntur, & inducuntur, quoniam in iis quae à colono in praedium rusticum inuehuntur, valdè refert an expressa, an tacita praecesserit conuentio pignoris de illatis obligandis, non solùm si de Seruiana tractemus,sed etiam si de Saluiano interdicto, quia neutrum remedium competit

comperit locatori si non expressim conuenerit de pignore, vtrumque verò comperit si conuenerit expressim, quandoquidem nec pignus vllum hoc casu tacitè contrahitur, vt probauimus in superioribus. Sed & in eo rursum alia ratio est inquilini, alia coloni. quod mancipiorum quæ inquilinus in prædium vrbanum induxit, manumissio aliquo casu prohibita est, nimirum si manumittantur ab eo qui iam tùm pensionis nomine sit perclusus, vt scriptum est in *d.l. penult.* vbi additur, retenta pignoris iure mancipio non posse liberari, derisúmque id est reprehensum fuisse Neruam Iurisconsultum, qui putabat, per fenestram monstratos seruos quos locator ob pensionem detineret liberari posse, quasi nõ sufficeret præcludi & obsignari ostium prædij vrbani, si non ipsæ quoque fenestræ obstruerentur, vt benè explicat vir doctissimus Iacobus Cuiacius *lib. 17. Obser. capite* 39. Imò verò præclusio illa, & obstructio ædium & ostij etiam patentibus fenestris ad retinenda illata & inducta omnia, quousq; pensionis nomine plenissime satisfactum sit locatori prædij vrbani, vim habet ac potestatem pignoris non tantùm expressi sed etiam specialis, nec per specialem tantùm conuentionem, sed etiam, quæ propria pignoris natura est, per traditionem, cõstitutum, vt exinde locator fiat possessor rerum omnium illatarum & pro pensione obligatarum, non minùs quàm si in eã nominatim causã traditæ probarentur. Quæ res facit vt debitoris eiusdémque conductoris possessionem locator interuertat, sed suo iure, nec illicitè, qui iam ex die illationis habuit res illas pignoris taciti iure obligatas, tùm quoque cùm pactum nulla de pignore interuenerat. Quòd si expressa pignoris conuentio fuit hoc tamen addit præclusio, & obsignatio ædium, vt exinde non modo expressum sed etiã speciale pignus constitutũ traditúmque videatur. Inde verò fit vt non similiter possit inquilinus ex eo tempore interuertere possessionem locatoris, & res in prædium vrbanum illatas auferre & abducere, quin hoc ipso furtum facit etiam rei suæ, cùm furtum non dominij interuersio sit, sed possessionis. adeò vt neque seruum vllum ex inhabitantibus possit manumittere, *d.l. penult.* quamuis causa manumissionis omnium fauorabilissima sit propter fauorem libertatis. Et hæc quidem de illatis in prædium vrbanum dixisse sufficiat.

ERROR VII.

Cur faciliùs fiat furtum à colono in fructibus prædij rustici quàm ab inquilino in rebus illatis.

IN fructibus verò prædij rustici, de quibus primùm dicere cœpimus, dissimilia sunt penè omnia. Nam neque possidentur à conductore antequam eos perceperit, cùm tantisper sint pars fundi qui totus non minùs possessionis, quàm domini iure ad locatorem pertinet, neque eo magis tamen furtũ eorum facit colonus, cùm eos percipit, qui ex domini voluntate hoc facere intelligitur cùm à domino conduxerit, nec quòd eos expressim obligauerit pro pensione quam nondum soluit, nocere ipsi debet, quandoquidem prius est vt colono fuerint acquisiti, quàm vt in iis ius vllum pignoris contractum videri possit colono autem acquiri priùs non possunt quàm eos perceperit, neque rursum ab eo percepti dici, antequàm fuerint à solo separati, *l. si fructuarius messem 12. D. quib. mod. vsusfr. amit.* Sed vbi eos percepit, sicuti ex eo die incipiunt & ad colonum pertinere, & consequenter obligati esse pignori pro mercedibus fundi [illegible]its & incipit colonus posse furtum eorum facere, & facit, si eos clam deportet, nullàque facta locatori denunciatione, non quasi eos percipiendo possessionem ipsorum simul cum dominio non acquisiuerit, quandoquidẽ suo, & nomine & iure illos percepit. Sed quia ex instanti pignoris contracti, id est, ex quo cœperunt illi ad colonum & dominij & possessionis iure pertinere, cœperunt etiam sic esse affecti vt exportari neque potuerint, neque debuerint, nisi vel sciente domino & consentiente, si soluta pensio non esset, vel soluta demùm pensione, si domini voluntatem & consensum exquirere colonus nollet, quasi non iam amissa in totum possessione, per locatorem, quàm mutata possessionis causa, vt qui anteà simpliciter & absolutè possidebat fructus cohærentes solo tanquam dominus & fundi & fructuum, ex tunc incipiat eos possidere tanquam creditor, id est non quidem absolutè, sed tamen quòd ad omnes causas præterquàm quòd ad vsucapionem, *l. seruus nomine 16. D. de vsuc.* Hoc verò sufficit vt furtum ei possit fieri etiam à debitore Nam furtum fit cùm debitor pignus subtrahit creditori non solum si traditio præcesserit, sed etsi specialis obligatio citra traditionem, *l. si is qui 66. D de furt. §. aliquando, Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.* Indéque nimirum est quod salua etiam conductione potest locator prohibere non ne fructus a solo separentur, sed ne à prædio distrahantur, & deportentur, non vt contendat suos esse, sed vt dicat sibi obligatos: Quid? An nõ etiam illa quæ in prædium vrbanum inuecta & inducta sunt verè sunt obligata locatori ex die illationis, tùm quoque cum de iis obligandis nullo modo conuenit? Cur non ergo perinde furtum facit inquilinus si quid ex illatis auferat & exportet non soluta pensione prius etiam quam pensionis nomine præcludatur? Ratio differentiæ ex eo petenda est, quod fructus percipiendi ex fundo rustico non possunt expressim obligari quin hoc ipso specialiter obligentur, quia nec de aliis fructibus obligandis in genere actum videri potest, quam de iis ipsis qui in specie nascentur ex fundo. At conuentio de obligatione inferendorum in prædium vrbanum tametsi maximè sit expressa, nunquam tamen sic exprimi potest, vt sit specialis quia nec sciri potest quid inquilinus in prædium vrbanum inuecturus sit, aut non inuecturus quoniam scilicet extrinsecus inuehuntur dissimiliter à fructibus qui ex fundo conducto nascentur, quos certum est ex alio fundo nasci nõ posse. Porro sola specialis obligatio, non etiam generalis potest vice traditionis esse ad hoc vt debitor contrectando rem a pignori datam si inuito, id est, ignorante creditore id faciat, furtum ipsius facere existimetur, *dict. l. si is qui in princip.* Adeò verum est, quod vulgò iactitant, specialem conuentionem magis afficere, quàm generalem. Quanquam si qua generalis conuentio fingi posset de fundi fructibus obligandis quæ differret à speciali, nouum tamen non esset plus iuris habere locatorem in fructibus, qui aliquando ipsius fuerunt, & quos non aliter passus fuisset percipi à colono, quam si specialiter futurum vt in soluenda mercede fidem conductor præstaret Non enim similiter possis dicere, illata ab inquilino fuisse vnquam locatoris Et ideò incipit illatorum pignus à die illationis, *d.l. potior § si colonus ff qui potior. in pignor hab.* Pignus vero fructuum ex die separationis, & eo ipso, vt diximus instanti quo eorum dominium incipit ad colonum pertinere. Cùm ergo non minus possit locator prædij rustici consulere sibi per retentionem fructuum, quam locator prædij vrbani per retentionem illatorum, imò longè commodius quia pro illatis retinendis necesse est pensionis nomine inquilinum percludi,

quod

quod ad fructus retinendos, eorúmque deportationem impediendam non æquè necessarium est, consequens omnino fit, vt non magis Saluianum possit accommodari locatori prædij rustici pro fructibus, quàm locatori prædij vrbani pro illatis, cùm & imputari possit domino cur non fuerit diligentior in eo vt sibi consuleret per retentionem antequàm fructus exportarentur, & post exportationem quoque possit ille sibi prospicere per actionem furti, quorum neutrum dici potest de illatis in prædium rusticum, pro quibus ob eam causam vt locatori pro mercedibus cautum esset, necesse fuit comparari & Saluianum interdictum aduersus conductorem, & Seruianam actionem tam aduersus conductorē ipsum quàm contra extraneum quemlibet alium possessorem.

ERROR VIII.

De fructibus prædij rustici tacitè tantùm obligatis, & an pro iis dandum sit Saluianum aut Seruiana locatori.

QVid verò si fructus prædij rustici non expressè, sed tantùm tacitè pro fundi pensionibus sint obligati? Minùs vtique iuris habebit in iis locator, hactenus nimirum ne possit videri conductor furtum fecisse fructuum si eos post perceptionem deportauerit insciо locatore, quia non quælibet pignoris obligatio vt facit tam facilè possit debitor furtum rei suæ admittere, sed ea tantùm quæ vel sit specialis vel traditionem iunctam habeat, *d.l.si is qui.* Et idcircò tractat Africanus *in d.§.locauit*, eam speciem in qua expressè conuenerat vt pro fundi mercedibus obligati essent fructus qui ex eo fundo nascerentur. Sed an ideò Saluianum aut Seruianam pro huiusmodi fructibus dabimus locatori? Minimè: nam sublata causa furtiua quæ si pignoris obligatio specialis interuenisset, per solam fructuum deportationem induceretur citra vllam prohibitionem, & ob omissam tantummodò denunciationem. Hoc tamen remedium superest locatori ad parandam sibi indemnitatem per retentionem, vt prohibeat expressim conductori ne fructus illos tacitè obligatos priùs exportet, quàm pensionem soluerit, aut aliter eo nomine satisfecerit. Quidni enim prohibitio illa tantùm ei proderit, quantùm prodesset locatori vrbani prædij si pensionis nomine inquilinus percluderetur? Neque verò Menochius hoc diffitetur, posse locatorem prædij rustici pro suo iure prohibere ne fructus à colono exportentur, sed in eo errat cum cæteris interpretibus quod ob hoc ipsum rātò faciliùs accommodat locatori Saluianum quod vel hac vnica ratione in totū denegare debuerat, nec rursus vidit quanti intersit, an fundi & prædij rustici fructus tacitè sint obligati an expressè. Illud sanè benè notat nihil interesse an fructus illi in horreum prædij rustici illati sint necne, quoniam non ex illatione nascitur ius pignoris vt in illatis in vrbanum prædium, sed ex eo solo quod fructus sunt prædij rustici, nec superueniens illatio auget ius pignoris, sed tantùm facit ne furtum fructuum admissum dici possit qui non exportati, sed è contrario in horreo prædij rustici reconditi fuerunt. Illud quoque non malè nihil interesse an illationem sciuerit dominus fundi, an ignorauerit, sed in eo pessimè quod vtroque casu dat Saluianum locatori pro fructibus, quod nos nullo penitus casu dandum esse arbitramur. Planè quod de fructibus diximus certum est ad omnes pertinere, nec minùs ad industriales quàm ad naturales, si modò locatori res sit cum colono ipso non cum coloni hærede, vt benè idem Menochius pro Negusantio contra Iasonem disputat supradicto loco. Nec enim leges distinguunt an fructus naturales sint an industriales, *d.l. in prædiis 7. D. in quib.caus. pign.vel hypoth. tacit. contr.* iunct. *l. 3. C.eod.* nec rursus distinguendi causa vlla est nisi in persona hæredis cuius non alia bona possunt dici obligata pro debito defuncti, quàm quæ ex defuncti bonis immediatè prouenerunt, *l. Paulus 29. in princ. D.de pignor.* in quo numero sunt fructus tantùm naturales non etiam industriales. Bart. *in l. assiduis num.9.* & Salic. *ibid. quæst. 5. Cod qui potior. in pign.hab.*

ERROR IX.

De re empta ex pretio fructuum in prædio rustico perceptorum.

QVod volunt interpretes, dari Saluianum locatori pro fructibus quoque perceptis in prædio rustico si conductor non soluerit pensionem, restringere solent ad eum casum, quo fructus adhuc extent. Nam si consumpti sint, quamuis ita vt ex ipsorum alienatorum pretio res aliqua empta sit, fatentur neque hypothecam, neque hypothecariam vllam superesse nec in fructus qui amplius non extant, nec in rem illam emptam ex fructibus, quæ nunquam, aut expressè, aut tacitè fuit obligata. In eóque omnes consentiunt, *ex l. 3. C. in quib.caus.pign. vel hypoth tacit contr.* vbi disertè hæc differentia traditur inter fructus prædiorum pignori datorum, & prædia ex fructuum pretio comparata, vt fructus quidem pignorum etsi id apertè expressum non sit ipsi quoque pignori credantur tacita pactione inesse, nempe quia sicuti iure soli percipiuntur, *l. qui scit 25. §.1. de vsur.* ita & ius soli in causa pignoris sequuntur, at prædia tamen ex fructuum pretio comparata non similiter in eandem pignoris causam veniant. Sed addunt exceptionem, quam neque Imp. Alex. *in d.l.3.* neque alius vllus ex antiquis prudentibus vnquam addidit, nisi alia nulla sint debitoris bona per quæ possit consultum esse creditori. Eo namque casu volunt etiam in hypothecaria pretium succedere loco rei, contra vulgarem iuris regulam, quæ habet in vniuersalibus tantùm iudiciis, non etiam in singularibus quæ nostri vulgò malè particularia vocant, ita constitutum esse, vt pretium loco rei succedat, *l. si & rem & pretium 21. & seqq. D. de petit. hered. l. Imperator. 70. §. vltim. & legib. seq de leg. 2.* Iudicium enim actionis quasi Seruianæ, & hypothecariæ speciale esse non vniuersale nemo ambigit, nec proinde quin ius ita comparatum sit vt quod ad illam actionem pertinet pretium non succedat loco rei *ex l. 1.* vbi Bart. & alij *D. de distract. pignor.* Plus putat Iacob. Menoch. *in remed. 3. De adipisc. possess. ex Salmau. interdict. num. 523. & 525.* Si fructus ex rustico prædio percepti qui pro mercede obligati, siue expressè, siue tacitè fuerant, ita consumpti sint vt nec alia vlla supersint conductoris bona ex quibus possit locator indemnitatem consequi, etiam rem quæ ex pretio illo empta sit, velut hypothecæ suppositam, in subsidium vindicari posse, sed per hypothecariam actionem, inquit, nō per Saluianū interdictum cùm à cōductore nunquam res illa fuerit possessa. Atq; In hanc rem affert authoritatē Alex. *cons. 108. n. 10. li. 5.* & Cyni *ad l. mater q. 7. C. de rei vindic.* quibus tamen locis tractant illi non de re quæ empta sit ex pretio rei obligatæ, sed de pretio ipso, cuius quàm lōgè dispar & diuersa ratio sit, nemo non videt. Nā cùm hoc per se iam satis mirū & difficile est, vt in hypothecaria pretiū succedat loco rei in subsidium, quia repugnat iuris regulis, vt diximus, & omnes fatētur, magisq; nititur æquitate quàm iure,

Tum verò illud multò difficilius est ne dicam absurdius, vt res empta ex pretio rei obligatæ censeatur hoc ipso esse saltem in subsidium obligata. Duo enim singularia in eam rem concurrere & circa idem induci oporteret, contra vulgare nostrorum brocardicum ad, *l. 1. C. de dot. promiss.* Primum illud esset vt pretium rei obligatæ succederet in locum rei, proindéque obligatum intelligeretur saltem in subsidium. Alterum vt res empta ex illo pretio non nisi in subsidium obligato, ipsa quoque eadem iure censeretur: Nec enim fieri potest vt res empta ex pretio pignoris sit obligata, quin pretium ipsum priùs fatendum sit obligatum esse. Nos verò etsi brocardicum istud Doctorum nunquam probauimus, nec absurdum existimamus, vt circa eandem rem eandémque personam singularia multa concurrant si ratio aliqua æquitatis, & humanitatis ita suadeat, in proposito tamen ne duo ista singularia admitti patiamur, ea eo mouemur, quòd ne quidem priori soli admittendo locum fieri debere arbitramur. Sicut enim constat inter omnes multum distare inter rem & rei pretium, *l. si aly vsu 42. §. 1. D. de vsufr.* Ita fatendum est multum referre an inter debitorem, & creditorem conuenerit de re aliqua obliganda, an de ipsius quoque pretio in eandem pignoris causam deducendo. Cùmque ita ius sit, vt nihil per hypothecariam peti possit nisi quod vel expresse, vel tacitè obligatum probetur, omnino consequens est, vt rei obligatæ pretium de quo nihil dictum fuit, cùm de pignore conueniret, non possit peti per hypothecariam, nec magis in subsidium quàm principaliter: Sicuti nec alius potest in locum pignoratitij creditoris succedere, quàm qui ipse conuenit de pignore, *l. Aristo. 3. D. quæ res pignor. oblig. poss.* An non enim multò facilius est vt persona succedat in locum personæ ad proponendam hypothecariam, quam vt res non obligata in locum rei obligatæ ad eandem hypothecariam excipiendam? Neque quod solemus dicere, fructusqui ex re specialiter obligata percepti sunt hoc ipso tacitè obligatos intelligi, *d. l. 3. C. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.* facere potest vt similiter admittere debeamus, obligatum esse pretium quod ex re obligata redactum fuit: quia non quemadmodum fructus rei ex ipsa re percipiuntur, & quidem iure soli, non seminis? *l. qui scit 25. § 1. D. de vsur.* Ita possit quis similiter dicere pretium pignoris venditi ex pignore ipso perceptum videri, cùm pretium rei venditæ non tam ex re ipsa, quam ex negotiatione percipiatur, *l. venditor 21. D. de hered. vel act. vendit.* Quòd si tum quoque cùm de fructibus agimus, distingui oportet, an de naturalibus tantùm fructibus tractemus, an verò de industrialibus, quoniam industriales cùm non ex re ipsa obligata percipiantur immediate, sed per mediam possidentis operam & diligentiam, non veniunt in obligationem causamque taciti pignoris, vt superiore capite diximus ex Bart. ad *l. assiduus n. 9. C. qui potior in pignor. habeant.* Ita vt ne quidem in subsidium possint fructus illi industriales capi pignori, nec enim quisquam tale quid vnquam dixit, Quantò minùs ferendum est vt pretium rei obligatæ de quo siue expressè, siue tacitè obligando, neque dictum, neque actum quicquam est, hoc ipso censeatur obligatum? Nam fructus etiam industriales non alio tamen quàm soli iure percipiuntur, idque commune habent cum naturalibus *d. l. qui scit. §. 1. l. bonæ fidei 48. D. de acquir. rer. domin.* & hoc saltem verum est, fundum ex quo percepti sunt fructus industriales fuisse debitoris tempore conuentionis. Pretium autem ei nunquam nec vllo modo ex re ipsa, sed omnimodo, & omni casu ex negotiatione percipitur, *d. l. venditor.* nec potest dici pretium fructuum ex quo res empta est, fuisse conductoris eo tempore quo pignus, siue expressum, siue tacitum contractum fuit, quod tamen necesse esset illo etiam casu quo de ea re nominatim obliganda conuenisset, *l. potior. 11. § si de futura re D. qui potior. in pign. hab.* iunct. *l. 1. D. de pignor.* Et verò si res ex nummis pignoratis empta non ob hoc solùm pignorata est, quòd pecunia pignerata erat, vt diserte scribit Vlpianus *in l. ademque 7. in fin. D. qui potior. in pignor. hab.* nulla ratio est cur facilius è contrario admittamus pecuniam ex rei pignoratæ pretio redactam ob hoc solùm censeri pignoratam quod res ipsa pignorata erat, cùm non sit facilius, vt pretium succedat in locum rei, quàm vt res in locum pretij. Sic enim euenit vt neque res empta ex pecunia mea sit mea, *l. si ex ea pecunia 6. C. de rei vindic.* neque dotalis quæ ex pecunia dotali *l. ex pecunia 12. C. de iur. dot.* nisi empta sit vxoris nomine, quomodo accipienda est, *l. res quæ 54. D. eod. tit.* neque communis quæ ex pecunia commune, *l. si vnus 67. §. 1. D. pro socio.* Denique cùm placeat redactum ex re furtiua pretium furtiuum non esse, *l. qui vas 48. § vlt. D. de furt.* cur magis admittamus pignoratum esse pretium, quod redactum est ex re pignorata? Aut cur pignus istud subsidiarium inducamus fauore creditoris cui potest imputari cur non meliùs sibi prospexerit. In necem verò illius cui nihil possis imputare, siue debitor ille sit, siue alius quispiam tertius. Quamquam si subtiliùs intueare, difficilius est vt in persona ipsius debitoris quæstioni huic locus esse possit. Cùm si debitor rem à se pignoratam vendat inscio creditore hoc ipso furtum eius facere intelligatur, non solùm si rem tradiderat, sed etiam si speciali conuentione illam obligauerat, *l. si seruus. 61. §. locaui l. si is qui 66. in princip. D. de furt.* Si verò eam vendat ex voluntate creditoris, hoc ipso creditor ius sui pignoris remittere intelligatur, *l. 4. §. 1. l. si consensit 7. l. sicut. 8 §. non videtur & pass. De quib. mod pign. vel hypoth. soluit.* Porrò cùm debitor rem à se pignoratam ita vendit, vt vendendo furtum eius faciat, licet fit quod ei possit imputari cum in re illa malè versetur, nulla tamen ratio est vt eo magis pretium rei obligatæ debeat videri obligatum, Imò tantò minùs quanto certius est eum qui furtum et facit per venditionem, nihil minùs agere, quàm vt pecunia quã redigit ex venditione succedat in locum rei, admissum enim contrariam potiùs voluntatem declarat, id scilicet eum agere vt quantum facere potest pignus intercertat, vt in specie non dissimili ratiocinatur Vlpianus *in l. si quis extraneus 21. D. de acquir. hered.* Estque inauditum vt quicquam obligetur, siue expressè, siue tacitè citra vel contra voluntatem domini præterquàm cùm obligatio ea lege necessaria est, quo demum casu non inquiritur voluntas debitoris, vt in causa dotis & tutelæ, *vnic. C. de rei vxor. act.* Itaque fatendum est, quod nemo ex interpretibus obseruat, vel huic quæstioni locum in persona debitoris nullum esse posse, vel, quod est verius, non alio casu posse quàm quo generalis duntaxat conuentio de pignore interuenerit, aut quo facta sit pignoris specialiter dati venditio nec ignorante, nec tamen consentiente creditore, sed sciente illo & tacente. Nam neque generalis conuentio pignoris sufficit, ad hoc, vt debitor vendendo rem obligatam quam non tradidit furtum eius facere videatur, sed speciali opus est vt in *d. §. l. cau. & d. l. si is qui*, neque sola scientia creditoris cùm pignus à debitore venditur, sufficit ad inducendam tacitam remissionem pignoris si non expressus consensus intercedat, *d. §. non videtur.* Atqui cùm generalis tantùm conuentio pignoris præcessit, nõ est existimandũ fructus

fructus etiam naturales qui ex bonis generaliter obligatis percepti sunt, tacitè obligatos esse, neque ad hunc vt puto casum pertinet quod scriptum est in *d.l.3.C. in quib. caus. pign.* quia quoties aliquid pignori datum legimus ita intelligere debemus vt ipsum vel traditum sit vel specialiter obligatum *l. si quis non obligatum 6. D. qui sine manum. ad libert. peruen. l. in fraudem 27. §. 1.* iunct. *l. generaliter 29. in princip. D. qui & à quib. manum.* Adeò vt nec sola generalis obligatio sufficiat ad dandum creditori ius retentionis prætextu debiti non soluti, sed specialis conuentio pignoris in eam rem requiratur, quod omnium apertissimè ac elegantissimè probat rescriptum Imperatorum *in l. si non inducta 5.* in illis verbis *nec hac specialiter obligata monstrentur à contrar. sens. C. in quib. caus. pign.* iunct. *l. 1. in princip. D. de pignor.* Sicque intelligendum illud quoque est quod dici solet, etiam ob chirographariam pecuniam pignus retinere posse, *l. vnic. C. ed. tit. etiam ob chirogr. pecun.* Scilicet de pignore quod vel traditum sit, vel specialiter obligatum non de illo quod tantùm generaliter. Sola enim specialis conuentio vim illam habere potest vt æquipolleat traditioni, quæ alioqni necessaria videretur ad inducendum ius retentionis. Quomodo enim fieri potest vt iure quis retineat eam rem cuius possessio nunquam fuerit ei tradita nec vere, nec per æquipollens? Ergo si generaliter tantùm obligata sint bona debitoris, non poterit locus esse quæstioni, an fructibus bonorum venditis pretium eorum sit obligatum, cùm neque fructus ipsi eo casu sint obligati, multò magis dicendum est si fructus illi non nisi tacitè obligati sint, quod euenit in fructibus prædij rustici locati, nulla de iis obligandis expressim facta conuentione, & ij venditi fuerint quamuis inscio locatore, qui casus est quem nos post Menochium nunc tractamus, nullo modo esse obligatum pretium quod ex fructuum venditione redactum fuit, cum nec si ex fructibus ipsis, non ex ipsorum venditione redactum esset, quasi naturalis quidam fructus, ideirco tamen obligatum videri posset: Nisi poneres obligata generaliter creditori bona etiam futura non tantùm præsentia, quam in rem etiam necessaria olim conuentio specialis, id est quæ bonorum futurorum specialem faceret mentionem, *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignor. l. si qui mihi 28. D. de iur. fisc.* ante Iustiniani constitutionem *in l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poss.* Sed & cùm prædio pignori dato nominatim conuenit vt fructus quoque pignori essent, placet tamen distracto prædio & consumptis à bonæ fidei emptore fructibus nullam eo nomine actionem competere creditori, ne vtilem quidem Seruianam, quia fructus illi nunquam fuerunt obligati, cùm nunquam fuerint debitoris vt eleganter Papin. tractat. *in d.l. 1. § cum prædium D. de pignor.* Quantò magis dicendum est in quæstione proposita non posse hypothecariam exerceri, ne quidem vtilem de fructuum obligatorum pretio, quod ipsum nunquam fuit obligatum, cùm neque fuerit in dominio debitoris eo tempore quo conueniebat de pignore, neque simul cum ipso prædio quod tunc debitoris erat, potuerit obligari? *d.l. potior. 11. § si de futura re D. qui potior. in pignor. hab.* Quòd si pretium pignoris non est obligatum, qua fronte obsecro possumus dicere, rem quoque aliam ex eo pretio comparatam esse obligatam? An non multò id difficilius est, quàm vt pretium quod ex rei obligatæ venditione redactum est, obligatum existimetur.

ERROR X.

De actione in subsidium quam dant interpretes in specie l. 1. in fin. ff. de distract. pignor.

NEque verò aliter responsum fuit ab Alexandro quem pro sententiæ suæ confirmatione affert Menochius. Id enim tantùm scribit *dict. cons. 108. num. 9. & 10 lib. 15.* In hypothecaria pretium succedere loco rei vt possit etiam pretij possessor conueniri, sed non nisi in subsidium, & rursus ita demum si pretium illud ad eum peruenerit ex causa lucratiua non etiam si ex onerosa, ex distinctione Bartoli ad *d. l. 1. D. de distr. pign. arg. l. is qui à debitore 9. D. quæ in fraud. credit.* At de re empta ex pretio, neque Alexander, neque Bartolus supradictis locis loquuntur, adeòque nec locum iuris vllum proferunt quo suam opinionem probent, sed mouentur tantùm ex authoritate Accursij nostri *ad d. l. 1. in fin. D. de distr. pignor.* vbi tamen nihil aliud dicit nisi quòd tractans de specie quæ in ea lege ex Papiniano proponitur, ait primum eundémque tertium creditorem qui acceptis specialiter pro primo credito pignoribus, & pro tertio generaliter omnibus bonis debitoris, quæ alij secundo creditori antea fuerant æquè generaliter obligata, vendidit rem aliquam ex generaliter obligatis ante dimissum secundum creditorem, nullo quidem iure id fecisse, quia dimittendus erat ante omnia prior creditor: sed non ideò tamen posse illum conueniri aut personali actione siue directa, siue vtili, aut actione furti, aut ad exhibendum, ob eas rationes quas Papinianus affert, nisi, inquit, in subsidium ad pretium si in pignora ipsa non possit agere, fortè ob longi temporis præscriptionem, quæ possessores tueatur. Sed qua actione putet Accursius creditorem hunc eundémque venditorem posse conueniri de pretio, non aperit, an scilicet personali aliqua, an hypothecaria, Facile tamen est videre non de hypothecaria siue directa, siue vtili sentire Accursium, sed de personali, cùm in exemplum & argumentum afferat, quod scriptum est *in l. 1. C. de reb. alien. non alienand.* Si quis ignoranti seruum alienum vendiderit, & is seruus posteà factus sit emptoris per vsucapionem, cogendum esse venditorem vt pretium quod accepit, veteri domino restituat. Nec enim quisquam putauerit actione hypothecaria pretium illud restitui debere, cùm seruus ipse nunquam domino suo fuisset obligatus, sed ita intelligi debet vt hoc casu negotiorum gestorum actio danda sit, secundum Africani sententiam quæ extat *in l. vlt. D. de negot. gest.* iunct. *l. ab vno 19. C. eod. tit.* aut saltem condictio, vt *in l. si eum seruum 23. D. de reb. credit.* Ergo nec in proposita specie putauit Accursius hypothecariæ locum esse posse. At neque actioni negotiorum gestorum locus esse potest, cùm hic creditor propriam causam errore ductus non alienam persecutus videatur vt Papinianus ait, vt & in specie de qua Marcianus ex eodem Papiniano *in l. creditor 12. aliàs l. si prior. §. sciendum D. qui potior. in pignor. hab.* Eamque Accursij nostri mentem fuisse, vt de personali tantùm non etiam de hypothecaria in subsidium pro pretio danda senserit, constat etiam ex illo apertiùs, quòd in alia specie, quam idem Marcianus post Papinianum tractat. *in d.l. si prior. alias d.l. creditor. §. Papinianus*, id est quando prior creditor nouatione facta, postea eadem pignora cum aliis accepit, & secundo non offerente pecuniam, ea vendidit, sicuti certissimum est, creditorem

priorem primam tantùm pecuniam expensam ferre posse, non etiam quam posteà ctedidit,& ideò quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituere illum debere, ita neque dubitat Accursius, quin personalis actio illa sit non hypothecaria. De illo enim tantùm quærit an ea actio sit condictio ex illa lege, vt in specie *l. vlt.§.fin verò creditores, verf. licentia.C.de iur.delib.* an officium iudieis, an actio in factum: quæ omnia genera sunt personalis non hypothecariæ actionis. Magísque probare videtur vt actio in factum competat, sic enim ille ipse licèt dubitanter *ad l. si prior aliàs d. §. Papinianus.* De quo tamen dicendum nobis erit latiùs *cap. seq* nunc sufficiat obseruasse non magis ex Accursij sententia quàm ex Papiniani verbis probari posse, quod vulgò creditur in hypothecaria pretium succedere loco rei. Cùm eo quoque casu quo putauit Accurs. posse creditorem qui pignus nullo iure vendidit pro pretio conueniri in subsidium, non de alia tamen quam de personali actione contra cum danda senserit. Et apertiùs ad eundem locum Bartol. scribit, nulla actione, neque negatiua, vt ipse loquitur, neque datiua, id est, quæ ex æquitate accommodanda sit teneri creditorem hunc, qui pretium habet pignoris venditi, nisi in eo quod quantitatem debitam excedit, quòd pro ea tantùm parte videatur pretium ad eum peruenisse ex causa lucratiua, nõn etiam pro qua parte is creditor verè fuit. Et rursum idem Bart. apertè fatetur magis se probare vt actio quæ danda sit de superfluo pretij contra creditorem sit condictio ex lege, quæ ipsa vtique personalis actio est, non hypothecaria. Denique & in specie illa quã refert Bartol. se ex supradicta Accursij sententia & consuluisse & obtinuisse nõ quærebatur an alia actio quam personalis danda esset contra mariti fratrẽ qui oues à marito pro dote obligatas & in hæreditate relictas nullo iure vendiderat, pretiúmq; ipsarum sine causa retinuerat. Ex hoc igitur apparet tanto manifestiùs. Pretium in hypothecaria nunquam succedere loco rei, quod & idem Bartol.concludit ad *d.l.is qui à debitore in fin ex d.l.1.D.de distract.pign.* Nam si succederet, non tantùm personalis actio danda esset, verùm etiam hypothecaria cõtra quemlibet pretij possessorem, nec tantùm in subsidium, sed etiam principaliter & rectà, cùm fieri nequeat vt non competat directa hypothecaria contra omnem rei obligatæ possessorem, licèt aliquando exerceri prohibeatur nisi facta priùs excussione personæ ac bonorum debitoris, vt *in Auth.hoc si debitor C.de pign & Auth. præsente. C.de fideiuss.* Sed quamuis illud etiam Menochio indulgeremus, vt pretium rei obligatæ posset peti per hypothecariam, non tamen esset consequens idem admitti oportere in re empta ex illo pretio, nec enim quemadmodùm in plerisq; causis euenit, vt pretium succedat loco rei, sic è contrario possis dicere rem ex pretio emptam succedere in locum pretij quod ne quidem in vniuersalibus iudiciis admissum est, *l.sed etsi l.15.§.1.* vbi etiam Bart. *D. de petit.hære.* Nam pretium quidem licèt ex negotiatione magis quàm ex re ipsa, tamen propter rem percipitur. At res quæ ex pretio emitur, neque ex eius pretij pecunia, neque ob pecuniam illam acquiritur, cum pecunia sit ex earum rerum genere quæ recipiunt functionem Proinde nulla ratio est cur per hypothecariam, siue directam, siue vtilem peti possit ea pecunia, quæ nunquam fuit obligata. Cui consequens est vt neque pro ea re Saluianum siue directũ, siue vtile dari possit, cùm nunquam detur nisi de re quæ per expressam conuentionem fuerit obligata, vt in superiorib. ostendimus ex *§.interdictum quoque Inst. de interdic.* Et hac vna ratione moueri debuit Menoch. vt in proposita quæst. Saluianum denegaret locatori prædij rustici in rem emptam ex fructibus à colono perceptis, non illa, quam affert, quòd eam rem colonus nunquam possederit. Nam si sic intellexit, quomodo intelligere sanè debuit vt initæ conductionis tempore non possederit cõductor rem istam emptam ex fructibus verum quidem illud est, sed non idcircò bona erit ratio, cùm ad inducendum Saluianum quod de adipiscenda possessione datur, necesse non sit possessam fuisse rem à conductore eo tempore quo conuenit de pignore, sed sufficiat possideri eo tempore quo interdictum proponitur: si verò sic intellexit vt nullo vnquam tempore absolutè conductor iste possederit rem emptam ex fructuum pretio, non possum videre quo sensu verè id dictum esse possit, cùm ex eo saltem die quo res hæc & empta fuit à colono, & ei tradita, fatendum sit possessam illam quoque ab eo fuisse.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Sexagesimasecunda.

ERROR PRIMVS.

De sententia, & conciliatione l.creditor 12. §. Papinianus aliàs l.si prior. D.qui potior. in pign.hab.& l.1.de distr act.pignor.

Solent Interpretes nostri Papiniano Papinianum obiicere quasi pugnantia scripserit aut senserit in ea specie quæ proponitur *in l. creditor 12.§.Papinianus* aliàs *l. si prior D. qui potior.in pign. hab. & in l.1. D. de distr.pign.* species elegans est & digna de qua separatim dicamus, vel ob hoc ipsum, vt quæ proxima Decade scripsimus, meliùs intelligantur. Titius mutua centum à Sempronio acceperat, eíque fundum Cornelianum eo nomine pignori dederat, subinde quinquaginta mutuatus à Mæuio, datóque ei in pignus eodem fundo, rursus alia centum mutua petierat & acceperat ab eodem Sempronio, factáque nouatione vt tanquam voius totiúsque summæ ducentorum aureorum debitor constitueretur, eundem fundum Cornelianum dederat ei pignori, cum aliis bonis, cessante Sempronio in solutione quærebatur vter potior esset in pignore. Titiúsve an Mæuius, & vtri potiùs distrahendi pignoris ius dandum esset. Videbatur enim Titius etiam pro iis centum quæ prior credidisset, posterior esse Sempronio propter

nouationem quæ prioris debiti causam peremisset, ac in posterius transfudisset *l.1. ff. de nouat.* cum nouatione facta liberentur pignora & hypothecæ *l. nouatione 18. eod.* Refert tamen Marcianus *in d. §. Papinianus* alios *d. l. si prior.* Papinianum aliter respondisse superioris temporis ordinem manere primo creditori tanquam in locum suum succedenti, quæ Papiniani sententia extat *in l. creditor 3. in princ. eod. tit. qui potior. in pign. hab.* vt proinde per huiusmodi nouationem obligatio quidem mutetur, sed superioris temporis ordo non mutetur, quomodo benè Cuiac. noster locum illum interpretatur *lib. 11. Obser. cap. 32.* confutata Græcorum interpretatione ad *d. §. Papinianus*, quem illi sic intelligunt vt primus creditor posteriore tantùm conuentione non etiam priore acceperit eadem pignora quæ secundus acceperat, quod si ita esset non tam potior ille quàm solus inueniretur in pignoribus quæ pro primo credito accepisset, nec de ordine ac iure priorum pignorum disputandum inter eos esset, si non eadem pignora secundo creditori data essent quæ priori. Ponendum itaque est quod apertius expressit Papin. *in d. l. creditor*, Secundum creditorem secunda conuentione eadem pignora accepisse quæ prior acceperat, eademque pignora eum aliis data fuisse eidem primo creditori, cum nouam pecuniam post secundum crederet, priorémque obligationem nouaret. In qua specie sola nouatio facere videbatur vt posterior etiam pro primo credito videri deberet is qui reuera fuerat prior, nisi fortior ille pro eo vrgeret ratio, quod eadem accipiendo pignora satis declarasset velle se in locum suum succedere, prioris que temporis ordinem retinere, cùm etiamsi alij creditori anteriori data essent eadem pignora in cuius locum vellet hic succedere qui tertio loco pecuniam credit, vtique id assequi posset eadem pignora accipiendo, *l. Aristo. 3. D. quæ res in pign. oblig. poss.* Quidni ergo longè facilius in suum ipsius locum succedet? Hoc verò admissio illud etiam omnino consequens est, vt prioris téporis ordinem retineat. Vnde noua rursum emergit dubitatio, An igitur pro priore & potiore creditore habendus sit non minus pro pecunia quæ tertio loco quàm pro ea quæ primum ab eo credita est, cum enim vtraque summa in eandem obligationem deducta sit per nouationem, difficile est vt separationem inducamus, quod ad ea saltem pignora pertinet, quæ in vtramque causam data sunt, ne alioqui eueniat contra brocardicum nostrorum vt vna eademque res diuerso iure censeatur. At ex alia parte mouet, quod ratio nulla est vt primus hic creditor qui pro pecunia tertio loco credita non nisi tertius creditor est, præferatur pro ea quantitate secundo creditori, qui per expressam pignoris conuentionem sibi diligenter prospexerit: Cùmque non debeat secundus creditor vincere communi iure illo quo solet potior esse qui prior est tépore. Alioqui erit in potestate debitoris mutuam pecuniam accipiendo & adijciendo nouum creditorem facere deteriorem conditionem antiquioris creditoris, quod etsi in chirographario creditore, neque nouum neque absurdum est, *l. 1 § ex contrario, D. de separat.* in pignoratitio tamen non obtinet. *l. si fundum 4. l. licet 7. & pass. C. qui potior. in pignor. hab. l. debitorem 15. C. de pign.* Etsi autem ad posteriorem hanc dubitationem nihil respondet Papin. *in d. l. 3. D. qui potior. in pign. hab.* Marcianus tamen *in d. §. Papinianus*, eam Papiniani sententiam latiùs exponit, siue referentis siue interpretantis vice fungatur, vt si secundus creditor non offerat pecuniam primo loco creditam possit prior pignus vendere, sed ita tamen vt primam tantùm pecuniam expensam ferat, non etiam quam post secundum credidit, & quod superfluum ex anteriore credito accepit hoc secundo restituat. In hoc vno mancus videtur Marcianus, quod non explicat quænam actio illa sit per quam secundus creditor priorem vrgere possit ad superflui restitutionem. Hinc porrò magna inter Iuris Interpretes hæsitandi causa, quam actionem dari posse ait Papinianus *in l. 3. ff. de distract. pign.* Tractat eo loco de creditore qui certa prædia debitoris pignori specialiter acceperat, & post alium creditorem cui generaliter idem debitor bona sua omnia obligauerat, ipse quoque simile pactum bonorum, id est, de bonis omnibus debitoris generaliter obligandis interposuerat, siue ob alium nouum contractum, siue ob eundem illum ea cuius causa prior erat tempore. Ponit autem creditorem hunc qui & speciali & generali conuent one pignoris sibi prospexerat, posteà vendidisse bona cætera, id est, quæ generaliter non quæ specialiter habuit obligata, & quidem ante secundum creditorem dimissum. non ponit vendita per eum fuisse prædia quæ non specialiter sed etiam priore loco fuerant ei obligata. Neque enim is casus vllam haberet dubitationem: an quid quòd ad ea prædia non tam potior ille quàm solus inueniretur *in l. 5. D. qui potior. in pig. hab.* Minimè. Diximus enim obligata fuisse secundo creditori generaliter bona debitoris omnia, ac proinde illa ipsa quoque prædia quæ priori creditori iam data pignori fuerant, cùm non eò minùs mansserint in bonis & dominio debitoris, *l. rescriptum 2. in princ. D. de distract. pign.* Inde namque est quòd secundus creditor habet ius offerendi priori ad pignus suum confirmandum, *l. secundus creditor. 2. C. de pign. & hypoth.* quod ius non haberet si pignorum iam ante alij datorum nulla prorsus in posteriore conuentione ratio haberetur. Non ergo solus est, sed potior in primo pignore, hic, qui prior credidit, Ideò autem dubitari non potest quin potior sit, quod non ponimus factam hic vllam nouationem, in eóque differt hæc species ab illa, de qua *in d. l. 3.* vbi tota ratio dubitandi, vt monuimus, non aliunde pendebat quam ex nouatione. In proposito autem nec de illo dubitat Papinianus, quin prior creditor nullum ius habuerit vendendi pignora quæ secundus creditor priore loco acceperat, quia cùm in iis pignoribus sit posterior tépore, tum quoque cùm ea accepit ob eundem contractum cuius nomine prior fuit, quando non quis prior contraxerit quærendum est, sed quis prior pignus acceperit, aut saltem de pignore conuenerit, certum est non potuisse illum iure suo vendere pignora secundo creditori priùs data, nisi post dimissum secundum creditorem. Cui consequens fit, vt de illo tantùm quæratur, an pignorum possessores siue iidem emptores, siue alij sint, conueniri per hypothecariam à secundo creditore possint, nullam quoque res hæc habeat dubitationem: Tunc enim emptores pignorum secuti sunt, vt de proprietate vinci non possint cùm ab eo creditore emerunt qui habuit ius vendendi, hoc est qui potior fuit in iure persequendi pignoris & distrahendi, *l. qui à creditore 18. C. de distract. pignor. l. 2. C. si antiq. credit. pign. vendid.*

ERROR II.

De creditore posteriore qui pignus alij ante obligatum nullo iure vendidit.

ET in hoc rursum differt hæc species quam nunc tractamus ab illa, de qua *in d. l. 3. & in d. l. 12. §. Papin. D. qui potior. in pign. hab.* Nam cùm eadem pignora primo & secundo creditori data sunt, potest ea

ea primus creditor iure suo vendere si pecuniam neque debitor neque secundus creditor offerat, atque ita nullus dubitandi locus relinquitur an possit à secundo creditore posteà inquietari emptor, quem certum est non posse *d. l. 2. & 3. C. si antiq. credit. pign. vend. & l. qui a creditore 18. C. de distract. pignor.* Solùque potest illa quæstio superesse, An primus creditor qui ex venditione sui pignoris plus accepit, quam ei deberetur, aliqua actione teneatur eo nomine creditori posteriori, & qua actione. At cum primus creditor ea pignora vendidit quæ secundo creditori fuerant prius obligata vt in specie *d. l. 1. D. de distract. pignor.* Sicuti certum est secundo creditori saluam esse hypothecariam contra emptorem cui primus creditor nullo iure vendidit tanquam qui in iis pignoribus tertius possessor fuerit non primus, ita dubitatio tanto maior relinquitur, an primus ille creditor qui pretium accepit pignorum in quibus potior secundus fuit, aliqua ei actione teneatur ad totius pretij restitutionem. Etenim si tum quoque cùm primus creditor iure vendidit, placet tamen posse illum conueniri, vt quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat, consequens videtur vt multo magis teneri debeat is qui nullo iure vendidit, cùm prorsus inde lucrum dici possit, quicquid ab eo perceptum est ex venditione pignorum cuius vendendi nullum ius habuit, *l. 1 Cod. de reb. alien. non alienand. & l. si eum seruum 23. D. de reb. credit.* Ne alioqui eueniat quod absurdum sanè videatur, vt meliore conditione sit, qui pignus nullo iure, quàm qui suo iure distraxit. Et tamen negat Papinianus *in d. l. 1. de distract. pignor.* ob eam rem dari vllam debere actionem in personam contra eum secundo creditoris qui pignora sua requirit. Ait enim nullam competere nec vtilem dandam esse: quibus verbis, vt Bartolus quoque bene vidit, omnis actio excluditur, quam in proposito casu ex æquitate fortassis dare quis vellet, vt solent plerúmque actiones dari ex æquitate, licèt ratio iuris deficiat quæ ideò vtiles appellantur, quòd dentur ob vtilitatem publicam, ex qua ciuilis legislator suam semper æstimat æquitatem. Addit Papinianus, nec furti posse hunc priorem creditorem rectè conueniri *rerum mobilium gratia*, id est si de rebus mobilibus oppigneratis tractetur, cùm immobilium fieri furtum non possit. Subiungitque rationem, *quia propriam causam ordinis errore ductus, persecutus videtur.* Quæ ratio generalis meo iudicio est, nec tantum ad furti actionem, sed etiam ad quamlibet aliam personalem denegandam accommodata. Sensus enim est, errorem hunc creditorem cùm pignora secundo creditori prius obligata nullo iure vendidit non tam alienum quàm suum negotium & gessisse & gerere voluisse cùm se priorem putaret ac potiorem in iure pignorum, vel ob hoc solùm quòd prior contraxerat, tametsi conuentionem pignoris ob illa pignora posterior interposuisset, in quo versatur ordinis error, cùm non semper causam obligationis causa pignoris sequatur, sed ita demum si vel eodem tempore vtraque obligatio contracta sit, vel conuentionis verba sint eiusmodi vt in dubio eam interpretationem admittant, quemadmodum in specie *l. insulam & 3. D. qui potior. in pignor. hab.* Est verò hic error satis probabilis, si ponas generalem istam conuentionem de bonis omnibus debitoris obligandis interpositam fuisse à primo creditore ob eundem ipsum contractum pro quo primus erat creditor, & ex cuius causa idem ille certa prædia pignori acceperat, de quibus dubitari non poterat quin ea vēdendi ius haberet. Nam si ponas inter positam fuisse conuentionem illam generalem ob alium contractum qui secundi creditoris conuentionem secutus sit, difficilius est vt ordinis errore ac non potius dolo malo ductus videatur creditor, qui sciens se & in contractu, & in pignore posteriorem esse, vendidit tamen pignora, quæ sciuit alij creditori & anteriori & prius data Papiniani tamen sententia est, adhuc in hoc casu idem dicendum esse, nihilque penitus referre an primus creditor secundam conuentionem generalem post secundum creditorem interposuerit ob alium nouum contractum, an ob eundem. Vtroque enim e suo potuit primus creditor ductus errore, quamuis non æquè probabili, existimare ius sibi esse distrahendorum pignorum de quibus conuenisset, eorúmque confundendorum, quomodo fideiussor de quo idem Papin. *l. fideiussor. 32. D. de neg. gest.* putabat in illa specie suæ indemnitati consulis prædiis consuli posse: Præsertim cùm dici soleat, Creditoris arbitrio permitti ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis ad commodum suum peruenire *l. creditoris 8. eod.* adeóque etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse *tit. C. etiam ob chirogr. pecun.* Neque verò videtur dolo facere qui in iure errat *d. l. fideiussor. l. sed etsi lege 25. §. scire D. de hered. petit.* vbi exemplum affertur de illo qui cum sciret alium agnatum præcedere sibi tamen defuncti agnati hæreditatem delatam esse putabat, quam ex lege 12 tabul. proximo agnato deferri omnes sciunt. An non autem probabilior est error creditoris, qui quòd in vno contractu prior sit, licèt quod ad alium, se posteriorem non ignoret, putat tamen se in vtroque esse potiorem?

ERROR III.

De creditore anteriore pignus vendente pro debito posteriore.

Quare nec puto distinguendum, an primus hic creditor bona sibi generaliter tantum obligata vendiderit pro priore credito an pro posteriore: Non ob id solùm quod Papinianus non distinguat, sed etiam quia tametsi multò probabilior videatur error eius qui pignus in quo posterior est persequitur pro anteriore debito consequendo, quàm illius qui pro posteriore multóque crassior iuris imperitia, nihil tamen nisi iuris error est quem dolo imputare probabiliter nemo possit: nec eo minùs verum est creditorem & errandi causam habuisse ex eo quod proprimo contractu prior fuerit, & suum non alienum negotium gessisse, cùm pignora etiam nullo iure vendidit vt consequeretur quod sibi debitum, siue priore, siue posteriore loco erat: Quamuis ponamus sciuisse illum secundi iis creditoris, eiusdémque hac parte anterioris. Hoc siquidem necessariò ponendum etiam est, vt ordinis error aliquis obtendi possit. Quomodo enim ordinis errore labi posset is, qui se creditorem solum, aut pignoratitium solum putaret? Cùm ergò suum magis quàm alienum negotium gesserit, nemo dixerit posse illum teneri actione negotiorum gestorum, qua tenentur qui aliena negotia sic gerunt vt se gerere non ignorent, licèt in gerendo labantur imperitia & aliquo errore vt in *d. l. fideiussor. 32 & poss. D. de negot. gest.* Eadémque ratio facit vt neque pignoratitia actione teneatur, qua solent teneri creditores qui per causam & occasionem pignoris plus perceperunt quàm eis deberetur *l. penult. D. de pignorat. action.* siue dicas non aliam fuisse rationem inducendæ hoc casu pignoratitiæ actionis, quàm quòd in pignore creditor quodammodo procurator debitoris esse videatur in eo nimitoro

rum quod crediti modum & quantitatem excedit, *l. si pignori 29. in fin. D. famil. erisc.* quod tamen non satis verè dicitur cùm in venditione, quæ fit ex pacto (sic enim legendum est, in *dict. l. penult.*) suum creditor negotium gerat, non alienum, quæ res mandati actionem excludit, siue potiùs quod soluto debito quicquid superfluum est reperiatur penes creditorem sine causa, & tamen per occasionem dati pignoris *l. vlt. C. de luit. pignor. l. vlt. C. si vendit. pign. agat.* Non enim fuit in hac specie primus creditor procurator sui debitoris, multóque minus secundi creditoris quia suum duntaxat proprium non alienum negotium gessit, neque ex pignorum etiam quæ non iure distraxit, venditione plus percepit quàm debebitur. Denique vendendo pignora quamuis nullo iure, ius tamen suum nec aliud præterea quicquam vendidisse intelligitur, vt & in specie *d. l. fideiussor vers. creditor*, vbi cùm similiter quæreretur an iudicio quod de pignore dato redditur, id est pignoratitia actione conueniri posset creditor non solùm à debitore sed etiam à fideiussore, eodémque creditore debitoris, cum ab eo fideiussore percepisset plus quam ei deberet fideiussor, non tamen plus quàm deberet is qui dederat fideiussorem, negat Papin. conueniri posse, *cum ius suum*, inquit, *vendidisse videatur:* quod ipsum nihil sanè aliud est quàm quod aliis verbis idem Papin. scribit *in d. l pen. D. de pign. act. & in d l. 1. de distract. quia propriam causam persecutus videtur.* Vnde apparet nec alia actione quàm de pignoratitia intelligi posse, quod scriptum est *in d. l. 1.* de personali actione tam directa quàm vtili cõtra creditorem deneganda, qui pignora secundo creditori priusobligata nullo iure distraxit. Certũ quippe erat actionem negotiorum gestorum non posse competere in illa specie, in qua creditor primus vendendo communia pignora non poterat secundi creditoris rem ita gerere, quin etiam gereret, suam, nisi fortè debitum suum aut saltem ius pignoris in totum remittere voluisset, *l. si communes 40. in fin. de negot gest. l. si quis putans 6. § siue autem vers caterum D. commun. diuid.* Subiicit Papin. *in d l. 1. præsertim cùm alter creditor furto possessionem quæ non fuit apud eum, non amiserit.* Quæ ratio specialis est ad solam actionem furti aduersus creditorem hunc denegandam. Cùm enim furtum nihil aliud sit quàm interuersio possessionis alienæ rei mobilis, constat non potuisse primum creditorem furtum secundo facere vendita re mobili in qua pignus fuerat constitutum non per traditionem, sed per nudam conuentionem. Neque enim possessio per solam conuentionem transferri potest, sed tantùm per traditionẽ, nec fieri potest vt quis furti agat eius rei nomine, cuius neque possessionem, neque dominium vnquam habuerit *l. si gratuitam 17. alias l. si rem §. vlt. D. de prescr. verb.* Addit postremo loco nec actione ad exhibendum teneri posse creditorem ob factam nullo iure venditionem pignorum secundo creditori priùs obligatorum: quia neque possidet, neque dolo fecit vt desineret possidere, quorum alterutrum necessarium est vt ad exhibendum actio locum habere possit. Ideò autem nihil dolo fecit, quia errore potiùs & iuris imperitia lapsus est, error autẽ iuris que imperitia neque dolus est *d. l. fideiussor & d. l. sed etsi §. scire de petit. hered.* neque cuiquam nocere solet certanti de damno vitando, *l. error facti 8. D. de iur. & fact. ignor.* Damnum porrò incurreret hic creditor de quo agimus, si actione aliqua teneretur ob venditionem nullo iure factam pignorum, cum ex ea venditione nihil nisi quod sibi verè debitum erat perceperit, eáque perceptione liberauerit debitorẽ, qui vtique liberatus non esset si qua actione creditor ad restitutionem accepti pretij, siue in totum, siue pro parte teneretur. *l. quæsitum 9. D. eod.*

ERROR IV.

De ratione differentia inter species à Papiniano tractatas in d. §. Papinian. & in d. l. 1. & ad l. fideiussor 32. D. de negot. gest.

SEquitur, inquit Papinianus, *in d. l. 1. vt secundus creditor possessores interpellare debeat*, Proposita scilicet hypothecaria quæ in rem actio est, nec magis possessoris quàm domini mutatione extinguitur, *l. si creditor 28 D. de pignor. act. l. debitorem 15. C. de pignor. d l. creditor 12. in princip. vers. sed si cum alio D. qui potior. in pign hab.* Hoc verò dubitationem nullam habet quin hypothecaria conueniri possit quisquis res obligatas possidet nullo iure distractas, neque hac parte videri potest secum pugnasse Papinianus *in d §. Papinianus*, in cuius specie cùm venditio pignorum iure facta esset à primo creditore, non poterat vtique salua esse creditori secundo hypothecaria contra emptorem, aliùmve possessorem. Et hoc quoque Accursius noster bene vidit. Sed nõ bene soluit nodum, qui totus in illo est Cur ergo in specie *d. l. 1.* nulla datur in personam actio secundo creditori contra primum, quomodo datur in specie *d. §. Papinian.* Siquidem hæc ipsa ratio quæ facit vt ij qui bona nullo iure distracta possident conueniri per hypothecariam possint, quia scilicet ea bona nullo iure distracta sunt, etiam facere videtur, vt tantò magis teneri debeat primus creditor qui accepit pretium pignorum secundo creditori obligatorum, cui teneretur etiamsi ea pignora iure vendidisset. Alioquin eueniet quod absurdum esse iam diximus, vt deterioris conditionis futurus sit primus creditor qui suo iure pignora vendidit, quàm qui nullo iure. Videtur enim Accursius non aliam causam inuenisse propter quam danda sit actio secundo creditori aduersus primum in specie *d. § Papinianus*, quàm quòd nulla ei actio contra possessores superesset, cùm iure facta pignorum venditio proponeretur. Idcóque nimium putat idem Accursius, etiã in ea specie quæ à Papiniano tractatur *in d l. 1.* dandam esse personalem actionem secundo creditori contra primum velut in subsidium si qua fortè causa sit, ob quam interpellari possessores nequeant, puta quòd pignora quæ nullo iure distracta fuerant, vel perierint, vel possessoribus acquisita sint per longi temporis præscriptionem de qua in *l. 1. & 2. C. si aduers. credit. præscr. oppon.* Quasi verò fieri nequeat vt & actio personalis competat secundo creditori contra primum, & hypothecaria contra possessorem. Atqui vt deneget Papin. secundo creditori actionem personalem aduersus primum in specie *d. l. 1.* non mouetur ex eo, quod possit idem secundus creditor interpellare possessores, sed ex aliis rationibus, quibus non eo minùs locus esset, etiamsi possessores interpellari non possent. Et è contrario non dat ille hypothecariam secundo creditori contra possessores ob eam rationem quod non possit ei consultum esse per actionem personalem aduersus primum creditorem eundemque pignorum venditorem, sed post allatas rationes quæ facerent ne actio vlla personalis hoc casu competere possit, concludit: Esse igitur consequens vt necessariò debeat secundus creditor interpellare possessores, tanquam omni alio destitutus auxilio. Etsi autem cùm dicit debere, præsupponit posse, illatio tamen illa & collectio qua vtitur Papinianus, non probat posse, de quo nec

dubi

dubitandi causa vlla erat, sed probat debere, de quo solo poterat dubitari, cùm in personam quoque actio aduersus primum creditorem aut ipso iure competere, aut saltem ex æquitate danda esse videretur. Debuit ergo Accursius dicere quòd ego respondendum existimo, in specie *d. §. Papinianus*, dari actionem secundo creditori contra primum ad restitutionem superflui quod ex communium pignorum venditione redactum est, non quia hypothecariam eo casu habere non possit distractis iure riteque pignoribus, (quid enim obstaret quominus nec personalem, nec hypothecariam exercere posset; quomodo è contrario nihil vetat vtramque vel simul, vel separatim ab eo proponi, siue contra eandem personam, siue contra diuersas? *l. distractis 14. l. persecutione 24. C. de pignor. l. est in arbitrio 14 C. de oblig. & act.*) sed quoniam æquum non est lucrari eum quicquam ex pignore, quod non ad eum finem acceperat vt lucraretur, at tantum vt suæ indemnitati consuleret, satisque cautum haberet, *l. si mandatum 59. §. vlt. D. mandat. l. 4 § addici 8. D. de fideic. libert. l. filio 7. in fin. D. vt legat. vel fideic. seruand. caus. caueat.* Quicquid ergo ex pignoris venditione consecutus est supra quam ei deberetur, ex ea causa pro qua pignus datum fuerat, reddere illum oporter, siue debitori si alius creditor nullus sit, siue secundo creditori qui habuit idem pignus obligatum & cuius fuit ius confirmatum in eo pignore, statim atque priori creditori quoquomodo satisfactum esse cœpit. Parùmque refert, quòd ad hanc rem pertinet an prior ille creditor pignus commune iure distraxerit, an non iure. Non enim potest maior esse fauor creditoris, qui iure distraxit, in eo quod excedit summam quæ fuit ei debita, ex eo contractu, cùm pro superfluo illo ne quidem sit creditor, tantùm abest vt sit anterior, & ob eam causam, fauore aliquo dignus. Contra verò etiamsi non iure distraxerit, dummodo tamen non dolo malo, sed per errorem potius, & imperitiam id fecerit, fauore dignior est quàm odio, quatenus & quandiu verus creditor manet, vt nimirum nulla actione teneri debeat secundo creditori non magis quàm debitori ipsi ob venditionem illam non iure factam, dum ne quid supra debiti sui quantitatem, legitimasque accessiones exegerit. Quæ species est a Papiniano tractata *in d. l. de distract. pignorat.* in eo potissimum dissimilis ab illa de qua *in d. §. Papinianus*, vbi tenetur primus creditor secundo creditori, non quia pignus vendiderat, præsertim cum iure vendidisset, at quia plus ex venditione redegerat quam ex eo contractu ob quem vendiderat, sibi deberetur. Porro quod ille pignoratitio iudicio teneretur restituere debitori si aliud debitum nullum esset, quidni etiam præstare cogendus sit eadem actione secundo creditori, vt hoc saltem ex sua conuentione pignoris post dimissum anteriorem consequatur, quod sine anterioris & sine debitoris dispendio futurum sit? *argumen. lib. in creditore. 38. in fin. D. de euictione*, Pignoratitiam enim actionem dubitandum non est, competere aduersus creditorem de superfluo non tantum debitori, licet pro eo præcipue comparata sit, sed etiam creditori cuilibet habenti causam à debitore, ac cuius intersit, vt omnium elegantissimè probat aliud responsum illud Papiniani *in d. l. fideiussor vers. creditor D. negot. gest.* qui locus sicuti de pignoratitio iudicio apertè loquitur, vt ostendit coniunctio, *d. l. penult. D. de pignor. act.* quæ est ex eodem libro responsorum Papiniani, ita nec potest intelligi aliter, quàm vt creditor in ea specie fideiussori debitoris non possit teneri pignoratitia actione, non autem sic, vt actione illa non teneatur debitori. Quonam enim colore potuisset debitor pignoratitiam exercere aduersus creditorem, qui neque ex pignore, neque per occasionem pignoris plus consecutus esset quàm debitor ei debuisset? At fideiussor non abs re actionem illam proponere posse videbatur, quod re vera soluisset plusquam debuisset ipse, susceptis nimirum pignoribus alterius quoque contractus, qui personam eius non contingebat: Daretque illi haud dubie pignoratitiam actionem ea ratio, si non fortior illa faceret pro creditore, quod accipiendo à fideiussore pecuniam quam fideiussor non debebat, ius suum ei vendidisse videatur, quod habebat ex causa alterius contractus fideiussorem hunc non contingentis, potius quàm contractum cui fideiussor accesserat, exequi voluisse, cur verò daretur in ea specie pignoratitia fideiussori? An quia erat ipse quoque debitor? Minimè. nec enim pignus ille dederat, sed alius pro quo se constituerat fideiussorem: sed quia erat ille creditor eiusdem debitoris ob solutum ex causa fideiussionis omne id quod debebatur, eiusque proinde intererat condemnari ei creditorem ad restituendum id quod pro altero contractu fideiussorem non contingente accepisset, si totum quod acceperat creditor, non fuisset ei debitum: Nempe quia & pro superflua illa pecunia æquè pignoratitia debitori competiisset, nec quicquam interest creditoris, an à debitore suo an ab alio debitoris sui creditore conueniatur actione pignoratitia pro reddenda ea quantitate quam reddere omnino habeat necesse. At interest creditoris secundi, qui non tantum debitorem suum habuit obligatum, sed etiam pignus quod ab anteriore creditore, siue iure, siue iniuria distractum est, vt quod ex pretio superfluum est penes creditorem qui vendidit, per huiusmodi actionem consequatur, quod etiam cessante huiusmodi actione, per aliam saltem consequi deberet, puta per condictionem sine causa vt seq. cap. dicemus ex *l. si enim seruum 23. de reb. credit.*

ERROR V.

Quantum intersit an creditor suo iure an nullo vendiderit, & cur durior conditio sit eius qui suo iure vendidit quàm eius qui nullo.

VErum ille adhuc scrupulus superest, quod in ea specie quam Marcianus ex Papiniano tractat *in d. §. Papinianus*, creditor anterior non plus ex venditione pignorum communium exegerat quam sibi deberi sciret, computata nimirum ea summa quam post secundum creditorem & tertio loco crediderat, nec eo minus tamen vult Papinianus eum teneri secundo creditori pro ea summa quam exegit supra debiti primi quantitatem. Non igitur verum esse potest, inquies, quod nos diximus, idcircò teneri ea in specie priorem creditorem posteriore actione pignoratitia quod plus exegerit quàm debebatur. Idque apparet ex eo euidentiùs quòd si secundus creditor nullus esset, nihilo magis haberet pignoratitiam debitor, quia prohibere non posset quin pretium pignoris iure venditi etiam in eam summam expensum ferri deberet quam ipse postea sub eodem pignore mutuam accepisset. Cur ergo dabimus secundo creditori pignoratitiam quæ debitori ipsi competere dari ve non posset? Præsertim cùm etiam admisso eo quod volumus, vt secundo quoque creditori qui idem pignus obligatum habuit pignoratitia accommodari possit, non alio tamen iure videatur id fieri quàm vt eam creditor habeat ex persona sui debitoris, cessaréque videatur hoc casu ratio quam supra attulimus, quod nihil intersit creditori, an à debitore

suo,

ſuo an ab alio poſteriore creditore pignoratitia conueniatur. An non enim maximè ipſius intereſt vt eo ſaltem caſu non conueniatur, quo nec à debitore ſuo conueniri poſſet? Reſpondendum eſt multùm intereſſe an creditor qui pignus ſibi & alij creditori datum vendidit, plus ex ea venditione conſecutus ſit quàm ei debebatur ſimpliciter & abſolutè: an verò plus quam deberetur ex ſolo illo contractu ob quem pignus acceperat. Priore caſu omnimodo verum eſt teneri de ſuperfluo creditorem actione pignoratitia, ſiue iure ſiue iniuria diſtractum pignus proponatur, nec minùs ſecundo creditori quam debitori, ſecundum ea quæ ſuprà diximus. Poſteriore autem caſu diſtinctio neceſſaria eſt, an iure venditum ſit pignus à priore creditore vt *in d. §. Papinianus*, an nullo iure vt *in d. l. 1. de diſtract. pignor.* Si pignus iure venditum ſi non poteſt creditor anterior idemque venditor expenſam ferre pecuniam, quam poſteriore loco credidit, ſed eam tantùm quam ante ſecundum creditorem, ideoque de ſuperfluo conueniri à ſecundo creditore poteſt per actionem pignoratitiam, etiamſi adhuc verum ſit ei deberi, *d. §. Papinia.* at ſi nullo iure facta venditio ſit, neque pignoratitia neque actio alia vlla competit ſecundo creditori aduerſus primum ſi modo non plus exegerit primus quam ei deberetur? tametſi plus exegerit quam ex priore & potior contractu debitum eſſet *d. l. 1.* & ratio huius differentiæ quam quam ſatis obſcura illa eſt, quoniam pignoris venditio iure facta, ex iure quoque recipit interpretationem, quia nec aliud voluiſſe videtur creditor, qui pignus iure vendidit, quam quod iure velle potuit. Porrò iuris interpretatio non patitur vt pretium redactum ex venditione pignoris quod non niſi ob anterioris debiti cauſam vendi iure potuit in præiudicium ſecundi creditoris pro alia quam pro anteriore ſumma retineatur: cùm pro reliqua ſumma non potuerit iure fieri venditio pignorum quæ ſecundus creditor ſiue prior acceperat vt *in d. l. 1.* ſiue poſterior vt *in d. §. Papinianus*, ante dimiſſum ſecundum creditorem, nec proinde videtur prior creditor cogitaſſe de ſuo negotio gerendo & acquirenda ſibi pecunia redacta ex precio quatenus excedit debitum pro quo pignus & venditum fuit, & vendi iure potuit. Neque quod hoc caſu pignoratitia nulla competat debitori, qui nondum in plenum liberatus eſt, nocere debet ſecundo creditori, quominus pignoratitiam ipſe habeat, qui ſcilicet quãuis habeat eam ex perſona ſui debitoris qui pignus vtrique creditori dedit, habet tamen eam ſuo iure & ex proprio contractu, id eſt tanquam creditor & quidem pignoratitius, vt proinde mirum non ſit plus iuris eum habere hac parte, quam debitorem, quo etiam inuito actionem illam habet. Ac quemadmodum diximus ſecundo creditori rem teneri etiam inuito debitore tam in ſuum debitum quàm in primi creditoris, & in vſuras ſuas & quas primo creditori ſoluit, *d. l. creditor 12. alias l. ſi prior §. ſciendum eſt ff. qui potior in pign. hab.* nempe quia ius illud offerendi primo creditori habet ex proprio ſuo contractu cuius perfecti vires abſurdum ſit pendere à voluntate debitoris, ita & fatendum eſt, ſecundum creditorem qui de pignore conuenit earum rerum nomine, quas primus creditor & pro priore debito, & prior pignori acceperat: ſi res illæ diſtractæ ſint & ex earum precio prior creditor plus perceperit, quàm ex anterioris illius debiti cauſa percipere debuiſſet, pignoratitiam habiturum etiam quam debitor ipſe habere non poſſit quoniam habet eam ſuo iure, & ex contractu non debitoris, ſed ſuo, quaſi ſibi quæſitam ex quo die obligatam habuit rem primo creditori pignoratam; ac ſi earum rerum hypothecam hypothecæ accepiſſet vt *in l. & quæ nondum 15. §. vlt. ff. de pignor. l. quærebatur 20. ff. qui potior in pign. hab.* Nec quæ ratio impedit debitorem ne pignoratitiam de ſuperfluo exercere poſſit, nempe quoniam adhuc debitor eſt, eadem poteſt nocere ſecundo creditori qui non debitor ſed creditor eſt, nec creditor quilibet, ſed anterior in ea quantitate quam prior poſteriorem credidit: Alioqui dicendum eſſet, fore in poteſtate primi creditoris vt poſteà credendo pecuniam, læderet ius ſecundi creditoris, contra *l. 1. l. qui balneum 9. l. potior 11. eod. tit.* Nec magis poſſet ſecundus creditor quàm ipſe debitor prohibere ne primus, aut retineret pignus, aut diſtraheret etiam ob chirographariam pecuniam, quod certè abſurdum eſſet, *d. l. creditor § ſi idem his eod. tit. qui potior. in pignor. hab.* At cùm primus creditor nullo iure fecit venditionem pignorum, puta ſecundo creditori priuſquam ſibi obligatorum, & ante dimiſſum tamen ſecundum creditorem, non poteſt venditio, quæ nullo iure facta eſt, à iure interpretationem recipere: ſed ex iuris tantum ratione ſumendum eſt, & inueſtigandum, an pignoratitia, vel alia actione teneri creditor debeat, qui ſuum recepit, nec aliud quicquam præter id quod ſibi debebatur. Placet verò non teneri eum, quia ſuũ proprium non alienum negotium geſſit: nec vt iniuriam ſecundo creditori faceret, vendidit pignora in quibus ſecundus ille creditor erat potior, ſed vt ſuum conſequeretur probabili errore ductus cùm ſe in vtroque debito potiorem eſſe exiſtimaret, iuſque habere confundendorum primùm pignorum, deinde diſtrahendorum. Nam ſi cùm ſciret creditorem ſecundum eſſe potiorem quod ad pecuniam poſteriore loco creditam nihilominus pignora communia nullo iure diſtraxiſſet: Aliud certè probari oporteret, darique ſecundo creditori aduerſus eum non tam pignoratitiam ex nulla venditione pignoris, quam condictionem ſine cauſa vt *in d. l. ſi cum ſeruum 23. de reb. credit.* Nec enim caret dolo qui pignus alienum & in quo ſciebat ſe poſteriorem, nullo iure vendidiſſet, adeóque teneri eum actione de dolo æquum eſſet, ſi non eam actionem illud impediret, quod quoties alia competit, nunquam illa danda eſt *l. 1. §. ait prætor ff. de dolo malo.* Si tamen ea venditio nullo iure facta per primum creditorem, denuntiata ſit ſecundo, iſque tacuerit vt proinde iuſ ſui pignoris tacitè remiſiſſe videatur, ſecurus erit primus creditor, nec tam ei mala fides ſua nocebit, quam proderit ſcientia & patientia ſecundi creditoris, qui vtique iuris ſui cauſam & perſecutionem potuit deteriorem conſtituere, *l. pactum 46. ff. de pact. l. pen. Co. eod. l. 4. §. 1. l. ſi conſenſit. 7. & l. ſeq. §. ſi voluntate & paſſ. ff. quib. mod. pign. vel l. ſi eo tempore 6. l. ſi hypothecas 8. C. de remiſſ. pignor. l. 1. C. de precar. & Salman. interd.*

ERROR VI.

De actione quam dant interpretes ſecundo creditori contra primum in ſpecie d. l. creditor 12. §. Papinianus aliàs l. ſi prior ff. qui potior in pignor. habeant.

NOn viderunt interpretes, quod nos ſupra docuimus, in ea ſpecie, quam Marcianus ex Papiniano tractat *in d. l. creditor 12. §. Papinianus, aliàs l. ſi prior D. qui potior. in pign. hab.* actionem quam dedit ille ſecundo creditori contra primum de ſuperfluo pretij redacti ex venditione pignoris per primum iure venditi non aliam eſſe poſſe quam pignoratitiam, quæ licet non aduerſus alium competere poſſit, quam aduerſus creditorē, alij tamen competere

potest quàm debituri, puta secundo creditori cuius intererit, quòd habuerit idem pignus obligatum. Itaque supponentes pro certo interpretes pignoratitiæ actioni locum in ea specie nullum esse posse, quærunt de genere & nomine actionis. Et Accursius quidem tres affert, Condictionem ex lege, Actionem in factum, & Officium iudicis quod vice actionis esse possit. Sic enim ille ad *l. 1. D. de distract. pig.* sed ita vt non aperiat quam ex tribus potiùs danda putet, nisi quod ad *d. §. Papinianus.* magis probare videtur, vt actio in factum ex hac causa competat, eius siquidem solius meminit, adiecto tamen articulo *forte* vt dubitantem agnoscas Bartolus vero ad *d. l.* 1. etsi admittit posse defendi tribus illis auxiliis posse consultum esse posteriori creditori aduersus priorem, concludit tamen magis sibi placere, vt danda sit hoc casu condictio ex lege. mihi horum probabiliter dici posse. Nam si verum est quod ait Paulus *in l. 1. D. de condict. ex leg.* Tunc ex lege agendum esse cum aliqua noua lege obligatio introducta est, nec cautum eadem lege quo actionis genere experiamur: Quis obsecro esse potest locus conductioni ex lege in hac specie, in qua neque obligatio vlla noua introducta est, neque lex vlla lata de qua dubitari possit an obligationem nouam induxerit. Etsi enim post Iustiniani constitutionem de conceptione & confirmatione Digestorum eam vim habent responsa prudentum, omnia quæ extant in Pandectis, vt legum authoritate censeantur. Quis tamen ferat eò vsque id extendi, vt condictio ex lege vocari possit actio vlla quam siue Papinian. siue Marcianus, siue quis alius ex antiquis prudentibus scripserit & responderit dandam esse? Habuerunt iam olim prudentum responsa vim & authoritatem iuris *§. responsa Inst. de iur. natur. gent. & ciuil. l. 2. D. de orig. iur.* Sed legum potestatem nunquam habuerunt, multò minus verò dici leges vnquã potuerunt, cùm nec prudentes ipsi nomen illud accommodauerint nisi legibus latis per populum Senatorio magistratu interrogante, ac quibus possit conuenire legis diffinitio à Iustiniano tradita *in §. lex est ill. 1. D. de iur. natur. gent. & ciuil.* Qualis fuit lex Iulia, lex Cincia, & leges Talariæ de quibus exemplum ponit Iacob. Cuiac *in Parat. ad t. De condict. ex leg. D. & C.* Neque verò cùm Papinianus aut ex Papiniano Marcianus scripsit *in d. §. Papin.* priorem creditorem, qui pignus sibi priori traditum, deinde alij posteriori obligatum iure vendidit, teneri secundo creditori vt superfluum pretij quod ex anteriore credito accepit ei restituat, ita scripsit vt nouam actionem & in eum vsque diem incognitam, aut vt nouam obligationem induceret, quorum neutrum facere potuisset: At potiùs vt ius illud exprimeret, quod iam tùm obtinebat, & de quo perinde alius Iureconsultus quilibet respondere debuisset. Idque verba etiam ipsa quibus siue Papinianus, siue Marcianus in exprimenda Papiniani sententia vsus est, non obscurè testantur, quibus tantùm abest vt actio aliqua, vel obligatio noua inducatur, vt neque actionis vllius mentio ibi fiat. Nihil enim aliud Marcianus scribit, nisi quòd si prior creditor nouatione facta eadem pignora cum aliis acceperit: succedit in suum ipsius locum, adeò vt si secundus creditor pecuniam non offerat possit prior pignora vendere: Sed ita vt primam tantùm pecuniam possit acceptam ferre, non eam quam postea credidit, & quod superfluum accepit ex anteriore credito, hoc secundo restituat: Quod vtique posset non incommodè sic accipi, vt nulla tamen in eam rem actione secundus creditor egeret, cùm posset ille satis sibi consulere intercedendo ne pignus distraheretur, nisi ea lege vt sibi daretur superfluum pretij, vel ab emptore ipso pignoris, vel saltem ab anteriore creditore. Quo casu sufficeret ei quod ex suo contractu haberet hypothecariam contra emptorem, *d. l. creditor vers. sed si cum alio.* Quasi non liberato in plenum pignore quando nulla conditioni sub qua venditioni consenserat, satisfactum non fuisset vt *in l. a Diuo Pio 15. §. quod si res sit pignorata D. de re iudic.* Præter id quod posset ex ipsa etiam conuentione dari ei actio si qua forte stipulatio interuenisset inter creditores paciscentes de pignore, ita vti diximus distrahendo. At quanquam non nego Etiam vltrò dandam esse actioné posteriori creditori aduersus priorem, vt superfluum pretij restituat, si neque stipulatio interuenerit, neque sibi per exceptionem & intercessionem consulere posterior, aut velit aut possit, optimè tamen probat hæc ratio, nihil minus cogitasse Papinianum aut Marcianum supradictis verbis *d. §. Papinian.* quam vt actionem nouam induceret, qui nec vllius meminit actionis. Consequens igitur est vt condictioni ex lege nullus hoc casu locus esse possit. Nec fuit cur Bartolus nos remitteret ad ea quæ tractat ille *in d. l.* 1. *D. de condict. ex leg.* vbi totam hanc materiam De condictione ex lege intricat & inuoluit tot distinctionibus vt facile appareat, nihil aliud assecutum eum esse nisi vt rem alioqui per se claram & facilem faceret difficilem & obscuram.

ERROR VII.

De conditione ex lege & actione in factum in specie l. creditor. 12 § Papinianus, alias l. si prior D. qui potior. in pign. hab. Et ad l. 1. D. de condict. ex leg.

QVid enim clarius, quàm quod hac de re simpliciter, & iam paucis verbis scribit Paulus *in d. l. 1.* Si aliqua obligatio lege noua introducta sit, nec cautum eadem lege quo genere actionis experiamur, ex lege agendum esse. Legem igitur nouam esse primum oportet, & quod necessario sequitur nouam quoque obligationem quæ ex noua illa lege introducta sit. In quo errauit iam olim primus Accursius eumque secutus Bartolus qui dictionem *noua* refert ad obligationem tantum non ad legem. Nouas enim leges dixerunt Iureconsulti eas omnes quæ secutæ sunt leges duodecim tabularum quæ solæ veterum legum nomen & dignitatem habuerunt. Quænam vero exempla, vel certiora, vel illustriora possint afferri quam quæ idem Accursius attulit ex *l. quod ex his 28. iunct. §. vlt. leg. praeced. D. ad leg. Iul. de adult. l. si quis argentum 35. §. sed si quidem C. de donat. l. vnic. C. de suffrag.* & aliis similibus quæ licet non tam leges vere sint quam constitutiones Principum, habent tamen vim legum ita vt non minus quam leges possint dare actionem *l. 2. C. de quadr. præscript. & tit. D. vt ex legib. Senatusc. & princip. constit. bonor. poss. det.* quod de prudentum responsis nemo vnquam dixit. Sed & interdum euenit vt noua lex aliqua & obligationem & actionem nouam introducat, nec eò minus tamen veteres actiones competant quæ antea competebant, scilicet cum lex non cauet nominatim vt sola ea actione vtamur, vt idem Paulus scribit *in l. quoties 41. D. de oblig. & action.* In proposita vero quæstione quænam obsecro, lex lata est, quæ nam Principis constitutio ad hoc inducendum, vt secundus creditor possit agere contra priorem ad restitutionem superflui pretij quod prior creditor ex venditione pignoris ob anterius creditum facta perceperat: aut quid necesse fuit nouam obligationem & actionem inducere, cùm pignoratitia competeret aut sufficeret? Nam & Bartoli traditio est ad *d. l. 1,*

d.l.1. tùm quoque cum noua obligatio & actio per nouam legem aliquam introducta est, non ideo tamen competere condictionem ex lege, sed ex contractu ipso, si iex eam actionem per causam & viam contractus induxerit vt euenit in actione quam Zeno introduxit ex contractu emphyteutico, *l.1.C. de iur.emphyt.* Pignoratitia autem quam nos dicimus secundo creditori contra priorem competere, nascitur ex contractu ipso pignoris, idenque vocat eam Papinianus actionem, quæ de pignore dato proponitur *in l fideiussor 32. D. de negot. gest.* & *in l. pen. D. de pign. act.* & *in l.2. D. de pig.* Nullus ergo in proposita quæstione locus condictioni ex lege relinquitur: nec quod Papinian. & post eum Marcianus in *d. §. Papinianus*, scripsit teneri hoc casu priorem creditorem posteriori nouam obligationē vel actionem inducit, sed ostendit potius ita ius esse, vt probabiliter nemo possit, quin actio aliqua eo nomine competat ipso iure, quæ porro aliqua quam pignoratitia esse non potest. Nam de actione in factum quam in hac specie dandam esse voluit Accursius, nec Bartol. reluctatur, multo minus dubito quin competere non possit, cum semper sit subsidiaria, siue sit ciuilis, siue prætoria, nec alio vllo casu competat quam si actio nominata & propria nulla sit quæ dari commodè possit, *l iuris gentium 7 §. 1. D. de pact. l.1 & seqq. l. naturalis 5. §. at cum do, & pass. D. de præsc. verb* adeò vt si actio de dolo competere possit, quæ ipsa quoque non nisi subsidiaria est, actio in factum tanquam postrema inter subsidiarias deneganda sit, *l. solent, 15 in fi.l. permisisti 16. §. 1. eod.* Omnes enim actiones in factum vtiles sunt, idenque non nisi ex necessitate ob vtilitatem inducendæ, ac proinde ita demum si directa nulla competat, *l quoties 21. eo. tit.* Actio autē de dolo subsidiaria quidem est, sed tamen directa. Sed & actionem in factum ne hoc casu locum habere possit, illud impedit, quod non nascitur nisi ex facto aliquo, & quidem quod interuenerit inter eum qui agit, & eum qui conuenitur. Nam & inde actiones in factum nomen sumpserunt, & ob hoc ipsum personales semper sunt, nunquam reales, quoniam ex negotio gesto proficiscuntur. Atqui nullum negotium gestum dici potest inter priorem creditorem qui pignus in quo anterior fuit, iure suo vendidit, & posteriorem qui non cum priore sed cum solo debitore contraxit. Quomodo igitur fieri potest vt creditori posteriori prior ob venditionem pignoris iure factam actione in factum teneatur?

ERROR VIII.

De sententia l. 2. D. de pign. & de pignoratitia etiam inter alios quam inter debitorem & creditorem danda.

Dices, Pignoratitiam actionem æquè ex contractu competere, nimirum ob pignus datum, & tamen non à secundo creditore datum esse pignus priori, sed à debitore: consequens igitur esse vt soli debitori creditor anterior pignoratitia teneri debeat non posteriori. Quo videtur etiam respexisse Papinianus noster *in d.l.2. De pignor.* vbi tractans de fideiussore qui pignora vel hypothecas suscepit, atque ita pecunias creditori soluit, ait teneri quidem eum de culpa exemplo creditoris in cuius locum successit, sed tamen non idcirco posse conueniri iudicio, quod de pignore dato proponitur, id est pignoratitia actione, non alia vt apparet de causa, quam quod verum sit non fuisse cum eo contractum de pignore, nec datum ei pignus, tametsi in creditoris pignoratitij ius & locum successerit. Verum respondeo non ista ratione motum fuisse Papinianum ne daret pignoratitiam actionem creditori aduersus fideiussorem qui pignora vel hypothecas suscepisset, at illa potius quàm præcedentia eiusdem legis verba declarant non obscurè, quod in ea specie fideiussor propria mandati actione & ex proprio contractu conueniri posset. *l. si mandatus 59. . 1. D. mandat.* Quid enim necesse est mutuari actionem extraneam ex persona creditoris cùm propria competeret: & ex proprio contractu? At si nulla competeret non dubitasset Papinianus quin pignoratitia debitor. ad recipienda pignora sua dari debuisset: Alioqui cur quæreret an pignoratitia competeret in ea specie si nullo casu creditori contra fideiussorem dari eam debere putaret? Probat igitur potiùs ea lex, quod nos volumus, posse pignoratitiam dari etiam inter alios quàm inter debitorem & creditorem, vt & quod ab eodem Papiniano responsum est in *d. l fideiussor 32. vers. creditor autem D. de negot. gest.* de cuius sententia & ratione scripsimus in præcedentibus. Etsi enim pignoratitia nascitur ex contractu dati pignoris, nihil tamen vetat secundum creditorem etiam qui pignus priori non dederit, eam actionem exercere contra priorem ex persona sui debitoris ad reposcendum superfluum quod post venditionem pignoris penes anteriorem repetitur sine causa, tum quòd in ius sui debitoris ex proprio pignoris causa successerit, nec aliter ius sui pignoris exequi possit, quod tamen saluum ei superesse debet post dimissum primum creditorem, tum quod ea superfluum restitutio debitori profutura sit, qui eatenus liberabitur, & cui perinde superfluum illud restituere creditor omnimodo deberet, si ab eo prius ac potius quàm à secundo creditore conueniretur. Quo tamen casu ius esset secundo creditori tanquam hypothecario inhibendi ne fieret ea restitutio debitori, nec magis posset debitor impedire ne secundus creditor ius suum ita exequeretur, quam prohibere ne pignus creditor ille secundus distraheret si nondum esset distractum *tot. tit. C debi. vendit. p ... imped. non poss.* Quidni ergo post venditum pignus à priore creditore exactamque ab eo amplius tem pecuniam, quàm quæ ex anterioris crediti causa debebatur, licebit posteriori superfluum exigere per pignoratitiam actionem cùm neque alia vlla possit competere, neque futurum sit vt ex ea aliquam siue debitor, siue creditor iniuriam patiatur. Nam & hoc quoque non parui momenti esse solet cùm quæritur de danda actione, *l. in creditore 38. D de euict. l. sum te 7. C. de pact. int. empt. & vendit.* Sed & ratio illa pro actione pignoratitia hoc casu inducenda multùm viget, quod cùm creditor iure suo pignus distrahit, perinde id habendum est ac si debitor ipse venderet per procuratorem, quasi hac parte creditor sit procurator debitoris, vt ait Paolus *in l. si pignoris 29. D. famil. ercisc.* Ergo & secundus creditor similiter cum agit de superfluo pretij aduersus priorem creditorem qui pignus suo iure vendidit, perinde habendus est pro debitoris procuratore, quia licèt agat rem suam vt indemnitati suæ consulat, agit tamen etiam rem debitoris quem haud dubie facit locupletiorem cum is à debito liberatur, *l. si pupilli 66. in fin. D. de solut. l. species 11. D. de acceptilat.* Quidni proinde in eam rem habebit etiam pignoratitiam actionem contra priorē creditorem quam exercere posset debitor ipse ad hoc vt haberet vnde posset soluere, ac satisfacere secundo creditori? Aut quid interest an ea pecunia per debitorem exigatur, an per secundum creditorem quasi procuratorem debitoris? Ex his apparet, multominus dici posse, quod Accursius & Bartolus dicere quidem

quidem sed non affirmare ausi sunt, officium iudicis in hanc rem competere posteriori creditori aduersus priorem. Nam vt cætera prætermittamus quæ contra tam improbabilem sententiam afferri possent, quid necesse est ad auxilium hoc implorandum confugere, cùm actionem habeamus pignoratitiam scilicet, quæ eo nomine competere possit.

ERROR IX.

De cumulatione hypothecariæ actionis cum Saluiano, aut alio interdicto adipiscendæ possessionis.

ILla etiam quæstio ab interpretibus nostris circa Saluianum interdictum tractata est, an possit illud cumulari cum actione hypothecaria, sed omnes consentiunt posse, nec reperitur qui contra putet, adeoque nec ferè qui dubitandi causam inueniat. Ita primum Castrensis ad *l. rem alienam num.* 10. *D. de pignor act* & eum secutus Negusantius *in tract. de pignor. in vltimo membr vlt. part. num.* 26. quos & refert & sequitur Iacob Menoch *in remed.* 3. *de adipisc. poss. quæst.* 18. *n.* 159. *& seqq.* vbi potissimam aut potius vnicam huius sententiæ rationem illam affert, quod in possessorio adipiscendæ petitorium cum possessorio cumulari possit ex vera, inquit ille, iuris & Doctorum sententia, de qua in *l. naturaliter* 12 *§. nihil commune D de acquir. poss* præsertim per Rip. ibi *n.* 142. *Per l. cum fundum* 8 *§. vlt. D vnde vi & de vi armat. & cap pastoralis de caus. poss. & propriet.* Facile verò interpretes nostri in hanc venerunt sententiam, quia nec magnam differentiam constituunt inter actionem hypotecariam & Saluianum interdictum, nisi quod iudicium actionis hypotecariæ volunt & hoc rectè, esse petitorium, Saluiani verò possessorium. Cæterum sicuti datur hypothecaria contra quemlibet possessorem. Ita & Saluianum aduersus quemcunque possidentem dari voluut, & sicuti non datur hypothecaria nisi in rem quæ probetur iure obligata, ita nec Saluianum dandum arbitrantur nisi pignoris obligatio contracta dicatur: sola actori rem illa necessitate probandi rem illam quæ obligata dicatur, fuisse propriã, & in dominio debitoris atque ita obligari iure potuisse, quoniam, inquiunt, sufficit in Saluiano proponendo allegare hoc & narrare licèt non probetur, sed probandum tantùm est illata & inuecta per colonum in predium rusticum fuisse ab ipso possessa tempore quo illata fuerunt atque ita tempore obligationis contractæ quod expressim docuit Bart *ad l.* 1. *n.* 3. *D de Saluian. interd. & ad. l.* 1. *num.* 2. *C. eod.* Etsi autem vel in hoc maximè differentiam constituere videntur inter Saluianum & hypothecariam, in qua nimirum fatentur, quod negare nemo possit, incumbere necessario creditoris vt probet rem quam pignoris iure persequitur pertinuisse ad debitorem iure dominij eo tempore quo conuentum fuit de pignore, vt & Menochius admittit *dict. quæst.* 29. *num.* 161. Si tamen effectum rei inspicias nulla prorsus nisi verbalis est hæc quæ ab interpretibus admittitur differentia. Nam & iidem interpretes volunt, quoties hypothecaria contra debitorem ipsum aut ipsius hæredem exercetur, non esse cogendum creditorem vt probet dominium, sed tantum vt possessionem debitoris. Sic enim Afflict. *deci. Neapolit.* 381. *in fin.* In quo igitur volunt meliorem esse hac parte conditionem Saluiani, quam hypothecariæ actionis? In eo nimirum vt hæc, quam diximus, differentia tum obtineat cum hypothecaria non contra debitorem ipsum, sed contra tertium possessorem exercetur, quo demum casu omnes admittunt, creditori necessariam esse dominij probationem. Atqui iam ostendimus in præcedentibus, nullo penitus casu posse Saluianum competere aut dari contra tertium sed aduersus solum conductorem eiusve hæredem *ex l* 1. *C de precar. & Saluian interd.* Ergo quæ ab interpretibus differentia constituitur inter Saluianum interdictum & Seruianum iudicium, cum nulla esse possit eo casu quo solo aliquam esse interpretes volunt, consequens est vt effectu ipso prorsus nulla sit. Sed tamen falluntur apertissimè in eo, quod remittunt creditori necessitatem probandi dominij si agat hypothecaria contra debitorem, aut contra debitoris hæredem, vt sequenti Decade ostendimus, eo casu cõditionis debeat esse creditor, quam cum agit aduersus tertium possessorem. Nec sanè vllo iuris loco ea distinctio prodita est, nec rursum dubitari oportet quin actionis hypothecariæ vna eademque formula olim fuerit, ex qua sola vim & potestatem actionis æstimari necesse est, non ex persona debitoris, præsertim cum siue aduersus debitorem, siue aduersus tertium possessorem hypothecaria proponatur, actio in rem sit, non in personam *l. persecutione* 24. *& Auth seq. C. de pignor.* Fuit autem procuIdubio formula hæc actionis hypothecariæ omni casu *si paret Titium eam rem de qua agitur in bonis habuisse, cùm de pignore conuenit, nec ea res Mæuio creditori arbitrio tuo restituetur, tunc quanti ea res erit, Mæuio possessorem condemnato.* Ex natura scilicet actionum omnium arbitrariarum *§. præterea Instit. de action* vbi actiones arbitrariæ definiuntur eæ, ex quibus si iudicis arbitrio de restituenda re non pareatur ex bono & æquo condemnatio fit Atqui nihil de eo quod per solemnem formulam pręscriptum est remittere iudex potest, cui nimirum perinde adductus olim erat atque seruus glebæ. Et quamuis ea formulæ impetrãdæ dandęque necessitas hodie sublata sit *tot. tit. C. de formul. & impetr. act. sublat* illud tamen ex vetere iure semper mansit, vt natura & qualitas actionis perpetuò spectanda seruandaque sit ne actionum omnium turbatio confusióque inducatur, vt nos ad eum titulum scripsimus in Codice Fabriano. Est igitur hodie non minus quàm olim hypothecaria actio arbitraria, eadémque proinde vim & naturam retinens quam veteris formulæ verba præseferebant. Et consequenter eadem hodie probanda sunt agenti hypothecaria, quæ probanda olim erant, eodemque modo quo iam olim concipienda est condemnatio, in id omne scilicet quod interest agentis si res arbitrio iudicis non restituatur *d. §. in vindicatione. & l. si inter* 21. *§. vlt. eod. tit. D. de pignor.*

ERROR X.

Quantum distet hypothecaria à Saluiano etiam in adipiscenda possessione.

EX quo magis apparet quantum hypothecaria distet à Saluiano, etiam quod ad causam adipiscendæ possessionis pertinet, quanquam non dici solet, per Seruianam & quasi Seruianam auocari nudam possessionem *l. si cum venditor* 66. *D. de euict.* darique iudicium illud ad possessionem apprehendendam, vt scriptum est in *l. si debitor* 10. *in fin. D. de pignor. l.* 3. *Cod. eod* id tamen non sic accipi debet quasi in eo iudicio agatur de adipiscenda possessione per missionem in possessionẽ vt volunt Interpretes (esset enim alioqui dicendum possessorium iudicium non petitoriũ nec rursus ex interdicto vllo mittitur quis in possessionem, sed ex edicto & ex certis tantũ causis de quibus

in tit. D. quibus ex caus. in possess. eat. Postquam verò quia missus est, dat prætor interdictum ne vis ei fiat *Tit. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.* sed ita vt per eam actionem possit reditur nancisci & adipisci possessionem pignoris, ut non tam vi & potestate actionis quam metu condemnationis vt euenit in cæteris omnibus actionibus arbitrarijs, in quibus neque actio, neque condemnatio est ad possessionis traditionem, aut restitutionem, sed tantum ad litis æstimationem & ad id quod interest si res non restituatur. Fefellisse videtur interpretes, quod viderunt hypothecariam non aduersus alium exerceri posse, quam qui vel possideat, vel dolo malo desierit possidere *d. §. in vendicatione*, nec obseruarunt non hoc fieri ex eo quod in huiusmodi iudicio agatur vllomodo de possessione, sed quia neque potest iudex procedere ad condemnationem nisi præcedente arbitrio & iussu rei restituendæ, neque arbitrari & iubere rem restitui ab eo, qui si neque possideat, neque dolo malo desierit possidere, non possit habere restituendæ rei facultatem. Nam & idem euenit in directa rei vindicatione quam tamen certum est non de possessione dari sed de dominio, ideóque non tam male quàm frustra illum agere qui vindicationem proponit aduersus non possidentem *l. qui petitorio 36. ff de rei vendicat.* quamuis iudicij effectus non ille sit, vt dominium acquiratur, quippe quod actor suum esse contendit, sed vt vel rei possessio restituatur si condemnationem euitare possessor volet, vel quanti actoris interest condemnationem patiatur. *l. officium 9. l. is qui destinauit 24 d. l. qui petitorio 36. l. qui restituere 68. ff eod.* Sic & in actione quod metus causa *l. item si cum 14. §. in hac actione & seq. D. quod met caus* & in actione De dolo *l. arbitrio 28. D. de dolo*, & in cæteris arbitrariis euenit vt non ad restitutionem vllius rei condemnatur is qui conuenitur, sed ad id tantum quod actoria interest si res non restituatur. Cum igitur in actione hypothecaria non de possessione quæratur, sed de pignore, nec tam in id agatur vt restituatur possessio, quàm vt si arbitrio iudicis restitorio non fiat, id quod interest præstetur. Apparet non posse hypothecariam dici remedium adipiscendæ possessionis vt cum Saluiano possit concurrere: Atque ita fuisse ius vetus vt hæc duo auxilia Seruianæ & Saluiani concurrere nunquam poterint constat manifestissimè ac indubitanter ex eo quod Seruiana & quasi Seruiana per iudicem expediebatur & per iudicium via ordinaria, id est, per actionis formulam quam prætor aut alius magistratus præscribebat iudici dato. Causa vero interdictorum apud prætorem ipsum tractabatur extra ordinem nec dabat prætor iudicem, sed ipse interdicebat. Quomodo igitur potuit olim fieri, vt cumularetur interdictum siue aliud cum Seruiana quæ & aliam habebat iudicem & aliam cognoscendi pronunciandique rationem desiderabat. Sane cum hodie sit sublatæ differentiæ cognitionum extra ordinariarum & iudiciorum ordinariorum *post l. 2. Cod. de pedan. iud. c. §. vlt. Instit. de interdict.* non potest hodie ratio hæc impedire cumulationem, & ad hoc fortasse respexit summus Pontifex *in d. cap pastoralis de caus. poss. & propr.* Etsi conuenientius videtur, vt ea lex pontificia quæ iuris ciuilis authoritate nititur, secundum legem ciuilem intelligatur, quæ cumulationem istam, vt dixi, nullomodo admittebat, nec aliud velit summus Pontifex nisi vt eodem tempore possint petitorium & possessorium proponi, vt olim, nisi cum certatur de retinenda possessione. Addamus quod Papinianus noster nec addidit, nec addere potuit, sed tamen summus Pontifex potuit, & apud eundem iudicem, nam & id alia ciuili constitutione cautum est quæ extat *in l. nulli 10. Cod. de iudic.* At nos quæstionem hanc tractamus contra interpretes & pragmaticos nostros, qui non distinguentes ius nouum à vetere cumulationem possessorij adipiscendæ aut recuperandæ cum petitorio iam olim permissam fuisse arbitrantur. Fateor quod Papinianus ait *in dicta l. cùm fundum 18. §. 1. D. vnde vi.* Eum qui vindicauit fundum ab eo cum quo potuit interdicto. Vnde vi experiri pendente iudicio nihilominus interdicto rectè agere, quia Prætor dando iudicem de proprietate non aufert sibi potestatem cognoscendi de possessione, cuius causa semper fauorabilior, quia summaria est. At non fateor similiter eum qui cœperit agere interdicto Vnde vi audiendum esse si velit rem vindicare, quia cùm prætoris sit dictare iudicium qui ipse de causa interdicti extra ordinem cognoscit, cur patiatur agi de proprietate priusquam de possessione ipse pronuntiauerit offenderetur quodammodo in ea re iurisdictio & authoritas prætoris, præter id quod fauor possessionis hanc sententiam non patitur, vt qui cœpit agere de possessione aut conuenitur, etiam quæstionem proprietatis monere possit, ante terminatam possessionis causam *l. 8. C. vnde vi.* Metua verò semper est vt à possessione incipiatur *l. is qui destinauit 24. D de rei vindic* & ideò Saluiano prius experiendum est si fieri possit, si non possit tum demùm descendendum ad Seruianum vel quasi Seruianum iudicium vt loquitur *l. 2 ff de Saluian. interd.* Ex quo maximè loco apparet satis, In proponendis huiusmodi remediis ordinem hunc seruari debere, qui tamen in iis cumulandis si cumulari possent, nullus requireretur His adde quæ scripsimus *in Error. 4. Decad. præcedentis.*

dicitur actionem arbitrariarum alias esse in personam, veluti quibus de eo agitur, quod vi aut metus causa, aut dolo malo factum est, & De eo quod certo loco. Alias verò in rem veluti Publicianam, Seruianā & quasi Seruianam ostendit satis actionem hypothecariam qua de agimus, dici in rem, non quia tu rem scripta tantùm sit (idem namque euenit in actione. Quod metus causa, & in actione, Ad exhibendum, quas tamen & arbitrarias, & in personam esse certissimum est (sed quia rem afficit & actori obligatam esse intendit. Quod in cæteris arbitrariis non similiter euenit, quæ in personam sunt, nec si in rem scriptæ dicantur, qualis est actio. Quod metus causa *l. metum 9 §. t. l. item si cum 14. §. in hac actione ḃ. quod met. caus.* Alioqui paulatim dicemus nihil referre an actio fit merè in rem, an verò directa in personam, in rē verò scripta. Fit igitur ex necessitate & natura actionis vt quicunque agit hypothecaria probare debeat rem ipsam quam persequitur obligatam esse, & consequenter fuisse in bonis eius qui dicitur eā obligasse, cum fieri nequeat, vt inte obligata sit ab eo cuius bonis non fuerit, licet is contra quem actio exercetur sit debitor, nec negare possit se debere. Fateor, quod omnes admittunt, necessarium etiam esse vt qui agit hypothecaria, dicat probétque sibi deberi, quoniam sicut pignoris & hypothecæ obligatio, non nisi accessoria est, ad obligationem principalem: Ita nec hypothecaria potest subsistere, nisi quandiu verum est pecuniam solutam non esse, aut aliter eo nomine satisfactum non fuisse *l. grege 13. §. etiam D de pignor.* licet nonnunquam eueniat vt sublata quoque principali obligatione vinculum pignoris nihilominùs duret, *l. 2. C de luit. pign. l. debitor 59. D. ad SC. Trebell l. pen. §. 1. D. de except. rei iudic.* de quarum legum sententia, & ratione alibi scripsimus. Sed nemo tamen ideò dixerit sufficere probationem debiti ad exercendam hypothecariam, nec si contra debitorem ipsum aut ipsius hæredem exerceatur: cùm nihil vetet deberi, neque tamen contractum esse vinculum vllum pignoris, aut quia non conuenerit de pignore, *in l. Aristo. 3. D. quæ res pign. oblig. poss.* aut quia is pignori dederit qui nexum facere non potuit, nec iure obligare, *l. vlt. C. si alien. res pign. dat. sit.*

ERROR II.

De faciendis debitori denunciationibus. Ad l. debitores 10. C. de pignor. & l. creditor 4 de distr. pignor.

SEd nec illud verum est, quod tractat Bart. *ad d. l rem alienam num. 13.* Etiam probandum esse in hypothecaria quòd debitor fuerit in mora soluendi debiti *ex l debitores 10 C. de pign.* Constat enim tum quoque cùm dies pensionis nondum venit, quo casu non potest debitor esse in mora, cùm nulla intelligatur ibi mora fieri vbi petitio nulla est *l. si pupillus 127. de ver. oblig. l. mora 88. de regul. iur.* dandam tamen creditori pignorum persecutionem medio tempore, quia interest eius vt ex Celso Vlpianus scribit *in l quæsitum 14. D. de pignor.* Nec est contrarium, quod rescripserunt Imperatores *in d. l. debitores* Præsentes debitores priùs denunciationibus conoeniendos esse. Id enim ad eum casum pertinet, quo creditor velit persequi pignora non tantùm ad auocandam eorum possessionem, ac acquirendámque sibi retentionem, sed etiam ad ea distrahenda, quod vtique facere non potest nisi præcedente denunciatione, non solùm si conuenerat ne posset pignus distrahi, quanquam eo casu trinam denunciationem præcedere oportet, *l. si conuenit 4. D. de pignor. act.* sed etiam si vel de pignore distrahendo nominatim conuenerit, vel de eo nihil dictum sit, non quasi voluntas exquirenda sit debitoris an consentire velit distractioni quam vtique impedire nullo modo potest *l. 1. & 2. C. debit. vendit. pignor. impedi. non poss* quod autem fieri potest inuito debitore, cur non etiam illo Ignorante *vulg. l. quæ potest 26. de regul. iur.* Sed vt tantu maiore pretio pignus distrahatur debitore emptores vndique conquerente, quorum licitationibus fiat vt pluris res æstimetur, commodo debitoris, qui quod plus erit in pretio, quam in debito per actionem pignoratitiam repetiturus est, ita vt ob eam causam dici possit venditio facta dolo malo quæ inscio debitore facta est *l. creditor 4. C. de distract. pignor. l cùm contra 4. l. vlt. & pass. C. si vendit. pignor. agat.* Ideóque nec aliter denunciatio ista necessaria est quàm si debitor sit præsens *d. l. debitores.* Alioqui si absens debitor fuit, sufficiet publico pro grammate admoneri eum, vt & cæteros creditores *l. si eo tempore 6 l. si hypothecas 8. C. de remiss. pignor.* Idque est quod ait *d. l. creditor 4.* in illis verbis *& quando licèt, testato dicere debet.* Nec enim arctandus fuit creditor ad rem aut impossibilem aut difficilem vt, venditio pignoris impediretur quam exequi iure suo, & peragere creditor potest. Cæterùm non fit hæc denunciatio ad constituendum debitorem in mora, vt putat Bartolus, sed potius ad constituendum creditorem in bona fide, ne quandóque possit ei obiici à debitore factam esse venditionem dolo malo & per gratiam aut collusionem creditoris *d. l. creditor d. l. 4. & l. 1. C. si vendit. pignor. agat.* Nec enim denunciat creditor debitori, vt soluat, quod necesse esset si id ageret vt constitueret in mora debitorem *l. mora, 32. D. de vsur. l. Titia Seio 87. §. vsuras de legat. 2.* sed notam ei duntaxat facit proscriptionem pignoris, ne quid inscio se factum esse conqueri iure possit. Quare nec existimandum est remissum hodie quicquam esse de huiusmodi solemnitate, vt parum cautè quidam existimant. Nam quod Iustinianus scribit, *in §. appellamus in fi. Inst. de action.* Nullam hoc tempore denunciationis genus non pertinet, sed ad eam veterem denunciationis formam quam necesse erat præcedere, priúsquam actio vlla personalis exerceri posset, vnde & condictiones dicebantur omnes personales actiones, quòd prisca lingua *condicere* nihil nisi denunciare esset *d. §. appellamus.* Neque verò adeò malè & indistinctè loquitur Iustinianus vt dicat nullam hodie fieri denunciationem, sed addit *eo nomine*, id est, ad personalem actionem proponendam. Denunciatio autem de qua agimus non tam actio est aut quid præparatorium ad agendum quàm certificatio, & vt loquuntur, notificatio ad peragendam pignoris venditionem: In eóque errant valdè qui, quod scriptum est *in d. l. debitores*, ne cum Bartolo sentiant, si interpretantur acsi restringendum sit ad vnum illum casum, quo conuenerit inter debitorem & creditorem ne pignus distraheretur, *vt in d. l. 4. D. de pignor. act.* quod sanè non ita est. Generaliter enim lex loquitur, nec vllum in lege tota verbum est, ex quo possit coniici de hoc potiùs casu sensisse Imperatores, quam de illo quo pactio de pignore non distrahendo præcesserit: nisi forte illud quod de denunciationibus in plurali numero lex loquitur, cùm vnica denunciatio possit sufficere, præterquam eo demùm casu quo conuenerit ne pignus distrahi possit: quod cùm accidit, trina, vt diximus, denonciatione opus est. Verum leuior hæc coniectura est, quàm vt mouere quemquam debuerit. Ideò enim de denunciationibus in plurali numero loquendum fuit, quia & de debitoribus in plurali

 numero

numero Imperatores loquebantur. Cæterùm in vnius debitoris persona denunciatio vna sufficiet, nec multiplex exigetur. Sed hæc obiter dicta sint, vt iam ad Bartolum redeamus.

ERROR III.

De debitore conuento hypothecaria referente dominij quæst. creditori.

IS ergo fatetur, & rectè idipsum, quod nos volumus, Creditorem agentem hypothecaria etiam contra ipsum debitorem probandum habere dominium siue directum, siue vtile, aut saltem quasi dominium debitoris, nec sufficere vt alleget possessionem. Sed quod idem ait creditori alleganti dominium satis esse vt probet possessionem, non æquè probare possum, quia quod dici solet ea possessione probari dominium saltem præsumptiuè ad hanc speciem non pertinet, in qua sicuti dominium fundamentum est intentionis actoris, ita probari ab eo certè debet, nec præsumptiuè tantùm, sed etiam concludenter: licèt nolim negare posse minùs plenas dominij probationes hoc casu sufficere, quia non de domino principaliter agitur in hypothecaria, sed incidenter: Alioqui si ratio illa bona est, quòd ex possessione præsumatur dominium, æquè dicendum erit, posse hâc probationem possessionis sufficere, tametsi contra tertium possessorem hypothecaria exerceatur, quod tamen nec Bartolus, nec alius quisquam dixit. Quare nec ratione hac mouetur Bartolus, sed illa sola quæ à nobis iam relata est, quod debitori non sit permittendum, vt creditori suo referat quæstionem dominij, vt neque potest creditor eam referre suo debitori pignoratitiam proponenti. Quæ tamen ratio nec ipsa multò melior est. Tunc enim prohibetur reus actori referre quæstionem dominij cùm ex contractu suo conuenitur, siue conductionis & locationis contractus ille sit, vt *in l. si quis locationis 25. C. de locat.* siue depositi, aut commodati, *l. commodare 15. D. commod.* siue etiam pignoris *d. l. si pignore 22. § si prædo, & § si creditor D. de pignor. act.* At cùm debitor conuenitur hypothecaria licèt ob factum & contractum suum conueniatur, non tamen ex contractu conuenitur, sed tanquam possessor, nec alio iure quam quo alius possessor quilibet conueniretur actione scilicet in rem, non in personam, qualis vtique esset illa, quæ daretur ex contractu. Nihil ergo vetat quominùs debitor creditori referre possit quæstionem dominij, cùm hypothecaria conuenitur. Nam & illi ipsi quos constat dominij quæstionem referre non posse si tamen rei vindicatione conueniantur, vt putà conductor, commodatarius, depositarius, creditor, & aliæ huiusmodi personæ, dominij quæstionem referre non prohibentur, cùm fieri nequeat vt in iudicio vindicationis alius obtineat quàm qui sit & probetur dominus, vt idem Bart. fatetur *ad d. l. ad commodare & seq. ff. commod.* Quidni ergo debitor quoque conuentus à creditore hypothecaria referre poterit dominij quæstionem creditori suo hypothecariam exercenti? in eóque nimirum differentia magna est, quam fingit Bartolus se non videri, inter pignoratitiam actionem quæ debitori competit aduersus creditorem soluto debito, & hypothecariam quæ creditori aduersus debitorem ad solutionem debiti consequendam. Pignoratitia enim competit ex contractu, idcóque non potest impediri ab eo qui contraxit. Hypothecaria vero licèt non nascatur sine præcedente pignoris conuentione, præterquàm iis in casibus in quibus placuit pignus vel hypothecam tacitè contrahi, non tamen immediatè nascitur ex contractu, sed ex hypotheca per contractum inducta, quæ rem ita afficit, vt etiam contra eum qui non contraxit, perinde hypothecaria exerceri possit, atque contra eum ipsum qui contraxit. Vnde fit vt quemadmodum par & æquale ius habet creditor ad instituendam hypothecariam aduersus quemlibet rei obligatæ possessorem, ita æquo & pari iure vinci debeat, siue aduersus debitorem ipsum agat, siue aduersus tertium, si dominij quæstio ei referatur: cùm dominij causa in necessariũ antecedens præcedat causam pignoris. Quamuis vbi semel pignus rectè ac vtiliter constitutum est, nihil habeat cũ iure dominij commune, *l. 1. § cum prædiũ. ff. de pign.* Id enim est quod Papin. dicebat *in l. iustè. 44. §. non mutat. ff. de vsucap.* pignoris persecutionem nulla dominij societate coniungi, sed sola conuentione constitui, ob idque nec perimi vsucapione. Dices fortassis, cùm qui ipse conuenit de pignore tanquam dominus cùm non esset improbè resistere, quominùs hypothecaria actio contra eum moueatur, cum ita fiat vt ex mendacio suo arguatur, quomodo Paulus ratiocinatur *in l. rem alienam 41. in fin. D. de pignor. actio.* Sed respondeo, posse hanc rationem eo demum casu procedere, quo is antequàm dominus esset, conuenit de pignore, posteà conuenitur hypothecaria eo tempore quo iam factus sit dominus, qui casus est de quo Paulus tractat eo loco, nec tamen habet rationem illam pro bona nisi tùm demùm cùm etia ista concurrunt vt qui conuenitur & debitor sit, & dominus, & cõuenerit de pignore: & ipsum his quoque omnibus concurrentibus, hactenus habet eam pro bona vt det creditori vtilem duntaxat hypothecariam, non etiam directam. Cæterùm si quid desit vel vnum ex tribus supradictis, non patitur Paulus vt hypothecariam exercere possit creditor, ne quidem vtilem, nec si debitor, & dominus sit is, qui tanquam possessor, pignoris conuenitur, quoniam, inquit, non sufficit ad inducendam vtilem hypothecariam eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet, si non illud quoque, supple, interueniat, vt idem ipse conuenerit de pignore. Quantò minus ergo sufficiet eundem esse debitorem & conuenisse de pignore, si non etiam illud concurrat vt idem ille sit dominus rei obligatæ, illo nimirum tempore quo conuenitur? Potest igitur debitor conuentus hypothecaria referre quæstionem dominij creditori, non quidem vt neget se dominum fuisse tempore conuentionis, si fateatur se dominum eo tempore quo conuenitur, ne ex suo arguatur mendacio, sed vt possit negare se dominum esse tum cùm per hypothecariam conuenitur, licèt non eo minùs verùm sit eum & debere, & de pignore conuenisse. Ac proinde non est bona ratiocinatio Bartoli concludentis, Posse sufficere creditori agenti hypothecaria contra debitorem vt probet possessionem solam ad probandum dominium, quòd debitor quæstionem dominij referre creditori non possit.

ERROR IV.

Qualis dominij probatio necessaria sit creditori agenti hypothecaria.

VErum hoc ipsum quod nos cum Bartolo dicimus & omnes ferè habent pro vero, agenti hypothecaria creditori necessariam, esse probationem dominij, vereor ne aliter intelligi debeat, quàm vulgò intelligatur, vt verum videri possit. Nam cùm duplex sit in libris nostris dominij differentia, v-

nius

nius quod Quiritiarium, tertius verò quod bonitarium appellatur, vt sæpius docuimus ex Vlpian. *in Fragment. tit. 19 de acquisit. rer.* Non puto verum esse quod vulgò creditur, cogendum creditorem vt probet fuisse debitorem rei obligatæ dominum iure Quiritium, sed sufficere vt probet fuisse rem in bonis debitoris, quod ipsum nihil nisi bonitarium dominium est. Sic enim loquitur Caius noster *in d. l. & qua nondum 15. §. quod dicitur, D. de pign.* post Papinianum *in l. 3. eod.* Creditorem probare debere, rem in bonis debitoris eo tempore fuisse quo pignus contrahebatur. Itémque Imperatores *in l. cum res 5. & l. qua prædium 6. C. si alien. res pign. dat. sit.* Quod Marcianus *in l. ante omnia 23. D. de probat.* sic expressit, vt dixerit, illud quoque probare creditorem plenissimè & implere debere, rem pertinuisse ad debitorem eo tempore, quo conuenit de pignore, aut quo ex eius voluntate hypotheca data sit. Ad nos enim res pertinet quæ in bonis nostris est, licet dominium eius non habeamus: quo nomine Quiritiarium potiùs quàm bonitarium apud Iureconsultos significatur, quoties simpliciter profertur, quòd domini bonitarij nomen magis prætorium sit, quàm ciuile. Potuit enim Prætor facere rem in bonis alicuius, at dominum facere non magis potuit quàm facere legem, cuius authoritas necessaria est ad dominium transferendum, vt Vlpian. supra dicto loco scribit, & Iustinian. *in §. quos autem, Inst. de bonor. poss.* iunct. *§ vlt. Inst. de hered. qualit. & differ.* Rem namque in bonis suis habere intelligitur, quisquis aut eam possidens habet exceptionem, aut amittens habet actionem ad eam recuperandam, *l. rem in bonis 52. de acquir. rem domin.* Vnde est quod habet iuris regula, id quod euincitur non esse in bonis, *l. quod euincitur 190. de regulis iure.* At qui solius Prætoris est & actionem dare & exceptionem, nec minùs cùm actio ciuilis est quàm cùm prætoria, nam & ciuiles actiones dat aut denegat Prætor tanquam minister & viua vox iuris ciuilis, potest igitur Prætor facere vt res aliqua sit, vel non sit in bonis: Quod cùm facit, equidem hoc ipso facit dominum eum in cuius bonis res esse incipit, *l. si finita 15. §. Iulianus, D. de dam. infect.* sed facit suo modo, id est, quantum potest, ac proinde bonitarium duntaxat dominum, vt sic loquamur, non etiam quiritiarium: talem denique qui dominus dici absolutè non possit, sed quem potiùs ei opponere debeamus qui verè dominus est, quasi non sit & ipse dominus, *l. 2. §. 1. D. si ex noxal. caus. agat. l. qui vsumfructum 3. ff. si vsusfr. pet. l. quamuis 75. ff. de iur. dot.* Ex quibus iam facilè est intelligere quam rationem habeat quod nos dicimus: Sufficere creditori vt probet rem obligatam in bonis fuisse debitoris eo tempore quo pignus contrahebatur: nempe quoniam actio ipsa hypothecaria prætoria est, non ciuilis, nec tantùm hypothecaria, quæ & quasi Seruiana ipsa, *§ item Seruiana, Inst. de actio.* Quidni ergo Prætor ei dabit hypothecariam, qui debitoris sui dominium bonitarium probare possit; cùm dominum hunc bonitarium perinde habeat pro domino atque si esset quiritiarius: adeò vt etsi quando concurrant in petenda actione is qui non nisi bonitarius dominus est, & is qui Quiritiarius, bonitarium semper Quiritiario anteponat, vt Vlp. scribit *d. tit. 19. De acquisit. rer.* & constat. *ex l. doce 9. C. de rei vindic.* iunct. *dict. l. quamuis 75. ff. de iur. dot.* quia cùm hic concursus duplicis dominij fieri non possit, quin alterum bonitarium esse necesse sit, alterum quiritiarium, (nec enim duo eiusdem rei domini esse vnquam possunt, eodem dominij genere, vulg. *l. si vt certo 5. §. si duobus vehiculum D. commod. l. hereditate 19. §. pater. D. de castrens. pecul.*) apparet penes quiritiarium superesse solum & inane nomen dominij, quod ludibrium antiquæ subtilitatis vocat Iustin. *in l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. tollend.* Ideóque non tantam eius domini quiritarij rationem haberi posse, quanta bonitarij habenda est, qui effectu ipso si non verè ac propriè dominus est, saltem domini loco habetur. Benè igitur prospectum est à Prætore vt creditori hypothecariam actionem postulanti non grauiorem probandi necessitatem iniungat, quàm vt probet, fuisse rem in bonis non etiam in dominio debitoris, alioqui non haberet pro domino cum in cuius bonis rem fecisset. Quod ab ipsius Prætoris mente ac proposito alienum esset. Idque adeò verum est vt si ponas pignori datam rem aliquam fuisse ab eo qui non nisi quiritiarium dominium in ea re habuerit, alio bonitario existente, puta rem dotalem ab vxore marito ignorante, non putem daturum Prætorem hypothecariam creditori in rem illam, constante scilicet matrimonio, sicuti nec vindicationem ipsi mulieri daret, *d. l. doce,* quia licèt dos sit mulieris etiam matrimonio durante, *l. si constante 24. §. si maritus D. solu. matri.* est tamen in bonis mariti, *d. l. quamuis.* estque perpetua illa iuris prætorij regula, Nihil posse dominum quiritiarium facere in præiudicium bonitarij.

ERROR V.

Si debitor sit dominus rei obligatæ iure Quiritium, nec tamen habeat eam in bonis. Et ad l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. tollend.

ITaque tantum abest vt creditor agens hypothecaria probandum necessariò habeat dominium, vt è contrario, quod fortasse nemo adhuc dixit, non semper sufficiat probari dominium, ne quidem verum, nisi etiam illud concurrat vt qui probatur fuisse dominus, hoc ipso probetur etiam habuisse rem in bonis. Non enim magis verum est, Omnes qui sunt domini Quiritiarij, esse illos etiam bonitarios, quam è conuerso, Omnes qui sunt bonitarij esse quiritiarios. Inspecto nimirum iure vetere & quod prudentum temporibus obtinebat. Hodie namque post supradictam Iustiniani Constitutionem *in d. l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. tollend.* Quiritiarius est quisquis anteà bonitarius tantùm dicebatur, qui verò anteà Quiritiarius tantùm dicebatur ad differentiam & comparationem bonitarij hodie nullus est qua nudum ius & nomen dominij quiritiarij Iustinianus sustulit, at nomen ipsum iúsque domini quiritiarij non sustulit quin potiùs dominium sustulit bonitarium, vt hodie vnicum dominij genus duntaxat sit, quod non bonitarium sed quiritarium dici debeat, sed tale quod nunquam nudum sit, sed semper cum effectu, id est, cum omnibus dominij vtilitatibus coniunctum: ita vt hodie verum sit nec dominiū bonitarium vllum esse, seiunctum scilicet à quiritiario: nec quiritiarium dominum esse quenquam, qui rem in bonis non habeat. Consequenter parum aut nihil hodie refert, an dicamus, Agentem hypothecaria creditorem probare debere, in dominio, an in bonis debitoris rem fuisse, dummodò eam propositionem intelligamus de dominio, quod hodie vnicum est id est, per quod fiat vt res sit etiam in bonis debitoris. Cæterùm ne huiusmodi distinctionibus & duplicis dominij & duplicis iuris veteris scilicet ac noui indigeamus, longè melius est vt eam loquendi rationem retineamus, quæ antiquis prudentibus familiaris fuit, & quæ non minùs

nùs hodie vera est quàm olim: Hactenus onerandum creditorem, vt probet in bonis debitoris rem fuisse. Nihil enim à Iustiniano aut alio vllo imperatore fuit immutatum, quod ad hoc vt res in bonis alicuius esse incipiat, sed tantùm quod ad dominiorum nomina, causasque pertinet, iidémque penitus modi sunt hodie qui olim fuerunt faciendi rem in bonis atque etiam acquirendi dominij. Nam cùm olim sex tantùm modis ab Vlpiano relatis *d. tit. 19.* acquirerentur dominia, Traditione, Vsucapione, Mancipatione, Cessione, Adiudicatione in iure, & Lege, tot sunt hodie modi acquirendi dominij etiam quiritiarij, quot olim fuerunt acquirendi bonitarij: qui porro fuerunt varij, nec certo vllo numero constricti, tanquam qui pro arbitrio Prætorum ipsorum edictis & iurisdictione inducerentur.

ERROR VI.

De sententia & ratione l. si ab eo 18. ff. de pignor. & l. rem in bonis 51. § de acquir. rer. dom.

QVæ cum ita sint non abs re quis miretur, quam rationem habeat, quod Paulus scribit *in l. si ab eo 17 ff. de pignor.* Si ab eo, qui Publiciana vti potuit quia dominium non habuit pignori acceperim, sic Prætorem tueri me per Seruianam, quemadmodum debitorem tuetur per Publicianam. Cùm enim ea Pauli sententia esse videatur vt creditori hoc casu non tam hypothecaria saltem directa competat, quàm quasi hypothecaria, quomodo Bartolus quoque ad eum locum rectè interpretatur, Quæro, Cur non directa detur si sufficiat probari rem fuisse in bonis debitoris, nam si rem in bonis habere dicitur quisquis eius nomine habet actionem, vt supra diximus, *ex d. l. rem in bonis*, an non dicendus est debitor in bonis habere rem illam cuius nomine habeat Publicianam? Sed respondendum est, nec insubtiliter meo iudicio, neque ideò dari Publicianam bonæ fidei emptori quod rem bona fide emptam in bonis suis habeat, neque rursum ideò videri eum rem illã in bonis habere, quòd eius nomine habeat Publicianam. Etenim cùm Publicianam is demum possit exercere qui rem à non domino emit, si prætereà illud concurrat vt euenerit bona fide, apparet non posse fieri vt qui agit Publiciana rem illam in bonis habeat, cùm nulla iuris parte possit dominium quod diximus bonitarium ad eum pertinere, qui à non domino causam habet, id est ab eo qui neque bonitarius quidem dominus fuit, non magis quàm quiritiarius. Possessionem enim ab eo vel habitam, vel translatam esse vult prætor, qui saltem in bonis rem habuerit, vt incipiat res in bonis eius fieri qui possessionem accipit. Siquidem id perpetuò Prætor obseruat, vt nunquam nisi intercedente possessionis translatione dominus quis fiat bonitarius. Possessionis autem translatio tum quoque cùm fit ex causa habili atque ad transferendum dominium non plus iuris transferre in accipientem potest, quàm fuerit penes tradentem *l. traditio 20. D. de acquir. rer. domin.* In eoque maximè differebat olim dominium bonitarium à Quiritiario, quod Quiritiarium sola legis potestate citra vllã traditionem transferri poterat, & hodie quoque potest puta in hæreditatibus & legatis *l. 1. in fi. 2. & 3. D. de public. in rem act. l. cum heredes 23. D. de acquir. poss.* At bonitarium à Quiritiario separatum nec olim poterat, quia legis potestatem non habebat Prætor *d. §. quos autem Inst. de interd. poss.* nec hodie potest, non solùm quòd eadem supersit ratio iuris veteris, sed etiam quia tale hodie nullum est. Dixi *bonitarium à quiritiario separatum*, quia si de eo bonitario agis quod post supradictam Iustiniani constitutionem quiritiarium dici possit, id est à quo nullum aliud dominium seiunctum sit, quod quiritiarium separatim dici debeat, potest hodie acquiri siue traditione si inde incipiebat, id est à potestate legis, vel alterius constitutionis, quæ parem legi vim habeat, non etiam si vnde incipiebat olim dominium quod ab initio erat bonitarium, quamuis posset aliquando degenerare in quiritiarium. Erat enim id quoque perpetuum, vt qui à Prætore constitutus fuerat dominus bonitarius in quiritiarium tandem euaderet, si per legitima vsucapiendi tempora rem possedisset *d. l. si finita 15. §. Iulianus D. de damn. infect.* iunct. *l. prætoris 5 in princip. eod. tit.* vbi tamen corruptam esse vulgarem lectionẽ arbitror, sicque restituendam vt legimus *Prætoris officium est vt missus in possessionem etiam per longi temporis spatium iustum dominium capere possit.* Iustum enim dominium per vsucapionem acquiritur propter concurrentem legis potestatem, non etiam cum sola Prætoris authoritas interuenit, quod fit in bonitario solo cõstituendo. Nec aliud videtur fecisse Iustinianus *in d. l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. tollend.* nisi quod domino bonitario remisit necessitatem implendæ vsucapionis, dato ei statim iure dominij quiritiarij, quod olim nisi completa demum vsucapione habere non potuisset: vt quemadmodum desinebat olim dominus esse quiritiarius is, qui antea fuerat, ex quo nimirum bonitarius compleuerat vsucapionem ita confestim hodie, nulloque lapsu temporis expectato fiat ipso iure quiritiarius, quisquis ante illam Iustiniani legem bonitarius tantum futurus erat citra vsucapionem. Nihil enim erat olim quod Quiritiarij dominij iura posset extinguere, præterquam si alius iam bonitarius ex bonitario quiritiarius factus fuisset, cum duo eiusdem rei domini quiritiarij in solidum non magis esse possent, quã duo bonitarij. Ergo qui à non domino emit licet bona fide, bonitarius dominus ex ea venditione fieri nullo modo potest, quoniam in quibus causis per traditionem factum iusto titulo præcedente dominium quiritiarium acquiri non potest, ex iis nec bonitarium quoque acquiritur, cum in hoc vno differat dominium bonitarium à quiritiario, quantum ad causam acquirendi pertinet quod quiritiarij titulum iustum esse oportet bonitarij vero non iustum, & legitimum, sed prætorium, id est minùs legitimum, esse sufficit, nec legibus cognitum esse necesse est, *d. l. 3. D. si vsufr. pet.* Potest tamen hic qui à non domino emit fieri dominus quiritiarius, sed intercedente demum vsucapione non aliter. Ideoque tametsi viderit Prætor dignum eum fauore aliquo si bona fide emerit, & actione aliqua contra extraneos possessores adiuuandum si possessione sua citrà factum suum ceciderit, non aliter tamen ei succurrere potuit quàm inducto auxilio actionis Publicianæ, quæsitóque actioni colore quasi rem illam possessor iam vsucepisset, quam tamen reuera cœperat duntaxat vsucapere *§. namque Inst. de action.* Quo colore nil opus erat, si putasset prætor. Esse rem in bonis eius qui Publicana experiri vellet. Habent enim suo iure omnes domini bonitarij rei vindicationem, nec tantum vtilem, sed etiam directam, quæ vt competat satis est actorem dominum esse iure gentium, licet non sit iure ciuili, *l. in rem 23. D. rei vindic. d. l. decet 9 C. eod.* iunct. *d. l. quamuis 75. D. de iur. dot. l. communi 7. §. planè si iam damni infecti D. commun. diuid.* Cùm possit quilibet vindicare id quod suum potest dicere vt contra, Nemo suum dicere potest quod vindicare non possit, *l. Quintus 27. §. argento D. de aur.*

... [illegible] ... Dominus autem fit iure gentium qui ... accepit rem a domino tradente illam animo transferendi dominij, licèt titulus iustus id est ... habilis ad transferendum dominium quicumque ... praecedat. Cùm nihil sit tam naturale ... quam voluntatem domini rem suam in alium ... ferre volentis ratam haberi *vulg. . qua ratione §. hae quoque res D. de acquir. rer. domin.* Et consequenter pro domino iure gentium haberi debet saltem apud Praetorem quisquis accipit rem aliquam ... praetore factum domini repraesentante vt contingit in specie *d. l. 15. §. Iulianus D. de damn. infect. & ... l. 2. in fin. D. si ex noxal. caus. agat.* Denique quisquis rem quae antea fuerat aliena in bonis suis habere incipit, quem nos bonitarium dominum appellamus: Ac proinde danda est huic vindicatio, & quidem directa quae domino cuilibet accommodatur: Publiciana vero non directa sed vtilis vindicatio est, quia nec habet pro causa veram vsucapionem, sed ... vsucapionem ex praetoria fictione, ob aequitatem & vtilitatem publicam introducta Ex quo intelligimus non esse bonam consecutionem affirmatiuè, vt res omnes quarum nomine, vel actionem, vel exceptionem aliquam habemus, continuò sint in bonis nostris, sed negatiuè tantùm, vt Quarum rerum nomine nec actionem nec exceptionem habemus, eas ne ... in bonis ... esse nostris dicere possimus. Atque ita haud ... intelligendum est quod scribit Iulianus *in d. l. rem in bonis.* Alioqui fatendum esset eum qui Publiciana experitur habere in bonis suis rem illam de qua agit: quod si ita esset hoc ipso directam vindicationem habere deberet, neque vtili, hoc est Publiciana indigeret, quam sanè Praetor dat non quia res quae vsucapitor empta à non domino sit in bonis vsucapientis ante completam vsucapionem, sed quasi sit in bonis & vero dominio, id est, etiam quiritiario, tametsi reuera nec in dominio, nec in bonis vllo modo sit. Neque verò existimandum est, quemadmodum sine possessione dominium bonitarium nunquam acquiritur, ita è contrario quoties possessio acquiritur etiam dominium bonitarium acquiri. Exigitur enim illud praetereà vt rei traditio, possessionisque translatio fiat à domino, aut saltem à magistratu domini vices supplente, & quidem ea mente vt res fiat in bonis accipientis, quod & Publicianam requiritur, *l. quacunque 13. §. 1. in fin. D. de public. in rem act.* Nam nec Publiciana potest alij dari quàm qui possederit, *l. sine autem 9. & pass. eod.* licèt sufficiat vel momento possedisse, *l. cum sponsus* ... *in fin. eod* Si excipias eum cui ex Trebelliano restituta est haereditas nudo verbo *§. 1. eiusd. leg.* quia qualiscunque restitutio dummodo ex Trebelliano, sufficit vt res omnes haereditariae fiant in bonis fideicommissarij, *l. facta 63. in princip. iunct. l. restitutā 37. D. ad SC. Trebell.* In quo maior est potestas Senatusconsulti quàm iuris praetorij, quia & propius accessit ad legem *§. quos autem De bonor. poss.* Denique semper latiùs patet possessionis nomen & causa, quàm dominij, siue bonitarij, siue quiritiarij, eut quasi dominij, quia facilius est vt possessio & acquiratur, & amittatur quam dominium aut quasi dominium: Ergo si is qui rem alienam bona fide emerat cùm esset in cursu vsucapiendi, ac proinde Publiciana experiri posset, rem illam interim pignori dederit, non potest ipso iure valere datio pignoris, quia verum est non fuisse rem in bonis debitoris eo tempore quo dabatur pignori: sed tamen, quoniam illud quoque verum est, datam fuisse ab eo cui Praetor non denegaret Publicianam, vtilémque rei vindicationem eo colore quasi rem illam in bonis haberet, adeóque in dominio quiritiario, id est quasi vsucaptam, omninò consequens est vt creditorem cui ea res pignori data est, perinde tueatur Praetor data ei Seruiana actione, atque ipsius autorem eundémque debitorem per Publicianam tueretur. Quae ratio & sententia est *d. l. si ab eo 18. D. de pignor.*

ERROR VII.

De ratione & sententia l. si inter 21. §. 1. D. de pignor.

EAdem ferè Vlpiani sententia est *in l. si inter 21. §. 1. eo tit. de pignor.* vbi ait, Si debitor seruum quem a non domino bona fide emerat, & pignorauit, tenerat, Seruianae locum esse. Ratio enim dubitandi non alia erat, quàm quae *in d. l. si ab eo*, quòd data esset res pignori ab eo, qui non habebat illam in bonis: Decidendi verò quòd non minùs tuenda sit ea pignoris conuentio per Praetorem, quàm si à domino facta sit ab eo quem Praetor quasi pro domino habuit, & cui tanquam domino vindicationem vtilem, id est Publicianam fuerat concessurus. Dices non posse in hac specie tractari de Publiciana, cùm debitor ipse idémque bonae fidei emptor, rem teneat. Competit enim Publiciana bonae fidei emptori contra extraneum possessorem, nunquam verò ei qui ipse possidet, vt neque vindicatio aut alia in rem actio §. 1. *Inst. de action. l. quacunque 13. in princip. & pass. D. de Publician. in rem act.* Respondebo, Ob id nimirum non sic Vlpianum scribere, quomodo scribit Paulus *in d. l. si ab eo*, vt dicat, ita tuendum esse hoc casu creditorem per Seruianam, quomodo debitorem ipsum tenetur per Publicianam, sed hoc tantùm ait, Seruianae locum esse. Qua igitur ratione? Nempe quia perabsurdum esset difficilius dari à praetore actionem creditori aduersus debitorem, qui ipse conuenerit de pignore, quam daturus esset contra tertium quemlibet possessorem. Vt enim Seruianam habere creditor possit, sufficit datam fuisse rem pignori ab eo qui Publiciana experiri posset si non possideret, nec illud etiam requiritur, vt Publicianam habere possit, si aliud nihil impediat, nisi quia possidet, cùm hoc ipso quod possidet plus iuris habeat quàm si non possideret, quantò plus autem iuris habet in ea re aut in eam rem qui pignori dedit, tantò magis fauendum est creditori qui ab eo causam habet, omnium maximè verò si contra debitorem ipsum experiatur: qui sanè dolo facit si agenti Seruiana creditori obiiciat exceptionem non dominij quae solet Seruianae obiici, non minùs quàm dominij exceptio Publicianae, *l. pen. & vlt. ff. de Publician. rem act.* Idque est meo iudicio quod addit idem Vlpianus in *d. l. si inter §. 1. iis verbis: Et si aduersus eum agat creditor, doli replicatione vtetur.* Quam enim aliam exceptionem creditori obiicere posset debitor? Contra verò, exceptio dominij quae obstet Publicianae, obstat etiā Seruianae, sed eo demum casu quo obstaret etiam Publicianae, id est si non emptor ipse bonae fidei, idémque debitor, sed qui tamen dominus esset fuissétque iam eo tempore, quo pignus dabatur. Illud tamen mirum videtur quod Vlpianus *in d. l. si inter §. 1.* non de alio loquitur quàm de eo qui bona fide à non domino emerit. Nam cùm de Seruiana tantùm tractet, non etiam de Publiciana, ipso scilicet debitore possidente, nec minùs dolo malo faciat debitor qui excipit de non dominio aduersus creditorem cui rem alienam mala fide emptam pignorauit, Quid attinebat ponere emptam rem à non domino bona fide? Aut cur non dixit Vlpianus, illo etiam casu quo pignori data

sit

sit aliena res à malæ fidei emptore perinde repellendam esse doli replicatione debitoris exceptionem si excipiat pignus a non domino nec rectè constitutum esse? An fortè fauorabilior est debitor, qui mala fide emit, aut odiosior creditor, qui vtroque casu deceptus accepit bona fide pignori eam rem quam putabat esse debitoris? Sed respondendum est ad id respexisse Vlpianum, quòd licèt vtroque casu dolo malo faciat debitor qui excipit de non dominio aduersus propositam Seruianã, prius tamen est vt Seruianæ locus sit, quam vt vel de exceptione non dominij, vel de doli replicatione tractari possit, siquidem quemadmodum replicatio omnis præsupponit exceptionem aliquam præcedentem, ita omnis exceptio actionem *l. 1. D de except.* Atqui Seruianæ actioni locus nullus esse potest cùm res aliena pignori data est ab eo qui mala fide illam emerat: Non quia hoc casu nec locus sit publicianæ (nam neque locus esset, tametsi debitor bona fide comparasset. Cùm ponamus debitorem ipsum possidere) sed quia casus talis est, in quo nec si non possideret debitor, publicianam tamen habere posset, quippe quam certum sit soli bonæ fidei emptori competere posse, sicut & solus ille pro emptore potest vsucapere, qui bona fide comparauit. Vt ergo re aliena pignori data Seruianæ, locus esse possit, non sufficit acceptum fuisse bona fide pignus à creditore, quod ipsum tamen necessarium ideò est, quia non sit dignus creditor si rem alienam sciens pignori acceperit, quem Prætor per Seruianam tueatur, sed illud præterea requiritur vt debitor qui pignus dedit bonæ fidei emptor fuerit & talis qui Publicianam aduersus extraneum quemcunque possessorem habere posset si non ipse possideret, quoniam creditori persequenti pignus rei alienæ non aliter Prætor Seruianam accommodat, quam si pignus acceperit ab eo qui Publiciana vti potuit. Non dico, *qui Publiciana vti nunc possit*: nec enim vti potest qui ipse possidet, sed *qui vti potuit*, si forte possessionem aliquo modo amisisset. Quod enim bonæ fidei emptor idemque possessor Publicianam exercere non potest, non fit defectu iuris, sed defectu materiæ, quia non habet eo casu actio de qua re, nec contra quem proponatur. Ex quo intelligimus, quam verum sit, quod nos disputauimus in præcedentibus, nunquam sufficere creditori Seruianam exercenti etiam aduersus ipsum debitorem, vt probet possessionem debitoris, sed illud quoque necessarium esse, vt probet debitorem habuisse rem illam in bonis aut saltem in ea causa fuisse illum vt Prætor vtilem ei actionem in rem & vindicationem, vt puta Publicianam daturus fuerit si amisisset ille possessionem: non quia res illa in bonis debitoris vllomodo fuerit, sed quasi fuerit, nec solùm in bonis, sed etiam in dominio quiritiario per vsucapionem acquisito, quemadmodum explicauimus. Quid? An non saltem hodie post inductam ex Prætoris edicto Publicianam admittendum erit, in bonis debitoris verè esse rem illam cuius nomine non modò actionem aliquã habeat, sed etiam vtilem rei vindicationem, quasi dominus? vt proinde valeat ipso iure datio pignoris, si bonæ fidei emptor rem à se emptam pignori dederit, nec speciali vlla Prætoris tuitione opus sit ad huiusmodi pignus defendendum. Minime verò. Non tam enim inspiciendum est, quòd Publiciana hoc casu competat, quam quo iure aut potius colore competat. Potiò non eo iure datur quod ea res sit in bonis actoris, sed eo colore tantùm quasi sit iam vsucapta & consequenter quasi sit non solùm in bonis, sed etiam in dominio quiritiario vsucapientis. Vnde est quod nec aliter competere Publiciana vel dari potest, quàm si præcedat causa iusta iusti dominij acquirendi *d. l. quæcunque.* id est talis quæ esset habilis ad transferendum per traditionem dominium, si traditio à vero domino facta proponeretur, vt explicat & subiungit Caius, dummodò illud etiam addas vt res ea talis sit quam neque lex, neque constitutio alienari prohibeat, quia his casibus neminem iuerit Prætor, ne contra leges faciat, *l. cùm sponsus 12. §. si res talis sit eod. tit.* Non ergo potest facere Publiciana, vt res bona fide empta videri debeat esse in bonis emptoris, cùm à contrario supponat non esse, & ob hoc ipsum sit necessaria quoniam directa vindicatio competere non potest bonæ fidei emptori rem illam in bonis non habenti.

ERROR VIII.

De oppigneratione prædij vectigalis vel emphyteuticarij vel superficiarij.

PRædij siue vectigalis, siue emphyteuticarij, vel superficiarij alia ratio est, quam sit fũdi bona fide comparati cùm de iure pignoris quæritur. Vectigalem enim fundum & emphyteuticarium ita posse pignorari vt valeat ipso iure pignus, tanquàm rectè constitutum, apparet ex responso illo Scæuolæ celeberrimo quod extat *in l. lex vectigali fundo 31. ff. de pignor.* & apertiùs Paulus noster *in l. tutor 16. §. vlt. ff. de pign. act.* scribit Etiam vectigale prædium pignori dari posse: quo sæpè verbo potestas iuris ciuilis non auxilium subsidiarium Prætoris significatur, cùm pignoris obligatio sit ciuilis & iusta, id est, iure ciuili ac legibus cognita, quamuis non sit habilis ad dominium transferendum *l. quæcunque 1 §. 1. ff. de Public. in rem act.* Nec quod actio Seruiana vel quasi Seruiana, quæ pro pignoris persecutione datur, vnde & pignoratitia interdum appellatur, sit prætoria, ad rem facit. Nam cùm pignus propriè sit, quod manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem *l. cum & sortis 35. §. 1. ff. de pignorat act.* in quo maxime differt ab hypotheca, quæ tùm contrahi dicitur, cum nec possessio transit ad creditorem, *l. si rem alienam 9. §. propriè eod. tit.* Non putauerat ciuilis legislator necessariam esse actionem vllam creditori pignoratitio, quia siue is possideret, nulla ei posset actio in rem competere, ex regula, *§. æquè Inst. de action. & l. 5. § interdictum autem ff. vti possid.* Siue possessionem casu aliquo aut ex iniusta causa amisisset, haberet vtique interdicta ordinaria ad eam recuperandam, quippe quæ certum est competere pignoratitio creditori cuilibet, tanquam sibi & ad propriam vtilitatem possidenti in omnibus, præterquam quod ad causam vsucapionis, *l. serui nomine 16. ff. de vsucap.* In quo plus iuris habent creditores pignoratitij quàm qui à prætore custodiæ tantùm causa in possessionem missi sunt, quia ista non possident, *l. 3 §. creditores ff. vti possidet.* Bene tamen vidit Prætor vtilius fore si actio aliqua de pignore daretur, non solùm si quo casu creditor possessionem pignoris amisisset, *vt in l. si creditor 28. ff. de pignorat. act.* Sed etiam si contentus pignoris conuentione creditor possessionem in se pignoris transferri non curasset, quo casu non pignus sed hypotheca contracta esset, cùm facilius esset creditori paciscí de pignore, quàm eius possessionem sibi acquirere: Contrahitur enim hypotheca per nudum pactum conuentum, quod etiam inter absentes & de re absente fieri potest, *l. 4. D. de pignor. l. 4. D. de fid. instrum. iunct. l. 2 ff. de pact. l. qui autem 14. §. vlt. ff. de const. pecun.* At possessio sicuti non potest transferri quin traditio intercedat, aut quid aliud æquipollens

[illegible] quod sit traditionis vice, ita vt nec nisi [illegible] præsentes & rei præsentis, siue à pedibus, siue à sedibus dictam eam velis, ideóque Seruianam & quasi Seruianam actionem benè atque vtiliter induxit Prætor, quæ & hypothecaria idcirco appellatur, quòd pro hypothecis primùm non pro pignoribus introducta fuerit, quamuis potestas ipsius ad pignora quoque extendatur, *§. item Seruiana Inst. de action.* Præsertim postquam placuit inter pignus, & hypothecam nominis duntaxat sonum differre, vt scriptum est *in l. res hypotheca 5. §. 1. ff. de pignor.* quod ad formulam scilicet hypothecariam, vt eius legis inscriptio demonstrat. Cùm igitur pignoris obligatio sit iusta, id est iuri ac legibus cognita, & habilis ad rem afficiendam citra vllum auxilium Prætoris, apparet id quod scriptum est *in d. leg. tutor 16. §. vlt. de pignor. act.* etiam vectigale prædium pignori dari posse, non aliter accipi debere quàm vt ea pignoris datio iure ipso subsistat, nec indigeat tuitione prætoria. Addit Paulus, sed & superficiarium prædium pignori posse dari, *quia*, inquit, *hodie vtiles actiones superficiarijs dantur.* Cuius rationis cùm sensus ille sit, vt non minus valeat hodie pignus prædij superficiarij quàm vectigalis, quòd hodie non minùs competat vtilis rei vindicatio pro superficie quàm pro vectigali fundo, *l. in speciali 73. § 1. & l. seq. ff. de rei vind.* Consequens videtur si bona ratiocinatio est, vt non aliud ius constitui debeat in ea re quam bonæ fidei emptor pignori dederit, siquidem perinde dat prætor bonæ fidei emptori vtilem in rem actionem, dando ei Publicianam quæ nihil nisi vtilis rei vindicatio est. Et tamen hoc ipsum est quod nos negauimus capite superiore, cùm probauimus pignus quod à bonæ fidei emptore constitutum sit, non valere ipso iure sed indigere auxilio Prætoris vt defendatur, quia bonæ fidei emptor qui à non domino emit, nullo modo dici potest habere rem in bonis. Augetur dubitatio ex eo, quod idem Paulus scribit *in l. cùm sponsus 12. §. in vectigalibus ff. de public. in rem act.* In vectigalibus & alijs prædiis quæ vsucapi non possunt, Publicianam nihilominus competere si fortè bona fide mihi tradita sint: idémque esse etsi superficiariam insulam a non domino bona fide emero. His namque verbis innuit Paulus non obscurè difficilius esse, vt pro huiusmodi prædiis vectigalibus & superficiariis Publiciana detur, quam pro cæteris. Et sanè ita est. Cum enim vsucapi non possint, vt lex ait, mirum est dari eorum nomine Publicianam, quam toties diximus eo colore solo dari, quasi res de qua agitur iam sit vsucapta, *l. siue autem 9. §. hæc actio eod tit.* Qui ergo fieri potest, vt facilius recipi debuerit oppignoratio prædiorum vectigalium & superficiariorum, quàm cæterorum pro quibus datur faciliùs Publiciana? Sed respondendum est, ideò plus iuris habere illum qui vectigalem fundum, vel superficiarium à domino accepit, vt eius pignorandi ius habeat, quod non habet sine prætoris auxilio is qui fundum à non domino emit, quamuis bona fide, quia & à domino ipso ius habet, & tale ius habet quod nec ipse dominus ei auferre possit, dummodo vectigal aut tributum aut salarium soluatur, *leg. 1. & 2. D. si ager vectigal. petat. d. l. in speciali 73. §. 1. & seq. ff. de rei vindic. l. 1. C. de fund. patrim. lib. 11.* Vnde fit vt quamuis per hæc genera contractuum non fiant domini, placuerit tamen, ex prudentium scilicet, vt arbitror, authoritate, competere iis in rem actionem acsi domini essent, nec tantùm aduersùs extraneos possessores quoslibet, sed etiam aduersùs dominum ipsum, *d. l. 1. in fin. si ager vectig.* Nempe quia negari non potest quin huiusmodi prædia sint in bonis possessoris, pro quibus nimirum habeant illi actionem in rem, non solùm inuito domino, sed etiam contra dominum, quod in prædiis bona fide emptis à non domino, non contingit, *d. l. pen. & vlt. ff. de Publician. in rem act.*

ERROR IX.

De differentia fundi vectigalis & superficiarij; & actionis quæ de fundo vectigali & eius quæ de superficie datur.

IN quo tamen obseruari vellem differentiam quam nemo obseruat, inter vectigalem fundum, & superficiarium. Nam quemadmodum in eo differunt quod vectigales agri non nisi ciuitatum agri sunt & publici, superficiarij verò sunt priuatorum, itémque in eo quod vectigales ij maximè dicuntur qui in perpetuum locantur, Superficiarij vero etiam qui ad tempus siue modicum, siue non modicum, *d. l. 1. in princ. D. si ager vectig. l. eotem 11 §. 1. D. de publican. & vectigal. l. 1. §. quod ait Prætor D. de superfic.* Ita & in hoc maximè, quòd actio in rem quæ datur vectigalis prædij possessori, directa in rem actio est, non vtilis; aut saltem ciuilis non prætoria, licet non tam summo iure, vt videtur competat, quàm recepto & à prudentibus constituto. Id enim est meo iudicio quod Paolus significat *in d. leg. 1. §. 1. si ager vectig.* iis verbis *tamen placuit competere eis in rem actionem.* Placuisse enim prudentes nostri simpliciter dicunt, quod vel prudentibos ipsis, vel Imperatoribus placuit, non quod Prætori, & similiter competere actionem quæ ipso iure competit, non quæ danda est à Prætore. At in rem actio illa quæ superficiario accommodatur, non directa est sed vtilis, nec ciuilis sed prætoria *dict. l. 1. D de superfic. d. l. in speciali 73. cum duab. seqq. D de rei vindic.* ob idque nimirom non competere dicitur sed dari *d. l. 1 §. quod ait prætor d l. tutor 16 §. vlt. de pign. act. l Prætor 75. D. de rei vind.* Ideò scilicet quòd nunquam patitur ius ciuile vt ex contractu temporali dominium rei aut immutetur, aut afficiatur, adeóque nec vt res in bonis cuiusquam fiat, sed causam perpetuam requirit, *l. 1.* vbi Cuiac. notat iunct. *l quamuis 75. ff. de iur dot.* Nec rursus vt dominium superficiei separetur à domino soli *l. nunquam 26. ff. de vsucap.* Cur autem minùs frequenter detur superficies in perpetuam locationem quàm fundus vectigalis, ratio si quis eam quærat illa videtur afferri posse, quod ferè inutile solum esset abscedente semper vtilitate superficiei, quomodo solemus respondere cùm quæritur quare non sit perpetuus vsusfructus ciuitati relictus *l. an vsusfructus 56. ff. de vsufruct. leg. si vsusfructus 8. ff. de vsufr. legat.* Cùm tamen superficies necessariò soli causam & dominium sequatur non minùs naturali quàm ciuili ratione *l. 2. D de superfic.* Item quia contractus ille propemodum emphyteuticus esset non superficiarius, si quis priuatus solum suum alteri in perpetuum fruendum locaret; quemadmodum esset fundus vectigalis, si qua ciuitas vel respublica contractum talem iniret, nec enim differunt penè in alio fundus vectigalis & fundus emphyteuticarius, quàm quòd ille publicus est *d. l. eotem §. 1. & d. l. si ager vectig.* hic verò priuatus, siue sit priuati hominis, siue fisci *d l 1. C. de fund. patrim. libr. 11.* Neque verò tam facilè reperiebantur olim ex priuatis hominibus, qui vellent fundos suos in perpetuum locare, quousque Zeno contractum istum emphyteuticum induxit, certáque forma donatum voluit, ne quærendum esset vt antea quærebatur inter Iurecosultos, an locatio

illa dicenda esset, an venditio, an etiam societas *§. adeò Inst. de locat.* Cuius quæstionis effectus ille erat necessarius, vt qui talem contractum venditionem esse defendebant, non dubitarent quin ex eo contractu dominium etiam quiritarium sicut ex alia venditione qualibet quam vetus dominus fecisset, in accipientem transferretur, ideóque directam habere ipse deberet rei vindicationem, qui verò contendebant esse locationem tantùm, illi actionem in rem nullam accipienti accommodarent, sed tantum personalem ex conducto aduersus locatorem, exemplo eius iuris quod in locata superficie ante prætoris edictum De superficiebus obtinuisse testatur Vlpianus *in d. l. 1. §. 1. ff. de superfic.* Cur enim contrahentes tam facilè genus illud contractus elegissent, cuius natura vel tum adhuc nulla erat, vel quænam esset ignorabatur: idque satis apertè Paulus docet *in d. l. 1. si ager vectig.* cùm ait, Vectigales fundos eos dici qui in perpetuū locantur, non vectigales autem eos qui à ciuitatibus dantur ita colendi, vt priuatim agros nostros colendos, inquit, dare solemus. Quibus enim apertioribus verbis potuisset exprimere, vix priuatum quemquam esse qui fundos suos in perpetuum det colendos. Vnde est vt ex tot prudentum reliquiis quæ in Pandectis extant, nullus supersit locus qui de iure emphyteutico, contractúque isto emphyteuticario loquatur, sed omnes sint vel de vectigalibus fundis, vel de superficianis, nisi quod Tribonianus respiciens ad Zenonis & posteriorum Imperatorum constitutiones addidit de suo, vt arbitror *in d. l. cùm sponsus 12. §. in vectigalibus ff. de Publician. in rem act.* verba illa *& aliis* credo vt bona emphyteuticaria comprehenderet, & accepit pro synonimis Agrum vectigalem & emphyteuticarium *in Tit. ff. si ager. vectig.* id est, inquit, emphyteuticarius petatur. Vt à nobis iam obseruatum est *lib. 10. Const. capit. 11.* vbi multa scripsimus satis noua nec inelegantia de distinctione dominiorum bonitarij & Quiritiarij, itémque directi & vtilis, ac longè aliter quàm à cæteris interpretibus tractentur. Sed illud tamen malè, vt nobis nunc videtur, quod differentiam quam modò inter fundum vectigalem & superficiarium constituimus, nullam tunc agnoscebamus, Quasi non minùs vtilis sit actio in rem quæ fundi vectigalis conductori datur, quàm quæ superficiario. Denique quasi vtraque sit prætoria, neutra ciuilis. Quod ne verum esse putem, mouet me illud primùm quod iam diximus à Paulo ita scriptū fuisse *in d. l. 1. §. 1. si ager vectig. placuit competere eis in rem actionem*: quæ verba si non probant necessariò esse illam actionem directam (nec enim nouum est vt vtilis actio aliqua sit, quæ tamen sit etiam ciuilis, fortè inducta authoritate prudentum ex sola æquitate cùm strictis iuris ratio deficeret, vt in *l. 2. §. item Varus vers. quanquam in fin. D. de aqua & aquæ pluu. arcend.* & in plerisque actionibus in factum de quibus in *tit. de præscr. verb.* licèt non quemadmodum actiones omnes in factum sunt subsidiariæ, siue ciuiles sint, siue prætoriæ, ita etiā vtiles omnes dici possint.) Probant tamen optimè non esse prætoriam sed ciuilem. Neque enim vtiles actiones prætoriæ competere vnquam dicuntur sed dari, vt iam diximus. Directæ quidem prætoriæ possunt dici competere, scilicet ex edicto prætoris & ex ipsis verbis edicti, postquam Prætor edixit se actionem ex ea causa daturum vt cernere est in Publiciana, *l. 2. 3. 6. 9. 12. §. 2. l. 15. & pass. D. de publici. in rem act.* sed vtiles prætoriæ non item. Nec rursus de directa prætoria quæ competeret ex edicto ita vnquam loquerentur Iureconsulti vt dicerent, *placuit competere actionem.* Quid enim attineret quærere an placuisset prudentibus id ius quod Prætor edicto constituisset? Siquidem non à prudentum authoritate ius illud potestatem accipit, sed à magistratuum honore ac dignitate, vnde & prætorium & honorarium appellatur. Et hæc secunda ratio est quæ me mouet, vt actionem hanc quæ pro vectigali fundo in rem competit, non putem dici posse prætoriam: quia nullum Prætoris edictum est quo huiusmodi actio vel deferatur vel promittatur: quæ tamen omnium minimè prætermittenda erat, si nullo iure ciuili competiisset, cùm vectigalium fundorum ius in Romana republica & frequentissimum fuerit, & antiquissimum vt ex plerisque Marci Tullij & Titi Liuij locis constat. Puto quòd ad reipublicæ vtilitatem pertinere maximè crederetur, vt essent qui fundos publicos conducere in perpetuum vellent præstito annuo salario, quod reipublicæ perpetui lucri loco esset, ac in memoriam rerum aliquando pro republica bene ac feliciter gestarum. Quis verò ea lege voluisset accedere ad perpetuam fundorum publicorum conductionem si ius ita fuisset, vt eos fundos non magis in bonis, quàm in dominio suo conductores haberent, nullámque pro iis actionem in rem exercere possent? Etsi enim subnixi erant ciuili actione in personam ex contractu locationis, quomodo de superficiario scribit Vlpian. *in l. 1 §. 1. de superfic.* Nemo tamen dubitat quin iis longè fuerit vtilius futurum, si possiderent ob eámque causam in rem agerent, quàm si in personam experirentur. Qua etiam ratione Vlpianus motum ait fuisse prætorem *in d. §. 1.* vt & interdictum proponeret & quasi in rem actionem superficiario polliceretur. Et verò si qua vlla alia prætorij edicti parte dedisset prætor actionem pro vectigali fundo, dedisset vtique eo ipso edicto quo actionem in rem De superficie pollicitus est, aut saltem quam edicto illo dedit actionem superficiario dixisset dare se ad exemplum illius quam de vectigali fundo anteà dedisset. At neutrum horum factum est, quia nihil commune aut simile habent hæ actiones, quarum scilicet vna ciuilis est, altera prætoria. Nec est improbabile, habituram fuisse actionem De fundo vectigali nomen aliquod proprium à Prætore si quis fuisset, qui eam induxisset, quomodo habent, Publiciana, Seruiana Pauliana, & aliæ pleræque licèt actio De superficie nullum habeat. Ideóque Papinianus noster de hac tractans actione & similiter Publiciana ac Seruiana in *l. si cùm venditor 66. in princip. D. de euict.* simpliciter ita scribit: *vel ea actione qua de fundo vectigali proposita est*, scilicet à prudentibus quorum primum ac præcipuum munus illud fuit vt actiones componerent, quæ postea & propositæ fuerunt, & euulgatæ, *l. 2. §. deinde ex his legibus & seq. de orig. iur.* Ac sanè nihil causæ erat cur ciuilis legislator tam diligens esset in danda actione in rem pro superficie, quàm fuit in proponenda actione De vectigali fundo: Hæc enim in publicam vtilitatem pertinebat vt diximus, hæc verò De superficie non nisi ad priuatam eorum qui solū alienum ad certum tēpus, aut emissent, aut conduxissent. Qua de causa nec Prętores ipsi nisi posteriores prouiderunt superficiario data ei vtili in rem actione, quod aptissimè Paulus exprimit *in d. l. tutor 16. §. vlt. De pignor. act.* cùm postquam dixit etiam vectigale prædium pignori dari posse, subiungit: Sed & superficiarium posse, *quia*, inquit, *hodie vtiles actiones superficiariis dantur.* Vt intelligamus aliquod fuisse tempus quo nullam in rem actionem habebat superficiarius, quamuis iam tùm nemo dubitaret, quin de vectigali fundo agere in rem liceret. Atque ideo maiorem fuisse rationem dubitandi in prædio superficiario quominus pignori dari posse videretur, quàm

... in vectigali, quod constat etiam ex *l. grege* 13. ... *superficiarius D. de pign.* & ex *l. etiam superficie* 15 *D. qui potior in pignor. hab.* quibus in locis non nisi de superficiei pignore agitur, tanquam de ... quæ sit nullius dubitationis. Nam nec absolutè ac simpliciter verum est, hodie vtiles actiones superficiario dari, sed tantum causa cognita *d. l. prætor* 75. *cum duab. præced. D. de rei vindic.* id est ita demum si non ad modicum tempus conducta superficies proponatur. In hoc enim duntaxat causæ cognitio vertitur, vt si quis ad tempus superficiem conduxerit, in rem actio ei denegetur. Quemadmodum Vlp. explicat *in d. l. 1. § quod ait Prætor De superfic.*

ERROR X.

Si à superficiario qui ad modicum tempus conduxerat, pignus constitutum sit, aut a vectigalis fundi possessore ad tempus rem habente.

QVa etiam ratione, puto non improbabiliter defendi posse, non alij superficiario permittendum esse vt superficiem det pignoris, quam ei qui superficiem non ad modicum tempus conduxerit, atque ita intelligendū esse quod generaliter & indistinctè scriptum est *in d. §. & in superficiarius & in d. l. etiam superficies.* Cùm non alia ratio sit propter quam valere debeat huiusmodi pignus licet à non domino contra iuris regulam constitutum, quam quod hodie superficiario quoque vtiles actiones dentur, tanquam habenti superficiem in bonis iure suo, & ex ipso contractu; & in eo plus iuris quàm habeat bonæ fidei emptor, qui non ideò habet Publicianam quod rem emerit, eamque in bonis suis per emptionem habere cœperit, sed quia perinde habeatur à Prætore ac si eam rem iam vsucepisset, quamuis nondum vsuceperit, *§. namque Inst. de act.* Cæterum quemadmodum si ab eo, qui Publiciana vti potuit, quia dominium non habuit, pignori acceperim, non aliter tuetur me per Seruianam Prætor, quam quomodo debitorem ipsum per Publicianam tueretur *l. si ab eo* 18. *D. de pig.* Ita nec existimandum est alio vllo casu posse defendi pignus in superficie constitutum à superficiario, quàm quòd Prætor daturus sit actionem in rem superficiario, ne alioqui eueniat, vt ex contractu inito cum superficiario acquiratur creditori ius agendi in rem, quod superficiarius ipse non habeat. Quæ tamen distinctio non cadit in fundi vectigalis oppignerationem. Generaliter enim & indistinctè verum est, Vectigale prædium pignori dari posse, non adhibita distinctione illa, vtrum in perpetuum aut ad tempus nec rursum an in longum tempus sit locatum an in modicum. Quia nec distinctioni huic locus est cum quæritur, An de vectigali fundo in rem actio competat conductori sed generaliter & indistinctè placuit competere in rem actionem ex hac causa non solùm aduersus quemuis possessorem, sed & aduersus ipsos municipes, nec tantùm, si in perpetuum fruendum fundum conduxerint à municipibus, sed etiam si ad tempus habuerint conductum, dum ne tempus conductionis finitum sit *l. vlt. D. si ager vectig.* vbi quod vulgò notant, ita esse accipienda verba illa *ad tempus* vt tamen modicum tempus excludatur *ex d. l. 1 §. quod ait de superfic.* neque legem habet neque rationem, nisi ducto male argumento à superficiario fundo ad vectigalem. Nam cùm vectigales fundi non dentur nisi ob publicam vtilitatem, & quatenus publica vtilitas exigit, non debuit alia deteriórque esse conditio fundorum reipublicæ qui ad modicum tempus conducti essent, quia nec id vnquam fiebat nisi ex vtilitate ciuitatis & reipublicæ, cùm vel vtilius videbatur, vel aliter, id est in perpetuum fieri conductio non poterat. Itaque quod Paulus scribit *in d. l. 1. D. si ager. vectig.* non ita est accipiendum, quasi non vectigales fundi sint omnes illi qui non in perpetuum locantur, sed ita potiùs, vt vectigales sint qui locantur ea lege, vt quandiu pro his vectigal pendatur, tandiu neque ipsis qui conduxerint, neque his qui in locum eorum successerint auferri eos liceat (sic enim apud Paulum legendum est) Non vectigales verò illi qui ita colendi dantur vt priuatim agros nostros colendos dare solemus, id est non ea lege sed certa mercede quæ non vectigalis & tributi loco sit, sed fructuum modo respondeat, si colonus sit nummarius, aut ad certam partem fructuum si colonus sit partiarius. Altero enim ex his duobus modis priuati omnes locare agros solent, non etiam ita vt quandiu pensio soluetur, non liceat locatori rem suam auferre conductori. Cæterùm siue in perpetuum, siue ad tempus agri ciuitatis locati sint sub lege pendendi vectigalia & tributi, atque ita ne interim expelli conductor possit erunt haud dubiè vectigales siue in perpetuum locati sint, siue ad tempus, vt constat ex coniunctione *d. l. 1. cum l. vlt. eod.* Quanquam frequentius erat, vt in perpetuum locarentur, Rarius verò vt ad tempus, nec aliter vt puto, quàm cùm non reperiebātur, qui conducere in perpetuum vellent. Est igitur necessariò duplex admittenda hæc differentia inter vectigalem fundum, & superficiarium, quòd pro vectigali fundo datur in rem actio etiamsi ad tempus modicum facta conductio sit, & consequenter valet omnimodo, & omni casu fundi vectigalis oppigneratio, etiam citra tuitionem prætoris, at pro fundo superficiario nec datur in rem actio nisi causa cognita, id est nisi ad non modicum tempus facta locatio sit, nec proinde valet oppigneratio superficiei nisi eo demum casu quo debitor qui eam dat pignori cōductor sit ad longum tempus, quo etiam casu non ipso iure valet oppigneratio, sed tuitione tantùm prætoris, vt de seruitutibus à superficiario constitutis scriptum est *in d. l. 1. §. vlt. de superfic.*

ANTONII FABRI I.C.

Decas Sexagesimaquarta.

ERROR PRIMVS.

De Publiciana quæ pro fundis vectigalibus & superficiariis competit.

EXPLICANDVM illud superest, quod superiore Decade obiecimus ex *l. cum sponsus 12. §. in vectigalibus, D. de publician. in rem actio.* Paulus scribit in vectigalibus, & in aliis prædiis, quæ vsucapi non possunt, Publicianam competere si fortè bona fide mihi tradita sunt, idémque esse superficiariam insulam à non domino bona fide emero. Difficile siquidem videtur intelligere cur prædiorum vectigalium, & superficiariorum facilius recepta sit oppignoratio, quàm prædij bona fide empti cuius nomine Publiciana competit, cùm è contrario difficilius sit vt pro fundis vectigalibus & superficiariis detur publiciana quàm pro cæteris. Difficilius enim dari Publicianam pro fundis vectigalibus & superficiariis, ex eo apparet quod vsucapi nullo modo possunt Obstante scilicet mala fide, & scientia rei alienæ cùm is qui fundum vectigalem aut superficiarium conducit, alienum esse sciat, non minus quàm qui accipit pignori, de quo *in l. pignori 13. D. de vsucap.* etsi in superficiario prædio alia specialior ratio est, nempe, quia superficies sine solo capi longo tempore nunquam potest, *l. nunquam 26. D. de vsucap.* Ita vt si qua ratione vsucapi solùm non possit, nec superficies vsucapiatur, *l. si solum 39. eod.* Porrò non datur alio colore Publiciana, quàm quasi iam vsucapta sit ea res de qua agitur *§. namque, Inst. de action.* Indéque nimirum est quòd ea actio in his rebus quæ vsucapi non possunt, puta in furtiuis, aut in seruo fugitiuo locum non habet, *l. sine autem 9. §. hæc actio, C de Publician. in rem act.* Cur non ergo facilius permittitur oppignoratio rei bona fide emptæ, quàm fundi vectigalis aut superficiarij? Sed facilis responsio est eius demum fundi vectigalis aut superficiarij oppignerationem ipso iure valere, quem dominus ipse locauerit, conductor verò oppignerauerit, non enim vt fundus re vera vectigalis sit, aut superficiarius, sufficit conductum eum esse siue in perpetuum, siue ad tempus aut longum aut modicum, sed illud primum ac maximè requiritur, vt dominus verè fuerit ille qui locauit, alioqui certum est, ab eo qui dominus ipse non sit, fundum vectigalem aut superficiarium fieri nullo modo posse, quamuis nihil vetet alienam quoque rem à non domino locari perinde ac vendi. Plus enim est dicere fundum vectigalem, aut superficiarium quam conductum, quia non quemadmodum quisquis vectigalis & superficiarius idem & conductus est, ita possit quis è contrario dicere vectigalem aut superficiarium esse fundum omnem, qui conductus sit, siquidem vectigalem, aut superficiarium fundum esse, reale aliquid est, & ex le[ge] quod afficit rem ipsam facitque vt talis denominetur, cum sit ius prædij, *l. quid aliud 86. de verb. signific.* Ac proinde dominum esse necesse est eum qui rem velit afficere. Nam & inde est quod nexum prædiorum, non alia persona facit, quàm quæ potuit iure obligare, inquit *l. vlt. C. si alien. res pignor. dat. sit.* cui consequens est, vt si quis fundum à domino conduxerit in vectigalem aut superficiarium, non indigeat Publiciana ad rem vindicandam, cum suo nomine habeat in rem actionem, & quidem ciuilem de fundo vectigali, Prætoriam verò de superficiario, vt ostendimus capite præcedente, scilicet quia causam habet à verò domino, qui ius in re constituere potuit: contrà verò, is qui emit à non domino, sicuti ius nullum in se habet ita neque actionem aliam habere potest quàm Publicianam ad auocandam possessionem, si quo casu eam amiserit. At cùm Paulus noster scribit *in d. l. cum sponsus 12. §. in vectigalibus ff. de Publician. in rem action.* In vectigalibus & aliis prædiis quæ vsucapi non possunt, Publicianam competere, de iis prædiis intelligit quæ sint quidem verè vectigalia, sed quæ empta sint non tanquam vectigalia, sed tanquam propria venditoris, id est, tanquam à domino, cùm tamen reuera dominus non fuerit is qui vendidit, sed vel ipse qui vectigalem fundum à ciuitatis administratore conduxerat, vel alius. Ideóque bene addit Paulus, *si forte bona fide mihi tradita sint*, id est, si ea emerim & per traditionem acceperim bona fide, existimans per errorem, esse illa propria mei venditoris, ac ignorans esse vectigalia. Si enim scirem esse vectigalia, hoc ipso essem in mala fide, quia scirem esse aliena, & consequenter non tantum vsucapio impediretur, quæ omnimodo & omni casu impeditur ne possessio & negligentia conductoris noceat ciuitati, cui nihil penitus imputari potest, sed etiam Publiciana, quæ non potest competere bona fide, & quidem non duobus temporibus interuenerit, contractus, & traditionis, *l. sed et si 7. alias, l. eum qui, §. vt igitur, & seq. eod. tit.* Sed cùm puto prædia esse mei venditoris, licet reuera sint vectigalia, vsucapio quidem impeditur, quia prædiorum ipsorum non vitium, sed qualitas impedit ne vsucapi possint, licèt à bonæ fidei emptore possideantur, nisi si quando ipsorum municipum factum & negligentia causam det vsucapioni, quemadmodum in specie *l. si finita 15. §. si de vectigalibus, D. de damn. infecto* one De cuius sententia & ratione aduersus omnium Interpretum nostrorum sententia scripsimus *lib. 12. Coniecturarum cap. 11.* At Publiciana tamen haud dubiè competit, perinde ac si vectigalia prædia non essent, quoniam omnia hic concurrunt quæ ad inducendam Publicianam sunt necessaria, nisi quòd cùm non soleat dari alio colore, vt diximus, quàm quasi res iam sit vsucapta, non videbatur posse aptari ad ea præ[d]ia quæ quia reuera sunt vectigalia, vsucapi nullomodo possunt. Et hoc nimirum vnum illud est, propter quod necesse fuit, monere Paulum in his quoque prædiis vectigalibus, superficiariis & aliis huiusmodi si quæ sunt similia, Publicianam locum habere, cum iuris communis regula resistere videretur. Ratio autem iuris huius, non alia quærenda est, quàm quæ à nobis supradicto Coniecturarum loco allata fuit, quòd neque ipsius prædij, neque personæ possidentis vitio & odio fiat ne vsucapi possint,

neo

nec cursus ob aliquam legis prohibitionem, quæ nulla certe est de fūdo siue vectigali, siue superficiario alienando, sed solo fauore ciuitatis, cuius interest quàm maximè fundos vectigales habere, & quam tamen periclitari non oportet ex facto & negligentia conductoris, si fortè is vectigalem fundum dolo malo vendiderit, aut per nimis latam supinámque negligentiam ab alio possideri passus sit, non intermissa tamen annui vectigalis solutione, quantumuis bonam fidem habuerit possessor. Addo *non intermissa annui vectigalis solutione*, quia si poneres fuisse municipes negligentes in vectigale exigendo, iam posset iis imputari propria negligentia, quæ proinde vsucapioni locum faceret, quandoquidem tolleret fauorem illum cuius solius ratione ita receptum esse diximus vt fundi vectigales vsucapi non possint: Nec enim absolutè vera est propositio si quis dicat, Fundos vectigales vsucapi non posse, sed ita demum si addat conditionem *municipibus imputari nihil posse* vt constat ex *d. §. si de vectigalibus in fin.* Imputari porrò iis eo demum casu nihil potest quo non fuerit negligentes ad ea omnia facienda, quæ iuris sui conseruandi gratia facere debuerint, inter quæ præcipuum illud est, vt non cessent exigere vectigalis annui solutionem, quia vectigalium fundorum perpetua illa lex & conditio est, vt quandiu pro iis vectigal pendatur, tamdiu neque his qui conduxerint, neque iis qui in locum eorum successerint, auferri res iure possit, *d. l. 1. ff. si ager. vectig.* Vnde fit, quod ad rem nostram maximè pertinet, vt qui emit à vectigalis fundi conductore perinde tutus sit aduersus municipes ipsos siue agere velit, siue excipere, adeóque licèt fundum vectigalem esse scioerit, atque si ipse fundum vectigalem conduxisset, quia conductoris loco est, quod sufficit vt de vectigali fundo agere possit, *d. §. si de vectigalibus*, dummodò non cessetur in canonis annui solutione, siue pendatur vectigal ab eo qui ipsi qui conduxit, siue ab eo qui iu locum eius successerit, *l. lex vectigali fundo 31. ff. de pign.* In quo plus iuris habet vectigalis fundi conductor, quàm emphyteuta, qui à priuato fundum in emphyteusim accepit. Hic enim non potest rem alienare irrequisito domino, alioqui cadit res in commissum, *l. vlt. Cod. de iur. emphyt.* Solus ille qui emphyteusim à fisco accepit, ius habet transferendæ illius in extraneum pro arbitrio etiam per donationem, irrequisito non solùm fisco, sed etiam iudice, dummodò suis quibusque temporibus ea quæ fisco præstanda sunt, repræsentet, idque ex noua Constantini Imperat Constitutione quæ extat *in l. C. si de fund. patri. C. solutue* *l. 11. tit. 61.* Ideò fortasse, quòd in aliis plerisque eadem soleat esse causa fisci, & Reipublicæ, aut ciuitatis, vt in *l. bonis vendstis 38. ff. de reb. author. ind. possid.* aliàs *l. pen. de priuil. cred. l. si pign. 8 ff. qui potior. in pign. hab. l. 3. C. de remiss. pign.* propiúsque accedit ius fisci ad ius ciuitatis, cùm vtrumque sit publicum, quàm ad ius priuati. Ex quo apparet, vt hoc quoque obiter moneamus, quàm errent grauiter, qui fundum vectigalem, & emphyteuticarium pro eodem accipiunt, quomodo accepit ea pro synonimis siue Tribonianus, siue Interpres alius quisquis fuit qui Titulum Pandectarum sic concepit, *Si ager vectig. id est embyt. pet.* Cùm ea saltem differentia, quam modo diximus, agnoscenda sit inter contractuum genera, quæ porro differentia quanti momenti sit nemo videt,

ERROR II.

De priuilegio fundorum vectigalium in causa vsucapionis.

CÆterum quemadmodum nō possunt municipes conductorem fundi vectigalis expellere, adeóque nec eum qui in conductoris locum, iure singulari titulo successerit, dummodò promissum vectigal pendatur, ita statim atque cessante tam conductore quam possessore in solutione vectigalis municipes nihilo magis ius suum exequuntur, incipit esse aliquid quod possit iis imputari, & quod proinde facere debeat, ne vllo fauore digni sint propter quem impediri debeat vsucapio. Nec est quod quis dicat secundum hanc sententiam fieri vt parum aut nihil priuilegij habeant ciuitates pro fundis vectigalibus, si non aliter eorum vsucapio impeditur, quàm eo demùm casu quo vectigal ab aliquo pendatur, cùm nulla possit iis imputari negligentia, quandiu vectigal exigunt, non soleat autem vsucapio nocere nisi negligentibus aduersus quos solos comparata est. Nam imò verò priuilegium in eo maximum elucet, quod in priuatorum fundorum conductionibus longè aliter obseruatur. nam si cùm haberem vsumfructum fundi Corneliani, eum fundum proprietarius à me conduxerit, posteà vendiderit Seio non deducto vsufructu, placuit Prudentibus non posse me vsufructum per emptorem retinere, sed eum amittere non vtendo, licèt proprietarius mihi pensionem quotannis soluerit inquit Vlpianus ex Pomponij sententia, *in l. Pomponius 29 ff. quib. mod vsusfr. amitt.* vbi subiicit rationem perelegantem, sed quam ex Pragmaticis nostris pauci & inquirerent & probarent si non ab Vlpiano expressa esset, *quia*, inquit: *non meo nomine, sed, eo fruitus est emptor.* Qua etiam ratione subiungit ibidem Vlpianus, si à me fructuario conductum vsumfructum quis alij locauerit, retineri quidem vsumfructum, quia scilicet secundus conductor solet possidere eius nomine cuius & primus, sed si proprietarius idémque conductor eum locasset alij suo nomine dicendum esse vsumfructum perinde amitti: Non enim meo nomine fruitur colonus, sed eius à quo conduxit, qui putrò non meo, sed suo nomine locauit. Sed etsi, inquit, vsumfructum à me emptum proprietarius vendidisset, æquè amitterem vsumfructum, quoniam & hic non vt à me empto, sed vt suo fruitur fundi emptor: Et ratio huius rationis illa est, quia ius vsucapionis non solùm ad puniendam dominorum negligentiam comparata est, sed etiam ac potissimùm fauore boni publici, bonæque fidei possessoris, *l. 1. D. de vsucap.* Secundum quam rationem dicendum esset. Etiam vectigalis prædij permittendam esse vsucapionem, aut saltem longi temporis possessionē, tametsi annuum vectigal sua quaque die solutum probaretur, nisi ciuitatum fauor etiam publicus contrarium ius extorsisset, vt non priùs possent fundi vectigales vsucapi, quàm aliqua municipibus negligentia imputari posset, nec tam possessoris titulus & bona fides, quàm municipum culpa & socordia inspiceretur, quod in cæteris diuersum est. At quoniam ius illud non tam aliquo possessoris odio, quàm solo ciuitatum fauore inductum fuit, mirum non est dari Publicianam bonæ fidei emptori etiam pro vectigali fundo, quamuis vsucapere illum non possit, quoniam Publiciana non contra dominum exercetur vt vsucapio, sed contra extraneum possessorem qui siue bonam, siue malam fidem habeat, nullo certè fauore dignus videri

viderit potest contra eum, qui prior bonæ fidei possessor fuit, quemque nihil impediret vsucapere si fauor ciuitatis non prohiberet.

ERROR III.

De ratione quæ impedit vsucapionem fundi superficiarij, & de Publiciana quæ eius nomine datur.

SVperficiarij prædij hac quoque parte ratio alia est: Eius enim vsucapio impeditur non fauore aliquo illius qui superficiem aut vendidit, aut locauit, vt neque odio vllo bona fide possessoris, sed ratione merè necessaria, quia nunquam superficies sine solo vsucapi, aut longo tempore acquiri potest *d. l. numquam 26. & d. l. si solum 39. ff. de vsucap* siquidem & ciuili & naturali ratione omninò necesse est, vt ad eum semper spectet superficies ad quem & solum *l. 2. D. de superfic.* Qua de causa, difficilius videri poterat, vt pro fundo superficiario Publiciana posset competere, cùm per ipsam rei naturam fiat vt superficiei possessor, quantumuis bonam fidem, & iustum titulum habeat, vsucapere tamen superficiem nunquam possit: sed tamen quia idem fauor est bonæ fidei possessoris hoc casu, qui esset si de vectigali fundo ageretur, nec fauorabilior videri potest qui superficiarium fundum quàm qui vectigalem possidet, non immerito placuit idem iuris in vtroque prædij genere constitui, vt pro vtroque Publiciana detur: ei videlicet qui superficiem emit à non domino, quem dominum esse arbitrabatur: hoc enim semper requiritur ad inducendam Publicianam, vt actor rem acquisiuerit bona fide, id est, ab eo quem putabat esse dominum, & eo animo nactus sit possessionem vt credat se dominum esse, *l. quæcunque 13 §. 1. in fin. D. de Public. in rem act.* Quod cùm ita sit, non potest meo iudicio defendi quod Accursius voluit Dari Publicianam non ei tantum qui superficiem emerit, vel conduxerit ab illo quem dominum esse credebat, sed ei quoque qui emerit vel conduxerit ab illo quem superficiarium esse arbitrabatur cùm non esset. Nec enim fieri posset vt se dominum crederet is, qui ab eo acquireret quem superficiarium esse putaret, cum nemo nesciat superficiarium non modò non esse dominum, sed nec fieri vnquam posse quandiu superficiarius manet. Ergo nec fieri potest vt Publicianam habeat emptor qui tanquam à superficiario comparauit, non tam quòd superficiem vsucapere nunquam possit, quàm quòd ipsius vicio & mala fide accidat vt vsucapere possit, Rem scilicet quam scit esse alienam, hoc ipso quòd credit esse superficiarium. Quo exemplo, nec illud quoque possum admittere, vt Publicianam habere is debeat, qui fundum emit tanquam vectigalem, id est, ab eo quem vectigalis fundi conductorem esse existimabat Nam & hic perinde in mala fide est, qui rem non tantùm alienam emit & à non domino (alioqui de Publiciana tractandum non esset sed etiam quasi alienam, & consequenter non eo animo, vt se dominum possit credere, nisi supina plane stultaque iuris imperitia lapsus. Quid ergo? Is demum agere Publiciana potest de fundo vectigali aut superficiario, qui à non domino quidem, id est, à vectigalis fundi conductore aut à superficario, aut etiam ab alio si voles prædium comparauerit quod re vera vectigale fuit, aut superficiarium, sed non tanquam vectigale aut superficiarium, quod citra malam fidem fieri non posset At bona fide, id est tanquam prædium quod ad venditorem iure dominij pertineret. Nam si quis emerit fundum vectigalem tanquam vectigalem, id est, ab eo ipso quem sciebat esse conductorem sicuti Publicianam habere non potest, obstante ei sua mala fide, vt diximus, ita neque Publiciana indiget, cùm habeat suo iure, & mero iure actionem in rem quæ de fundo vectigali proposita, est non minùs quàm si ille vel à ciuitate conduxisset, Siquidem hac parte nihil omnino interest an fundum quis à ciuitate conduxerit, an verò in conductoris locum successerit *d. l. 1 ff. si ager. vectig. d. l. lex vectigali 31. D. de pign. d. l. si finita 15. §. si de vectigalibus. D. de damn. infect.* Quòd si quis fundum tanquam vectigalem emerit ab eo qui neque administrator ciuitatis, neque conductor erat, nullam is actionem habere potest, neque Publicianam propter malam fidem, neque actionem de vectigali fundo, quia verum est, vectigalem fundum non esse: Absurdum autem sit dicere actionem quæ non nisi de fundo vectigali proposita est, etiam pro non vectigali vel competere vel dari: nec aliud tamen erit, tametsi reuera vectigalis fundus fuerit, sed ab eo venditus qui neque conductor ipse fuerit, neque à conductore causam habuerit. Vt enim actio de fundo vectigali competat, non sufficit vectigalem fundum esse, sed præterea necesse est eum qui agere velit, vel conductorem ipsum esse vel saltem a conductore causam aut mediatam aut immediatam habere. Eadémque ratio facit vt neque illi possit aliqua actio competere qui rem alienam emit tanquam superficiariam & tanquam à superficiario, qui tamen superficiarius non erat, siue superficiaria insula fuerit, siue non fuerit. Non enim plus iuris habere potest is qui prædium emit tanquam superficiarium quàm qui tanquam vectigale, siue de Publiciana tractetur, siue de propria actione quæ de vectigali fundo proposita est iure ciuili, aut de superficie à prætore promissa. Nam & hæc quæ de superficie datur, in eo minus iuris habet quàm illa quæ de fundo vectigali competit, quòd illa non tantùm competit & quidem iure ciuili, hæc verò datur tantum nec nisi iure prætorio, sed etiam ita competit illa vt proposita sit hoc est omnibus agere volentibus exposita dummodo ea concurrant, quæ proximè diximus. Hæc verò de superficie non tam proponitur quàm promittitur, nec tam datur ex edicto prætoris mortui, vt nostri loquuntur, quàm decernitur à prętore viuo quia non nisi causa cognita datur *d. l. 1. in princip. & §. quod ait prætor D. de superfic.*

ERROR IV.

De sententia & emendatione l. 1. §. quia autem ff. de superfic.

QVando de superficie tam multa dicere cœpimus, postulat instituti nostri ratio, vt ne quid prætermittatus eorum omnium, quæ *ad Tit. De superfic.* pertinent, si quid sit, quod interpretatione & emendatione nostra indigere videatur. Nihil autem in toto eo titulo tam difficile est, quam quod scriptum legimus *in l. 1. §. quia autem*, his verbis. *Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari & quasi vsumfructum, siue vsum quendam eius esse & constitui posse per vtiles actiones credendum est.* Etsi Bartolus notat non tam esse locum hunc difficilem ob aliquam contrarietatem, quàm quod sit in se intricatus. Ego verò non tam intricatum iudico, quam is verbis apertissimè conceptum, ex quibus elici sensus bonis vix vllus possit: Nam cùm prima illa

illa verba, *Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur*, non alio sensu donari possint, quàm vt actio in rem De superficie detur superficiario, secundùm id quod paulò antea verbis apertissimis idem Vlpianus scripserat in §. *quod ait prætor. eiusd. leg.* Fieri certè nequit vt quod de petitore subiicitur in illis sequentibus, *petitari quoque in superficiem dari*, de superficiario intelligatur, quomodo post Accursium omnes intelligunt, quin illud ipsum quod iam dictũ fuerat, insulse ac sine causa repetatur: Cùm tamen nihil manifestius sit, quàm videre Vlpianum supradictis verbis id agere vt noui aliquid inferat ex præcedentibus. Deinde quid aliud obsecro est dari actionem in rem de superficie, quàm dari actionem superficiario in superficiem ipsam? Nullum ergo aut non nisi ridiculum sensum habere possunt verba illa, *petitari quoque in superficiem dari*. Vt mirum non sit Accursium nostrum in iis explicandis adeò laborare, nec posse extricare se, qui & ad verbum *dari* notat, eius verbi sensum illum esse Superficiario dari vt & habere & facere possit ea omnia quæ in eo §. sequuntur, Habere scilicet quasi vsumfructum siue vsum quendam superficiei, constituere verò alij superficiem & tradere, & legare & donare. Quam in sententiam & interpretationem mouit etiam Accursium vulgata lectio quæ sic habet, *vsum quendam inesse*, pro eo quod in Pand. Florent. multò melius legitur, *vsum quendam eius esse*, aut *vsum quendam esse*, circumclusa lineis dictione *eius*, quam tamen retineri commodius videtur. Locum esse corruptum negari meo iudicio nullo modo potest, nec de hoc dubitassent aut veteres aut recentiores interpretes, si veram emendandi rationem inuenire potuissent: quæ tamen mihi non difficilis valdè videtur. Illud enim duntaxat emendandum est, vt pro *petitori* legamus *pignori*; nec *in superficiem*, sed qui æquè facilis & lubricus error fuit, *& superficiem*, in hunc modum: *Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, pignori quoque & superficiem dari, & quasi vsumfructum siue vsum quendam eius esse & constitui posse per vtiles actiones credendum est.* Qua lectione & emendatione admissa mirum est quàm bellè omnia conueniant. Iam dixerat Vlpianus, Prætorem eo edicto non tantùm interdictum polliceri superficiario, sed etiam actionem in rem de superficie quamuis non nisi causa cognita, id est, ita demum si vel in perpetuum, vel saltem ad non modicum tempus superficiem quis conduxerit *d. §. quod ait prætor*. Ex eo verò nunc multa infert: Illud imprimis vt pignori quoque superficies dari possit. Bona enim collectio est, nec dissimilis ei qua Paulus vtitur *in l. tutor 16. § vlt. D. de pignor. act.* vbi ait, non solum vectigale prædium pignori dari posse sed etiam superficiarium, quia hodie, inquit, vtiles actiones superficiariis dantur. Idem verò Vlpianus noster *in l. in prouinciali 3. §. penult. D. de oper. noui nunciat.* tractans quæstionem illam, Vtrum superficiarius possit opus nouum vicino nunciare, posteaquàm dubitandi rationem eam attulit, quod quasi inquilinus esse videatur, ac proinde nunciandi ius non habere, quod nec fructuarius habet suo nomine, tametsi plus iuris habeat quàm inquilinus, *l. 1. §. vlt. ead. tit.* Concludit tamen & seruitutum causa actionem ei dari debere, & operis noui nunciationem concedi, ob hanc ipsam rationem quòd Prætor ei det vtilem in rem actionem. Fuit autem addenda copula, *& in d. §. quia autem*, elegantiæ & connexitatis causa cùm in proximè sequentibus sæpius esset repetita. Sequitur enim *& quasi vsumfructum siue vsum quendam eius esse & constitui posse*, Et paulò post *sed & tradi posse intelligendum est*, *vt & legari & donari possit*, nisi quis malit scripsisse Vlpianum *im* per *im* pro *eam* vetere loquendi & scribendi modo, quod tamen minus probabile mihi videtur, cùm ea loquendi scribendique ratio Vlpiani temporibus iam exoleuisset, in cuius responsis cæteris nihil tale legimus, vt nec apud cæteros prudentes, quibus nihil familiarius est quàm vt terso & vsitato sermone vtantur, non ignorantes Tuberoni malè cessisse, quod sermone antiquo vsus scribere affectasset, propter quod minùs grati eius libri habebantur, quos complures reliquerat de vtroque iure tam publico quàm priuato, vt Pomponius refert *in l. 2. §. post hos quoque Tubero 46. de orig. iur.*

ERROR V.

De quasi vsufructu per superficiarium constituto, & de traditione ab eo facta vel donatione vel legato.

SEd quid illud est quod subiungit Vlpian. *ind. §. quia autem & quasi vsumfructum siue vsum quendam eius esse?* An quod vult Accursius, superficiarium habere quasi vsumfructum vel quasi vsum quendam eius prædij in quo habet superficiem? Ita videri fortasse possit, vel ob hoc ipsum quod modò diximus, Etiam superficiarium prædium pignori dari posse: Nam & fructus rei est pignori dare licere, *l. vlt. D. de vsur.* Sed non puto hunc Vlpiani sensum esse? Nec enim de fructu loquitur, sed de vsufructu, cuius longè alia significatio est, *l. vacca emptor 43. D. de euict. l. si vsusfructus 66. D. de iur. dot.* Dicendum igitur est nihil aliud his verbis Vlpianum sibi velle nisi vt superficiarius quemadmodum superficiem pignori dare potest, ita & quasi vsumfructum siue vsum quendam in ea constituere possit. Vna enim duntaxat periodus & constructio est ad illa vsque verba *credendum est* nec separanda sunt quomodo ab Accursio & aliis vulgo separantur verba, illa *esse, & constitui*, quæ ambo reguntur à sequenti tertio infinitiuo *posse*, Ac si scriptum esset, Posse quasi vsumfructum siue vsum quendam esse in superficie & constitui à superficiario, id est posse esse, per constitutionem à superficiario factam, Hanc verò constitutionem fieri per vtiles actiones, dandas scilicet à prætore iis omnibus qui à superficiario ius habeant, non minùs quam ipsi superficiario: quomodo dicimus remedio cautionis introductum fuisse Senatusconsulto quasi vsumfructum earum rerum quæ vsu consumuntur *l. 2. & seqq. D. dd. tit. De vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Cur verò ait Vlpianus Posse à superficiario constitui quasi vsumfructum, non autem vsumfructum absolutè, & cur vsum quendam non etiam vsum simpliciter? Quidni enim possit ille verum vsumfructum verúmque vsum constituere in superficie, quam etiam vendere quod longè plus est, & donare potest? Ratio aperta est, quia ius vsusfructus non ab alio constitui potest quàm à vero domino vt nec verus vsus, *l. 6. D. de vsufr.* adeò, vt quod ad multas causas pertinet pars dominij esse vsusfructus intelligatur *l. 4. eo.* Superficiarius autem nullo modo dominus est, & ideò quamuis inuito etiam domino superficiem habere ac retinere possit, non tamen potest cuiquam ius verum constituere alienæ re vtendi fruendi. sed hoc tantum facere vt per modum quasi vsusfructus eodem iure sit superficies penes alium quo futura erat penes superficiarium ipsum. Nam nec aliud præstat si prædium superficiarium, vendat, aut donet, aut leget, nisi vt eodem iure sit superficies penes emptorem aut donatarium, aut legatarium, quo penes superficiarium

ficiarium ipsum. Nam nec aliud præstat si prædium superficiarium vendat, aut donet, aut leget, nisi vt eodem iure sit superficies penes emptorem aut donatarium, aut legatarium, quo penes superficiarium fuisset, vt in l. finita 15. §. si de vectigalibus D. de damn. inf. & l. lex vectigali fundo 31. D. de pignor. l. pe. 69. §. prædium de leg. 2. Idque est quod sequitur apud Vlpianum *ed & tradi posse intelligendum est, vt & legari & donari*. In quo obseruandum est non de venditione aut de cessione, locutum esse Vlpianum, sed de traditione, quia traditionis nomen latius patet, cùm possit fieri traditio ex variis causis, quarum aliæ iustæ sint & legitimæ, aliæ non iustæ & illegitimæ, id est iuri & legibus incognitæ, l. quæcunque 13. §. 1. D. de Public. in rem act. libro nunquam. nuda 71. D. de acquir. rer. domin. l. 3. D. si vsusfr. pet. Facta autem traditionis mentio coëgit Vlpianum addere verba illa *vt & donari & legari*, ad exprimendam elegantem antithesim, ex eo deductam quod neque ad legandum, neque ad donandum necessaria traditio est, Non ad legandum quia rei legatæ dominium citra vllam traditionem transit ipso iure in legatarium, l. 1. in fin. & de public. in rem act. l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. in fin. D. de furt. Non ad donandum, quia & donationes quædam sunt ad exemplum legatorum capiuntur, nec proinde traditionem vllam exigunt, de quibus in l. 2. D. de publician. l. Marcellus 13. l. etsi debitor. 17. l. illud 37. D. de mort. caus. donat. Aliæ vero quæ per stipulationem non per traditionem fiunt, l. Papinianus putabat 23. l. si stipulata 33. iunct. l. 3 §. sciendum D. de donat. int. vir. & vxor. Ex quo intelligimus malè quoque ita scriptum esse apud Vlpianum *vt legari & donari possit*, delendam que dictionem *possit* tanquam ineptitiam & ab imperito aliquo interprete additam qui existimabat non aliter posse perfectum sensum præcedentibus verbis constare: qui tamen retenta ea inepta futurus sit. Quid enim necesse est, Posse tradi superficiem vt & legari & donari possit, cùm neque legatum, neque donatio quæ aut ad instar legati capitur aut sola stipulatione perficitur, vllam exigat traditionem? Imo extra has causas traditio ad alias fere omnes necessaria est, vulg. l. traditionibus 20. C. de pact. Addit Vlpianus *& si duobus sit communis, etiam vtile communi diuidundo iudicium dabitur*. Cur verò vtile non directum? nempe quia iudicium communi diuidundo, sicut & familiæ erciscundæ, & finium regundorum ad proprietatis & dominij, non ad possessionis causã pertinent, l. 1. 2 & pass. D. famil. ercisc. l. 4. & pass. D. commun. diuid. Dominium autem nullum commune habent ij, quibus sola superficies communis est. Habent tamen vtile iudicium Communi diuidundo, inuicem non directum, quomodo haberent pro fundo vectig li, l. communi 7. in princip. D. comm. diuid. (tractat enim initium illius legis de iudicio directo communi diuidundo non de vtili, vsque ad §. ex quibusdam quia non solum aduersus extraneum quemlibet, sed etiam contra dominum ipsum haberent vtilem in rem actionem non directam. Proinde non aliter dandum iis erit vtile hoc iudicium, quam si superficiem vel emerint vel non ad longum tempus conduxerint. Nec enim aliter datetur iis actio vtilis à Prætore d. l. quod ait prætor.

ERROR VI.

De seruitutibus à superficiario constitutis, & ad §. vltim. d. l. 1. D. de superfic.

Sequitur in §. vlt. d. l. 1. Seruitutes quoque prætorio iure constitui à superficiario, & ipsas ad exemplum earum quæ ipso iure constitutæ sunt vtilibus actionibus peti. Eadem prorsus ratione, quia licet non possit valere ipso iure seruitus ab eo constituta qui dominus non est, cum per seruitutem res ipsa afficiatur per quam fit prædium aut dominans aut seruiens l. quid aliud 86. de verb. signific. l. 1. § 1. l. vlt. & pass. ff. commun. præd. siue in solo siue in superficie seruitutes consistant, l. 3. ff. de seruit. l. seruitutes quæ in superficie 20. ff. vrban. præd. adeo vt nec vnus ex dominis communium ædium seruitutem imponere possit, l. 2 ff. de seruit. Cum tamen superficiarium tueatur Prætor data ei vtili in rem actione etiam aduersus dominum, consequens omnino est vt seruitutes quoque, siue ei, siue ab eo constitutas tueatur, datis ei & in eum vtilibus actionibus per quas eiusmodi seruitutes petantur. Nam & alias similitet euenit plerumque, vt seruitutes etiam à domino sic constituantur, vt ipso iure non valeant, & tamen per Prætorem defendantur. Quo casu dicuntur constitui non ipso iure, sed tuitione prætoria, puta si ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione, l. seruitutes 4. D. de seruit. Multo magis dicendum est in ea causa esse illas quæ à non domino constituuntur, de quibus in l. 1. ff quib. mod. vsusfr. quem. caueat. Addit Vlpianus in d. l. 1. de superfic. in fin. *Sed & interdictum de his vtile competit*. Puteft eum superficiarij interesse, aut eius, qui à superficiario ius habet, vt interdicto experiatur potius quam vtili in rem actione, aut exceptione. quia licet vtrumque remedium pertinrat ad possessionem, vel retinendam vel recuperãdam d. l. 1. §. qui superficiem eod commodius tamen est, interdictum proponere, quoniam in interdicto de sola possessione quæritur: In actione vero, aut exceptione illa in rem vtili de iure superficiei constitutæ, quemadmodum in directa vindicatione de dominio ageretur, & in Publiciaoam de quasi dominio. Notari autem volo, quod Vlpian. longè aliter loquitur de actione, aliter de interdicto. *Actio*, inquit, *dabitur*, *At interdictum vtile competet*, Nimirum quia actio non proponitur simpliciter verbis edicti, sed promittitur cum hac adiectione *causa cognita*. Interdictum verò simpliciter & absolutè proponitur, idcóque competit omnimodo, siue ad modieum, siue ad modicum, siue ad non modicum tempus superficies conducta sit. Cætera quæ Vlpianus ponit in d. l. 1. satis explicata sunt in præcedentibus, nec illam habent dubitationem, nisi fortasse illud quod scribit in §. si soli *Si soli possessori superficies euincatur æquissimum esse subueniri ei, vel ex stipulatu de euictione, vel certe ex empto actione*. Habet enim id duplicem interpretationem apud Accursium, quarum prior tamen vt verissima, sic & in dubitata est, intelligendum Vlpianum de eo possessore qui cum solum & superficiem simul emisset, passus possessionis ab eo cui per anteriorem contractum fuerat superficies constituta, superficiem amiserat: De quo dubitari poterat, an aliqua ei actione subueniendum esset, siue ex stipulatu de euictione, siue ex empto: quasi nihil euictum videretur sola superficie euicta, cùm non esset euictum solum. Superficiem verò necesse sit solo cedere, adeò vt & ciuili & naturali iure non ad alium possit pertinere proprietas & dominium superficiei, quàm ad eum cuius est, & solum, l. 2. eod. tit. de superfic. Sed tamen aliud Vlpiani iudicium est, ex æquitate subueniendum esse huic possessori eidémque emptori, tanquam cui pars rei absit, cùm absit ei vtilitas superficiei, quam si velit vindicare quasi dominus soli, futurum sit, vt repellatur per vtilem exceptionem accommodandam superficiario, cui etiamsi non possidrret, actionem in rem daret Prætor aduersus ipsum quoque soli dominum ad possessionem iterum ei aufe-

rendam

tendam E... icta enim res videtur, cùm spes habendi ser... absce ssa est. *l. emillus 55. l. habere lucere 57. ff. de euict.* adeò que ... um aliquid minuitur ex iure quod emptor antè habuit puta fortè non de proprietate, sed de possessione nuda controuersiam quis ei fecerit, vel de vsufructu, vel de vsu, vel de quo alio iure eius quod distractum est, *l. stipulatio ista 38. §. si fortè ff. de verb. obl.* Quid enim soli domino prodest quid multo etiam Prætore, aut potiùs & veriùs, Prætore quoque consentiente habeat dominium superficiei, si non eo magis fieri potest vt superficiem aut retineat, aut persequatur inuito superficiario?

ERROR VII.

De superficiario alium faciente superficiarium.

AT mirum plerisque illud videtur quod tamen Vlpianus aperte sentit *in d. l. 1. §. quia autem ff. de superf.* vt superficiarius alium superficiarium facere possit. Nec immeritò sanè nam cùm causę cognitio quam Prætor adhibet in danda superficiario actione in rem si qua de superficie postuletur in hoc maximè versatur, vt ei demùm dare illam Prætor velit, qui superficiem vel emesit, vel saltem non ad modicum tempus conduxerit, vt scriptum est *in d. l. 1. §. 1. & §. quod ait Prætor*, consequens videtur, vt qui à superficiario emit, nullam de superficie actionem habere possit, cum in hoc minus iuris habeat quàm verus superficiarius, non, vt ille à domino ius habet, sed ab eo quem sciuit dominum non esse. Quis enim ferat tantundem iuris nancisci eum qui à non domino, quantùm is qui a vero domino ius habeat. Cur non satis esse debeat posteriori superficiario, quòd priorem habeat obligatum ex contractu & adiectus eum personali actione sit subnixus? Nam cùm personalis actionis potestate assequi potest, vt cogatur prior superficiarius actione illa in rem vti... cedere quam haberet causa cognita ex edicto, si vel et ipse agere, siue contra tertium possessorem, siue contra dominum ipsum. Quomodo ante propositionem à Prætore edictum De superficiebus si quo casu prohibebatur superficiarius ab alio quàm à domino soli ne superficie frui posset, non ad aliud agere poterat contra dominum soli, quàm vt actiones suas præstaret & cederet *d. l. 1. §. 1.* aut vt agete ipse si mallet cogeretur vt *in l. cùm in plures 60. §. mensem ff. locat. l. Iulianus 13. §. penult. D. de action. empt.* Addunt interpretes, vt dubitandi rationem augeant, V...sufructuarium non posse alium fructuarium constituere *§. finitur Instit. de vsufru. l. si vsufructus 66. ff. de iur. dot.* Cur ergo magis licebit superficiario, vt alium superficiarium constituat? Præsertim cùm si interpretibus credimus, superficiarius quasi vsumfructum in superficie habere intelligatur. Sic enim ...intelligunt quod scriptum est *in d. l. 1. §. quia autem*, Superficiei quasi vsumfructum & vsum quendam esse posse, quam interpretationem nos supra refutauimus. Obiiciunt postremò nostri post Bart. *ad d. § quod autem*, Superficiarium persimilem esse emphyteutæ quem priuatus constituerit. Emphyteutam autem posse quidem ius suum donare, & legare, at non tamen vendere domino irrequisito. Ex Iustiniani constitutione *in l. vlt.* vbi Glos. & alij *C. de iur. emphyt.* Cur ergo magis licebit superficiario, vt per superficiei venditionem alium superficiarium constituat? Tanti verò momenti hæc postrema obiectio esse visa est, vt ab ea incipiamus, vt non dubitauerit Bartolus admittere, intelligendum Vlpianum esse ex Iustiniani constitutione, vt superficiarius donare quidem & legare superficiem possit, at non etiam vendere, adeòque nec locare nisi eo modo quo ipse sicut emphyteuta, inquit, alium emphyteutam facit, *§. adeo Institut. de locat.* nisi quod subinde distinguit Bartolus duplicem superficiarium. Vnum qui emit superficiem nec ad aliquam præstationem tenetur, & iste, inquit, potest cedere quocunque situlo vult, & ita vult intelligi Vlpianum, quem negare non potest in ea esse sententia, vt admittat superficiem quocunque titulo tradi posse à superficiario. Alius verò est superficiarius, inquit, qui superficiem sub certa annua præstatione conduxit Et in isto putat idem omnino iuris esse quod in emphyteuta, vt eo demum casu possit vendere vel alienare quo emphyteuta potest, ita vt lex Vlpiani per legem Iustiniani determinetur, maximè verò, inquit, si de eo tractemus, qui ab Ecclesia vel superficiem conduxit, vel aliqiid in emphyteusim recepit. Tales enim nullo, inquit, titulo suum in alium transferre possunt irrequisita Ecclesia, *l. 2. Codic ne rei dominic. vel templor.* Ego illud primùm probare non possum, quod vult Bartolus, sic intelligendum Vlpianum, vt superficiarius donare quidem vel legare superficiem possit, at vendere non possit, generalia enim sunt Vlpiani verba, & generalis sententia, vt possit superficiarius ius suum in alium transferre, siue translatio per traditionem facienda sit, vt euenit in contractibus, qui fiunt inter viuos, siue citra traditionem vt in legato, & donatione causa mortis, quemadmodum superiore capite interpretati sumus, idque omnino consequens est verbis & sententiæ edicti. Nam ex quo Prætor induxit, vt superficiarius plerisque casibus vtilem in rem actionem habere possit, non tanquàm dominus, siue directus, siue vtilis, quomodo interpretes loquuntur, sed quomodo loqui debuerunt, perinde ac si dominus, aut quasi dominus esset, cœpit etiam ad officium eius pertinere, vt pactiones omnes à superficiario factas dum ne contra legem contractus sui perinde tueatur, ac si à domino ipso factæ essent, nec minus eius qui cum superficiario quoquomodo contraxit, aut qui ab eo ius habet quocunque titulo, quàm ipsius superficiarij personam intueatur, vt non obscurè ratiocinatur Vlpianus *in d. §. quia autem*, & Paulus *in l. tutor 16. §. vltim. D. de pignorat. action.* nec valdè dissimiliter Marcianus *in l. si legatũ 4. D. qui mod vsufru. amitt.* Fit enim hoc non tam in fauorem posterioris superficiarij quàm in vtilitatem prioris, qui vtique ita posito iure per Prætorem facilius inuenturus est cum quibus ad commodum suum contrahat quam si ius suum in alium transferre prohiberetur itemque in consequentiam illius noui iuris quod Prætor pro superficiario induxit, cui non potuit sanè vtilem actionem polliceri, quia eum quasi domini loco haberi voluerit, quo admisso necesse est vt quæcunque ab eo bona fide geruntur nec reluctante lege locationis perinde habeat, ac si à domino gesta essent, hac sola differentia quod vtiles in eam rem actiones accommodes, cessantibus directis quæ competerent si superficiarius legitimum ius haberet. Nec quemadmodum causæ cognitionem adhibet Prætor. ad hoc vt actionem vtilem in rem det primo superficiario, siue contra dominum ipsum, siue contra extraneum, ita causæ cognitio vlla necessaria est, vt superficiario secundo & iis qui cum primo contraxerunt subueniatur, nisi illa ipsa quam pro primo superficiario adhiberi oporteret si agere ipse vellet Semper enim illud inspiciendum est, an conductio facta sit ad longum tempus nec ne, siue

primus

facta sit ad longum tempus necne, siue primus superficiarius agere velit, siue alius quisquis ab eo causam habet, aliud verò præterea nihil nisi vt ne quid, siue a priore, siue a posteriore superficiario, contra legem locationis fiat, *l. 1. §. vltim. D. de loco public. fruend.* Neque debet posteriori nocere, quod cum eo contrahens quem superficiarium sciuit, videatur prudens & sciens contraxisse cum non domino, atque ita malam fidem habere. Quid enim possis ei imputare qui cum eo contraxit quem sciuit a Prætore haberi loco domini quantum ad superficiem, vt ea omnia facere possit tuitione prætoria, quæ si esset dominus facere ipso iure posset? An non sub authoritate iuris prætorij deciperetur hic qui si edictum Prætoris non vidisset, nunquam cum superficiario fuerat contracturus? nec tutum quod ciuili actione subnixus sit aduersus primum superficiarium cum quo contraxit, nocere ei debet quominùs ipsius superficiarij iure vti possit ad proprium ius tuendum, sicuti nec priori superficiario ob id minùs succurrendum putauit prætor, quod habebat ille suo iure ciuilem actionem contra soli dominum qui superficiem constituisset, *d. l. 1. § 1. D. de superfic.* Præsertim cùm primi superficiarij intersit quàm maximè vt superficiarium secundum possit constituere qui ius habeat apud Prætorem ea omnia faciendi quæ primus posset. Neque enim ciuilis actio tollit aut impedit prætorium, nisi cùm prætoria eiusdem tantum non etiam maioris esset vtilitatis vt *in l. 1. D. de Publician. in rem act.* Atqui valdè interest secundi superficiarij, vt easdem vtiles in rem actiones habeat quas primus haberet, idémque interdictum De superficiebus, nisi quod priori superficiario interdictum competit directum, Posteriori verò vtile *d. l. 1 in fin. De superfic.* cùm intersit cuiuslibet in rem potiùs, quàm in personam experiri *d. l. 1. §. 1.*

ERROR VIII.

Si Superficiarius qui ad longum tempus conduxit malis agere interdicto.

QVa etiam ratione soleo improbare, quod quasi a Bartolo scriptum *ad d. l. 1. §. quod ait Prætor num 4* Menochius probat *remed. 4. retin. poss. num. 35* Ei qui superficiem ad longum tempus conduxit, non esse concedendum interdictum De superficiebus, propterea quod actionem in rem habere vtilem possit propter ius quod in re habet. Quid enim ei obstare debet quòd vtilem actionem habeat, quominus possit etiam habere interdictum? An non semper commodius est agere interdicto, quam vtili in rem actione vel ob id potissimum, quòd actio illa vtilis non nisi causa cognita, Interdictum verò etiam causa non cognita promittatur? Item quod actio illa in rem vtilis haud dubiè tituli allegationē & probationem exigat cum ad exemplum vindicationis concedatur siue illam superficiarius contra dominum exercere velis, siue contra tertium, at interdictum sola possessionis allegatione & probatione contentum sit *d. l. 1. §. proponitur* vbi ait Vlp. Prætorem tueri hunc qui superficiem petit, veluti interdicto *Vti possidetis*; neque exigere ab eo quam causam possidendi habeat, sed hoc vnum duntaxat requirere ne fortè vi aut clam, aut precariò ab aduersario possideat. Neque verò Bartolus aliter sentit *d. num. 4.* vbi tantùm ait, Eum qui conduxit superficiem ad longum tempus habere vtilem in rem actionem, quod etiam lex ait. Sed non negat, vt neque Vlpianus ipse dandum etiam illi esse interdictum, ne cui plus damus, denegemus quod est minus. Plus siquidem est habere in rem actionem vtilem, adeóque difficilius quam habere interdictum sit tamen interdicti vsus plerumque commodior est, ob eamque causam multò minùs denegandus ei qui vel in perpetuum, vel ad non modicum tempus superficiem conduxit: Alioqui melioris hac parte conditionis esset qui ad modicum tempus conduxisset. Ac quemadmodum non aliter actionem vtilem in rem De superficie dat Prætor quàm causa priùs cognita, ita neque interdictum daretur nisi præcedente causæ cognitione: causæ autem cognitio quæ postulata in rem actione in eo maximè versatur vt conductori deneganda sit, si ad modicum tempus conduxerit, tota è contrario in eo versaretur postulato interdicto, vt ei qui in perpetuum, aut saltem ad longum tempus cōduxisset, interdictum denegari oporteret: quæ omnia non solum à verbis edicti, sed etiam a iuris prætorij ratione & æquitate prorsus aliena sunt.

ERROR IX.

Vtrum superficiarius agens probare debeat causam iustam suæ possessionis.

ILla sanè distinctio placet Bartolo, cùm quæritur, vtrum superficiarius probare debeat, causam iustam suæ possessionis necne? An superficiarius contra dominum soli agat an contra tertium? Vt priore casu debeat probare causam suæ possessionis, quia contra se habeat præsumptionem quæ in dubió facit pro domino soli cui superficies naturaliter cohæret, *l. obligationem fere 44. §. placet in fin. D. de oblig. & act.* Posteriore verò non item. Eamque distinctionem probari putat Bart. ex verbis *d. l. 1. in princip. & §. proponitur*. Nam quod legis initio scriptum est, *Vti ex lege conductionis superficie, de qua agitur nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero fruamini, quominus fruamini vim fieri veto*, refert Bartolus ad eum casum quo interdictum aduersus ipsum soli dominum petatur à superficiario. Et hoc rectè, nisi quòd idem admittendum puto, etiamsi non contra dominum agatur, sed contra eum tamen qui quasi dominus cùm non esset, vendiderit superficiem vel locauerit. Nihil enim refert an dominus soli fuerit necne is qui conuenitur interdicto, si modò contraxerit cum eo, qui se superficiarium dicit. Quod autem scriptum est in *d. § proponitur*, Prætorem tueri eum qui superficiem petit veluti interdicto Vti possidetis, nec ab eo exigere quam possidendi causam habeat, refert Bartolus ad eum casum quo petatur interdictum aduersus extraneum, & tertium possessorem. Sed hoc malè: Tractat enim Vlpianus in eo §. de illo ipso interdicto, de quo verba edicti retulerat initio legis, nec alium casum quàm illum ipsum qui verbis edicti continetur. Et ideò posteaquàm dixit Prætorem non exigere à superficiario, quam possidēdi causam habeat, subiungit, *vnum tantum requirit non fortè vi aut clam, aut precario ab aduersario possideat.* Vbinam verò gentium id Prætor requirit nisi illis ipsis edicti verbis, quæ nos retulimus, *nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruemini.* Vnus ergo tantùm casus est ad quem & totum edictum & tota edicti interpretatio aptari possit, ille nimirum quo superficiarius contra dominum soli aut alium à quo tanquam à domino superficiem, vel emit, vel conduxit, interdicto experiatur. Est enim personale interdictum vt ex verbis edicti apparet, sicut & cætera fere omnia interdicta

t. §. per ult. D. de interd. nec proinde datur contra tertium possessorem, cui scilicet non possunt conuenire verba illa Edicti . *alter ab altero fruamini*. Ob idque nimirum non fuit Prætor contentus interdictum edicto proponere , sed addidit etiam actionem vtilem in rem , quæ licet contra ipsum quoque soli dominum detur , exemplo illius quæ de fundo vectigali proposita est , tamen præcipuè contra tertium possessorem promittenda , & comparanda fuit *arg. l. 1. in fin. D. si ager vectig.* tanquam quæ minùs necessaria esset contra soli dominum , quem satis esse poterat teneri & personali actione , ex suo contractu, & interdicto. Cæterùm in vtroque errat Bartolus , & in eo quod præsupponens dari interdictum etiam contra tertium , vult non teneri eum probare titulum suæ possessionis & in eo quod vult cogi eum docere de causa & iure suæ possessionis si contra eum ipsum agat , à quo superficies constituta est. Neutrum enim verum est , ac supposito etiam eo quod nos negamus , vt interdictum hoc superficiario competat , aduersùs alium , quàm aduersùs eum qui superficiem constituit, illud tamen semper verum esset non aliter futurum vt competeret, quàm si superficiarium se probaret , id est venditam sibi superficiem , vel locatam , siquidem non alij quàm superficiario Prætor interdictum pollicetur , superficiario , inquam , id est ei qui superficiem siue à domino , siue ab eo quem dominum soli putabat , vel emerit , vel conduxerit. Probanda igitur necessariò qualitas illa est , quoniam quisquis siue actione, siue interdicto experitur tanquam talis, ante omnia talem se probare debet, Quod ipsum nihil aliud erit, quàm probari ab illo titulum suæ possessionis. Planè non illud etiam ab eo Prætor exiget, vt probet superficiem iure constitutam esse , hoc est ab eo qui ius habuerit constituendi, seu quod idem est, qui dominus fuerit soli. Id enim esset non titulum , sed causam, & ius possessionis ab eo exigere, quod fieri non debet , cùm regulariter in interdictis si pauca excipias , non de iure quæratur sed de sola possessione. Sufficit autem Prætori superficiem quoquomodo constitutam esse vt det interdictum De superficiebus aduersùs eum qui superficiem ipse constituit , quasi dominus , siue fuerit dominus , siue non. Sicut & in interdicto Saluiano , itémque de migrando contentus est Prætor pactione pignoris ad illatas res obligandas, quamuis dominus non fuerit is qui conuenit de pignore *l. 1. §. penult. D. de migrand. §. interdictum quoque Inst. de interd.* Eademque ratio facit , vt si superficiarius experiatur interdicto contra extraneum & tertium possessorem, perinde cogendus sit vt probet se superficiarium , in cámque rem proferat instrumentum emptionis , aut locationis, vel ob hoc ipsum vt sciatur an ex lege locationis ,vel emptionis frui debeat superficiarius ad eum modum, quem comprehendit vult interdicto. Sed non eo magis tamen cogetur docere de iure suo, id est quod superficiei constituendæ ius habuerit is , qui tanquam dominus vel vendidit superficiem, vel locauit. Habet enim ea res implicitam quæstionem dominij, de quo tum demum quæri oportet , cùm vtilis in rem actio de superficie , non cùm hoc interdictum exercetur.

ERROR X.

De causæ cognitione aliter atque aliter adhibenda in actione & in interdicto De superficiebus.

Atque ita accipiendum est , quod suprà diximus , actionem illam vtilem in rem non dari à Prætore nisi causa cognita , Vt nimirum causæ cognitio non in hoc tantùm adhibeatur , an ad longum tempus, an ad modicum facta conductio sit, vt vulgò creditur, sed in hoc etiam vtrùm superficiem quis habeat à domino , an a non domino , vt si à domino , non sit ei deneganda in rem vtilis, secus verò si à non domino , quo tamen casu perinde competit interdictum , atque si à domino facta esset venditio , vel locatio , dummodo de venditione , aut locatione constet, quia in interdicto non de alio quæritur , nisi an vi , aut clam , aut precariò possederit, is qui interdictum impetrauit, & an ex forma locationis , an contra eam aliquid postuletur , nec minùs si contra soli dominum, quàm si contra extraneum aliquem petatur interdictum. Itaque non illa distinctio adhibenda est, quam adhibet Bar. an contra dominum soli , an contra tertium possessorem interdicto quis experiatur , vt vno casu magis minúsve quàm alio probatione oneretur , sed illa potius An interdicto experiri malit , an vtili in rem actione. Quæ & in eo maxime differt ab interdicto, quod quisquis agit hoc interdicto dicit se possessorem , non minùs quàm qui interdicto Vti possidetis, siquidem vtrumque interdictum duplex est, tam quod prætoris edicto De superficie , quàm quod ex illa edicti parte *Vti possidetis* proponitur; vt scilicet vterque litigator in vtroque interdicto & actor, & reus existimetur. *d. l. 1. proponitur D. de superfic.* Qui verò agit vtili in rem actione De superficie, is aduersarium vtique fatetur possessorem, sicut euenit in aliis omnibus , siue directis , siue vtilibus in rem actionibus : vt ex hoc quoque facile sit videre quàm commodius sit experiri hoc interdicto quàm actione in rem vtili *leg. is qui destinaut 24. D. de rei vindic. §. commodum Inst. de interd.* Illud quoque observatione non indignum est , eam distinctionem quam diximus solere adhiberi à Prætore in concedenda de superficie vtili in rem actione , An conductio superficiei ad modicum tempus, an ad longum facta sit , non similiter aptari posse ad eum casum, quo superficies vendita sit non locata. Nec enim venditio fieri solet ad tempus , quoties id agitur vt per venditionem transferatur, dominium , quod ex temporali causa transferri nunquam solet. Quanquam autem superficiei dominium superficiario acquiri non magis per venditionem quàm per locationem potest, obstante natura rei quæ non patitur, vt siue per traditionem , siue per vsucapionem dominium superficiei sine dominio soli acquiratur, *l. nunquam 26. D. de vsucap. l. obligationum ferè 44. §. placet in fin. D. de oblig. & act.* Vt tamen actio in rem vtilis de superficie competat, sic initium venditionis contractum esse oportet , vt qnia id genus contractus per se habile est ad transferendum dominium interueniente traditione si ea per dominum facta sit, potuerit ex ea venditione transferri dominium ni conditio & natura rei venditæ obstitisset. Ex venditione porrò rei quantumlibet alienabilis non aliter transferri dominium posset , quàm si emptio in perpetuum , non ad tempus facta proponeretur. Qua de causa mirari etiam quis non immeritò possit, cur ergo detur vtilis actio in rem superficiario qui superficiem conduxit ad longum tempus , cùm nemo nesciat , ex locatione quanticumque temporis dominium transferri nullomodo posse, nec si locatio facta sit à domino, nisi distinctionem illam dominij directi & vtilis admittas , quam nos tam sæpè ism explosimus. Sed respondendum est inductum id esse exemplo actionis , quæ de vectigali fundo proponitur , quam placuit ei dari qui fundum vectigalem à municipibus conduxerit , at non etiam , quod magis mirère, ei qui emerit. Hoc ipsum verò cur

ita?

ita Nempe, quia ex venditione fundi vectigalis, quam administrator municipum fecisset, dominium quiritarium fundi transferretur, nec actione vlla De vectigali fundo indigeret is, qui tanquam verus dominus directam fundi vindicationem habere posset, Vt proinde non possit locus fieri quæstioni De fundo vectigali, aut de actione eo nomine comparata, nisi cùm vectigalis fundus locatus est, non venditus. Nec enim quicquam est quod impediat, vt in venditione superficiei, quominus dominium fundi vectigalis ex venditione in accipientem transferatur.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Sexagesimaquinta.

ERROR PRIMVS.

De vsufructu constituto in fundo vectigali, vel superficiario, vel fructuario.

DILVENDA superest illa objectio, quam proxima Decade diximus fieri ab Interpretibus nostris cùm tractant de secundo superficiario per primum constituto: Id enim ne possint facilè sibi persuadere, mouentur ex eo quod iure ciuili sic comparatum vident, vt vsufructuarius fructuarium constituere non possit, *l. si vsusfructus 66. D. de iur. dot. § finitur, Inst. de vsufr.* Accursius diuersitatis rationem illam attulit, quod vsusfructus obtineat instar dominij *l. vsusfructus 4. D. de vsufr. l. cùm filius 76. §. dominus de leg. 2.* fieri autem nequeat vt eiusdem rei plures domini in solidum esse possint, *vulg. l. si vt certo. 5. §. si duobus vehiculum, D. commod. l. de hereditate 19. §. pater, D. de castren. pecul.* Sed Bartolus improbat, quoniam, inquit, & per contractum superficiarium vtile dominium transfertur, cùm superficiarius tanquam dominus vtilis (sic enim loquuntur omnes & ratiocinantur) vtilem habeat in rem actionem. Et tamen superficiarij plures esse possunt si Accursio credimus *ad l. 1. in princ. D. de superfic.* vbi faciens interpretationem verborum edicti notat posse locum esse edicto non tantùm si inter soli dominum & superficiarium proponatur interdictum, sed etsi inter plures superficiarios, quasi & iis optimè possint conuenire verba illa Prætoris, *alter ab altero fruimini.* Bartolus verò aliam affert rationem, quòd vsusfructus personæ cohæreat, nec ab ea separari vllomodo possit, indéque fiat vt si ego & Titius vsumfructum stipulemur, non possimus constitui duo rei stipulandi, quia in singulorum personis proprius intelligitur, *l. si id quod 15. ff de duob. reis.* Non malè Cùm enim quærimus de vsufructu quem vsufructuarius constituerit, non de illo dubitamus, An possit ea constitutio vsusfructus secunda sic fieri, vt ambo fructuarij habeant vsumfructum, quod certum est fieri nullo modo posse, sed de hoc ipso quærimus, An vsusfructus qui penes priorem fructuarium fuit, sic ab eo possit abscedere, vt in alium transferatur, quod ne per venditionem fieri possit, illa tantùm ratio impedit quòd vsusfructus sit merè personalis, aliúsque futurus sit qui in secundi fructuarij, alius verò qui in primi persona fuerit constitutus. Nemo autem in alium transferre possit vsumfructum quem ipse non habeat, nisi eo sensu quo idipsum contra scriptum est *in l. quod nostrum 3. D. de vsufr.* Est enim aptior i[illegible] ratio amittendi vsusfructus quàm constituendi, dummodò cedatur proprietario, *d. l. vsusfructus 66. D. de iur. dot.* Cæterum ita vendi vsumfructum vt fruatur emptor non ex persona sua tanquam sit ipse fructuarius, sed ex persona fructuarij, nihil prohibet, siquidem fructuarius manet is qui fruitur pretio quod ex venditione redegit, tum quoque cùm emptor non fruitur re vendita, *l. arboribus 12. §. vsusfructuarius, l. non vtitur 38. cum l. seq. D. de vsufr.* Soláque cessio illa est, quæ facere posset, vt cessus vsusfructus alius in persona vsufructuarij esse videretur, quia non posset videri vsumfructum retinere qui ipse cessisset. At cùm superficiarius superficiarium constituit, alius quidem contractus est, sed tamen superficies eadem, licet per plurium personas ambulet, quia non personale quiddam est, sed reale, verior tamen ratio propter quam fructuarius fructuarium constituere nequeat non alia quærenda est quàm quia seruitutis seruitus esse nunquam potest, *l. 1. D. de vsufr. leg.* Vsumfructum autem seruitutem esse & quidem personalem nemo nescit. Nec tamen illa Accursij sententia & interpretatio recipi potest, quam affert inter cæteras *ad d. l. 1. D. de superfic.* vt eiusdem superficiei plures superficiarij esse possint, quasi sensus ille sit edicti Prætoris in illis verbis, *alter ab altero fruimini.* Etsi enim admittimus posse à superficiario quoque constitui superficiarium, putà si prior superficiarius vendat alij superficiem, non tamen illud æquè admitti potest, eiusdem rei plures eodem tempore esse posse superficiarios, non magis quàm plures vsufructuarios, siue quòd superficies non minùs quàm vsusfructus dominij instar habeat, cùm emolumentum rei penè totum contineat, *arg. leg. Manius 66. §. fundo, de legat. secundo,* iuncta *dict. leg. cùm filius 76. §. dominus eodem.* Siue quòd superficiarios non ille dicatur cui superficies aliquando fuit constituta, sed is demùm qui superficiem nunc habet, *leg. in speciali 73. §. 1. & leg. sequent. D. de rei vindicat.* quam portò plures eodem tempore non faciliùs habere possunt, quàm plures eandem rem possidere, *l. 3. §. ex contrario, D. de acquir. possess. l. duo in solidum 19. D. de precar.* Sicut nec illud quoque probabile est quod idem Accursius noster suptadicta edicti verba sic intelligit, quasi possit vnus vti superficie respectu vsusfructus. Alius verò respectu vsus, aut quasi plures sint, quorum quilibet habear superficiem pro parte pro indiuiso, quæ alia ad eum locum interpretatio est, sed Prætoris haud dubiè sensus ille est, vt si de superficie contentio sit inter dominum, & superficiarium, prohibeat Prætor ne vis fiat quominùs alter ab altero sic fruatur, quomodo anteà fruitus est non vi, non clam, non precariò. Quid? Nonne & inter superficiarios interdictum dari potest? Vtique, perinde atque cùm inter dominum & superficiarium contenditur. Finge de superficie disceptari

disceptari inter priorem superficiarium, & eum cui postea is superficiem eandem vendiderit, Contendente vtroque se superficiem possidere: At non ideò tamen plures erunt superficiarij, sed plures qui se dicent superficiarios, nec minùs ad hunc casum verba edicti aptabuntur, quàm si de superficie inter superficiarium, & dominum ipsum contenderetur. Enimverò is solus erit superficiarius qui se superficiem habere probabit, non qui habuisse. Nunquam autem eueniet vt plures eodem tempore superficiem eandem habere, vel possint, vel videantur: nec vt sint plures superficiarij quoties vna tantùm est superficies. An non verò etiam in fundo superficiario constitui vsusfructus potest? Equidem, sicut & in fundo vectigali. At ita, vt neutro casu valeat constitutio ipso iure, sed tantum tuitione prætoris, inquit Vlpianus *in l.1. in princ. D.quib.mod vsusfr amitt.* Nempe quia cùm vsusfructus sit seruitus, non ab alio vtrique constitui potest quàm ab eo qui sit dominus prædij de cuius vsufructu tractatur: Quisquis autem fundum vectigalem habet aut superficiarium, is dominum eius fundi non habet, vt docuimus in præcedentibus. Ergo neque ius constituendi vsumfructum, sed tamen quoniam vterque domini loco est, apud Prætorem prætertim qui etiam superficiario dat vtilem in rem actionem, illud etiam fieri necesse est, vt Prætor constitutionem vsusfructus, siue ab hoc, siue ab illo constitutus sit, tueatur, haud secùs quàm si à domino constitutus esset.

E R R O R II.

De sententia & emendatione l. 1. D. quib. mod. vsusfr. amitt.

VNde illud etiam fit, quod scribit Vlp. *in d. l. quib. mod. vsusfructus amitt.* Cùm quæritur, an vsusfructus capitis minutione amittatur, nec tantùm vsusfructus sed etiam actio de vsufructu, nec parum referre vtrum iure sit constitutus vsusfructus, an tuitione Prætoris. Subindéque proponens exempla vsusfructus, non iure, sed tuitione prætoria constituti, subjungit, *Proinde traditus quoque vsusfructus, item in fundo vectigali vel superficiario non iure constitutus capitis minutione amittitur.* In quibus tamen verbis illud explicatu difficile est, quod habent de tradito vsufructu. Quasi verò non ipso iure, sed Prætoris tantùm tuitione constituatur vsusfructus qui per traditionem constituitur. Nam de vsufructu qui ipso iure constitutus sit, quid attinebat exempla dare cùm passim occurrant? Quænam verò aut frequentiora, aut aptiora, quàm de vsufructu constituto per traditionem ex causa venditionis fortasse aut alterius huiusmodi contractus, qui iure ciuili sit approbatus? Sic enim ea verba Accursius noster interpretatur. Tradi porrò vsusfructus intelligitur, cùm inducitur fructuarius in fundi possessionem, eumve patitur proprietarius vti frui, *l. 3. in princip. D. de vsufr.* Etsi autem legati ius proprium illud est, vt acquiratur legatario sine traditione *l. 1. D de public. in rem act. l. legatum 80. de leg. 2. leg. a Titio 64. in fin. D de furt.* Vsusfructus tamen etiam legatus non nisi per supradictam traditionis speciem legatario acquiri potest, quia sic licet facto aliquo hæredis, sicut & cuiuslibet proprietarij opus est ad constituendum vsumfructum, qui non nisi per separationem constituitur, *lege usufructus pluribus modis, & lege se[...] D. de usufruct.* quique nunquam fuit testatori cum nemini res sua seruiat, *leg. quod nostrum [...] eod.* Vt proinde non possit à testatore recta via transire in legatarium, quomodo de aliis legatia scriptum ait *in dict. leg. à Titio, & d. l. legatum*, sed & quod sequitur apud Vlpianum, *Item in fundo vectigali vel superficiario non iure constitutus*, ostendit manifestè non de alio vsufructu tractari eo loco quàm de illo qui non iure constitutus sit, quod & dictio *proinde* demonstrat, & articulus *quoque* si retineatur, eandem proculdubio suadet interpretationem. Illatio namque illa est, ex eo quod proximè dictum fuerat, parui referre ad amittendum capitis minutione vsumfructum, an ipso iure constitutus sit vsusfructus, an Prætoris tuitione? Quis enim dubitaret amitti capitis minutione vsumfructum qui iure constitutus esset? Aut quis, obsecro vsusfructus, siue capitis minutione, siue quo alio modo amitteret, si non ille, qui iure constitutus est, amittitur? At de vsufructu non iure constituto dubitari eleganter poterat, cùm amitti non posse videatur, qui nec vllus esse intelligitur, *vt in §. . . a. l. 1.* nisi ratio illa contrarium suaderet, quòd absurdum sit, ob id amitti difficilius vsumfructum, quia sit infirmior, nullóque iuris vinculo subnixus. Exemplo eius quod in specie non dissimili tractat Iulianus *in l. qui vsumfructum 3. D. si vsusf. pet.* Eum qui vsumfructum traditum sibi ex causa fideicommissi desiit in vsu habere tanto tempore quanto si legitimè eius factus esset amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debere: quòd absurdum sit plus eos iuris habere qui possessionem duntaxat vsusfructus quàm qui dominium adepti sunt. Quid ergo sibi vult Vlpianus cùm tractans de vsufructu non iure constituto, loquitur de vsufructu quoque tradito? Locus sanè mendosus apertè est, atque ita restituendus, ni fallor, vt pro *quoque* legamus *quomodocumque*, Nam, vt credibile est errore ex more scribendi contractiùs dictiones longiores qualis illa est *quomodocumque*, quam tamen non possis contractiùs scribere, quàm si duas tantùm syllabas primam ac postremam retineas, pro cæteris super lineam inducas in hunc modum *quoque*. Sensus autem erit, Amitti capitis diminutione traditum quoquomodo vsumfructum, id est, ex quacumque causa traditus sit, siue ex ea quæ sit iusta & legitima, iuri scilicet ac legibus cognita, quo casu non dubitatur quin vsusfructus sit, & non vtendo amittatur, siue ex causa illegitima nec iure approbata, forte ex causa fideicommissi, vt in specie *dict. l. 4. D si vsusfructi. pet. & l. si legatum 4. D quib. mod vsusfr. amitt.* vbi tractans æquè Marcianus de vsufructu legato quidem, sed quem legatarius alij restituere rogatus sit, Ait Prætorem id agere debere, vt ex fideicommissarij persona magis quàm ex legatarij vsusfructus pereat: Nimirum quia sicuti legatus vsusfructus iure constitutus dicitur, ita qui à legatario per fideicommissum relictus est alteri non aliud quàm Prætoris auxilium habere potest, cùm fideicommissa omnia iuris viribus destituta non nisi ex Prætoris fideicommissarij iurisdictione conseruentur, & consequenter inspecto summo iure deberet hic vsusfructus perire, siue morte, siue capitis diminutione, siue non vtendo ex persona legatarij, non ex persona fideicommissarij, si non ad officium Prætoris pertineret vt quemadmodum potiorem facit causam fideicommissarij quam legatarij, ita & fideicommissarij potiùs quàm legatarij personam inspici iuberet. Cur verò traditionis meminit Vlpianus *in d. l. 1. D. quib. mod vsufr. amitt.* An quia non possit vsusfructus iure constitui traditione interueniente? Atqui iam diximus Testamento quidem iure legari posse vsumfructum constitui, aut extra testamentum pactionibus id & stipulationibus fieri debere, vt scriptum est *in d. l. 3. in pr. D. de vsufr.* Sed tamen iis quoq; casibus

necessariam esse traditionem, ad habendum etiam ex causa legati vsumfructum, multò magis si pactio tantùm & stipulatio interuenerint, quæ minoris sunt potestatis *d.l.1.D.de publician.* Sed de tradito vsufructu loquitur Vlpian. non solùm, quia sine traditione non possit vsusfructus vllus cōstitui iure prætorio, quod de vsufructu qui iure ciuili constitutus sit, æquè dici potest, sed ob id maximè quòd cùm vsusfructus tuitione prætoria constituitur, illud tantùm requirimus, vt traditus sit, nec illud prætereà inquirimus, qua ex causa traditio facta fuerit, id est, an ex iusta & legitima, an ex illegitima. Causam quidem aliquam subesse oportet, vt eiusmodi constitutio vsusfructus tuitionem Prætoris mereatur, nec enim solet Prætor aut debet eam rem tueri quam sine causa factam videat, ne tum quidem, cùm res illa talis est quæ iure ipso subsistat *l.2 §.circa D. de doli mali except. l.iuris gentium 7. § sed cùm nulla ff.de pact.* Sed qualiscumque causa sufficit, quæ modò non sit æquitate destituta, licèt vinculo iuris destituatur. Itaque non tantùm ex causa fideicommissi poterit vsusfructus constitui iure prætorio, vt *in d.l.4 cod.tit.d.l.3. ff.si vsufr.petat.* sed etiam ex aliis omnibus causis ex quibus solet Prætor facere vt in bonis alicuius id fiat quod aliqui sit alienum, vt *in l.2.§.vltim. ff.si ex noxal.caus.agat.* Et ideò vel ob hoc ipsum necessaria traditio est ad vsumfructum iure quoque prætorio constituendum, quia nec patitur vnquam Prætor vt sine traditione dominium bonitarium cuiquam acquiratur, quemadmodum in præcedentibus docuimus: Sufficit igitur traditum esse quomodocunque & ex qualibet causa vsumfructum, vt tuitione prætoria constituatur, At non similiter vt iure constitutus videri possit. tunc enim necessarium est, vt constituendi causa iusta præcedat. puta venditionis, donationis, aut alia huiusmodi.

ERROR III.

De actione in rem quæ de fundo vectigali datur quòd non sit prætoria.

AN verò quia vsusfructus in fundo vectigali non magis constitui potest sine tuitione prætoris, quàm in fundo superficiario, consequens erit vt actio in rem quæ de fundo vectigali datur, perinde sit prætoria, atque ea quæ datur de superficie? Minimè verò: Ratio enim publicæ vtilitatis suasit, vt de fundo vectigali actio iure ciuili aliqua proponeretur, Ne alioqui non facilè inuenirentur qui fundos vectigales à Republica conducere vellent, quemadmodum diximus in superioribus. Non similiter, vt de fundis superficiariis, tanquam quorum ius non tam ad publicam, quàm ad priuatam singulorum vtilitatem pertineat. Neque tamen æquè potuit ea ratio facere vt vsusfructus constitutio à vectigalis fundi possessore facta valeret ipso iure, cùm neque à domino facta esset, neque validitas eius ad vtilitatem publicam, sed ad possessoris & fructuarij commodum pertineret. Et sanè credibile est si qua vlla edicti parte Prætor actionem de fundo vectigali proposuisset, fuisse illum tùm maximè propositurum, cùm interdixit De loco publico fruendo, sicut & actionem in rem. De superficie proposuit cùm interdixit De superficiebus Interdictum enim illud De loco fruendo constat propositum esse publicæ vtilitatis causa ad tuenda vectigalia publica dum prohibetur quis vim facere ei qui publicum vectigal fruendum conduxit, locaque illa publica in quibus vectigalium exactio & solutio fieri solet, vt Iscobus Cujacius *in paratitlis ad titulum illum De loco publico fruendo* interpretatur. Etsi verò aliud est de vectigalibus publicis, aliud verò de fundis vectigalibus disputare, aliud de publicanis vectigalium publicorum conductoribus, aliud de prædiorum vectigalium possessoribus, qui vtique non sunt publicani, vtrumque tamen hoc genus contractuum, & personarum, ad publicam vtilitatem æquè spectat, ex qua parte augent reditum reipublicæ, vnde & agri publici appellantur, qui sunt vectigales *l.eorum 51.§.1. D.de public. & vectigal.* quamuis non similiter possint dici loca publica. Proinde nihil alienum à proposito suo fecisset Prætor, si eodem edicto quo proponebat interdictum de loco publico fruendo, actionem quoque de vectigali fundo proposuisset, fecissètque haud dubiè si nulla iam ante alia proposita fuisset: cuius tamen cùm nulla extent vestigia in toto prætoris edicto, non possum videre cur actionem hanc prætoriam esse Interpretes vulgò velint. Magisque miror quod video Cujacium *in paratitlis ad illum tit. Si ager vectig. id est emphyt.pet.* ita sentire, sibique ac nobis fingere formulam edicti, quasi proposita sit à Prætore his verbis, *si ager vectigalis petatur causa cognita iudicium dabo.* Quam formulam sumpsit ille proculdubio ex verbis edicti De superficiebus, nec animaduertit causæ cognitionem, quam necessariam putauit Prætor in danda vtili in rem actione de superficie, adhiberi non debere, cùm actio de vectigali fundo postulatur, quam certum est omnimodo omnique casu competere, dum ne contra formam locationis & conductionis postuletur: & ideò nimirum competere dicitur non dari *in d.l.1.D.si ager vectig.pet.* Nec quod forma locationis seruanda sit potest inducere necessitatem cognitionis interponendæ, Alioqui etiam de interdicto quod prætor proposuit De superficiebus idem dici deberet, non dari illud nisi causa cognita, siquidem ipsa interdicti verba ostendunt, non aliter dari quàm *vti ex lege locationis siue conductionis superficie, de qua agitur, nec vi, nec clam, nec precariò alter ab altero fruimini est l.1. ill. tit. De superfic.* Et tamen constat interdictum illud nullam causæ cognitionem exigere, in eóque differre ab vtili in rem actione. De superficie quam eodem edicto proposuit Prætor, ideóque nec dari dicitur sed competere, tum quoque cùm vtile tantùm est non directum, *d. l.1. § vltim.* Sicut nec interdictum de loco publico fruendo vllam causæ cognitionem exigit vt competat vel detur, quamuis non eo minùs exigat Prætor vt è locationis lege frui desideretur. Vltra legem enim vel contra legem non debet audiri qui frui desiderat, inquit Vlpianus *in leg.1.§. vltimo ff. de loco publico fruendo.* Nimirum interdicta omnia causæ cognitionem aliquam exigunt, at non vt impetrentur, cùm ipsis edicti verbis proponantur, sed vt benè impetrata pronuncientur. Facti enim quæstionem semper, nonnunquam etiam iuris implicitam habent, de qua proinde cognoscendum semper & pronunciandum est. Causæ verò cognitio quam nos necessariam esse negamus, illa est quæ præcedat impetrationem interdicti siue De superficiebus, siue de loco publico fruendo, quomodo præcedit illa, quam adhiberi necesse est cùm vtilis in rem actio De superficie postulatur, quam idcirco nec proponit Prætor, vt interdictum, sed pollicetur, *dicta lege §. 1. De superf.* Similiter igitur actionem de fundo vectigali aio competere ipso iure, neç vllam causæ cognitionem ad eam instituendam requiri, quæ necessaria est ad instituendam & impetrandam vtilem in rem actionem De superficie, quamuis non negem expediri actionem illam, vt ad sententiam perueniatur sine causæ cognitione non posse. Cognitio autem in eo

potissimum

...tissimum adhibenda est vt inuestigetur an municipum fundus sit & ab iis locatus qui petitur tanquam vectigalis. Nec enim aliter vectigalis est, quam si eius proprietas ad municipes pertinet, & locatio ab ipsis municipibus, id est à municipij administratoribus facta sit.

ERROR IV.

De differentia vectigalis agri & emphyteuticarij.

IN quod rursum fallitur meo iudicio Cuiacius, qui supradicto loco notat in iure nostro agrum vectigalem semper esse agrum emphyteuticarium, id est, vt ille subinde diffinit, quem dominus quilibet in perpetuum vel in plures annos transtulit in alium ea lege vt id melius, cuiusque redderet constituta pensione certa. Nam imò verò vectigales fundos nunquam ICti nostri alios esse dixerunt, quam qui sunt agri ciuitatum, quorum summa diuisio illa est, vt alij vectigales vocentur, alij non vectigales, quomodo scripsit Paulus *in d. l. 1. si ager vectig. pet.* vbi repetenda est dictio *vectigales* & bis scribenda, quæ semel tantum scripta est post negationem in hunc modum: *alij non vectigales. Vectigales vocantur*, nato errore ea eo quod veteres librarij literas, syllabas & dictiones repetendas, semel tantum sed maiusculis caracteribus scribere solerent qui perpetuus mos est librarij Florentini & ex quo multa in libris nostris menda fluxerũt à nobis aliàs prout sese occasio obtulit obseruata. Aliud enim est dicere non omnes agros ciuitatum esse vectigales. Aliud verò, Esse quosdam qui dicantur non vectigales. Et ideò subijcit Paulus in seqq. *non vectigales sunt.* Denique proprietatem municipum esse necesse est & locationem ab iis factam, vt fundus vectigalis dici possit, *d. l. 1. §. vlt. l. si finita 15. §. si de vectig. D. de dam. infect. l. cum sponsus 12. §. in vectigalibus, D. de Publ. in rem act.* Vbi cùm tractetur de vectigalibus prædiis quæ vsucapi non possunt, apparet non de aliis posse id intelligi quam quæ sunt Reipublicæ & ciuitatis. Nec enim vllo iuris loco proditum est fundos emphyteuticarios à priuatis locatos tale priuilegium habere vt vsucapi non possint si fortè quis eos bona fide acquisiuerit tanquam non emphyteoticarios: Etiamsi ponas solutum canonem annuum proprietatio, quem hodie dominum directum appellamus, quia non eo minus vetum est sibi suoque nomine possedisse bonæ fidei emptorem per constitutum tempus quod sufficit sempérque potuit sufficere ad vsucapiendum, *l. Pomponius 29. D. quibus mod. vsusfr. amit.* In summa fundus emphyteuticarius est qui à priuatis locatur ad eum modum quo solebant olim locari à municipibus agri ciuitatum, id est ea lege vt quamdiu certa pensio soluatur, non possit auferri fundus conductoris. Fundi verò vectigales prorsus è contrario qui à ciuitatibus & municipibus, siue in perpetuum, siue ad tempus ita fruendi locabantur, quomodo priuatim agros suos locare vix quisquam solebat olim, cùm Paulus scribat disertis verbis *in d. l. 1.* Non vectigales fundos eos esse qui ita colendi dantur vt priuatim agros nostros colendos dare solemus. Tantum abest vt apta ad Iurisprudentiam nostram interpretatione potuerit *ad tit. si ager vectig. petet.* Illa subiici expositio quam siue Tribonianus, siue alius quiuis malus interpres subiecit, *id est emphyteuticarius*, respiciens ad Zenonis & Iustiniani Constitutiones De iure emphyteotico latas, ante quas cùm planè incertum esset, quænam actio contra dominum ipsum ea contractu emphyteotico dari deberet, cuius ipsa etiam natura ignorabatur, vt diximus in superioribus & *lib. 10. Coniect. cap. 11.* nemo vtique probabiliter dixerit actionem de vectigali fundo cuius in libris nostris mentio fit, in eam rem fuisse contra tertium comparatam vel accommodatam: longéque probabilius est consuluisse Prudentes si quando talis casus emergeret, qui tamen rarissimè contingebat, vt actio præscriptis verbis contra dominum institueretur. Cuius tùm maximè necessarius & sollemnis vsus erat cùm ignorabatur aut dubitabatur quænam actio certo competeret *l. 3. & 4. l. si gratuitam 17. & pass. D. de præscri. verb.* Sed ea actio in personam tantum erat non in rem vt & actio ex vendito quam ex illo contractu nonnulli aut ex conducto quem alij dandam existimabant, *§. adeo Inst. de locat.* Neque verò ipsæ etiam Zenonis aut Iustiniani Constitutiones vllam rem in actionem emphyteutæ dederunt, sed personalem solam ex ipso contractu, cuius personalis actionis potestate sibi satis consulere poterat emphyteuta dominum vrgendo vt cederet & præstaret actionem in rem quam aduersus tertium quemlibet possessorem habebat, quemadmodum in superficiario ante propositum à Prætore interdictum De superficie obseruari solitum fuisse testatur Vlp. *in d. l. 1. §. 1. De superfic.* At de vectigali fundo actio tota in rem erat siue contra municipes ipsos, siue contra tertium possessorem exerceretur, quæ cùm ab initio competierit ex Prudentum authoritate iurísque ciuilis ratione fueritque multò commodior & vtilior quam actio in personam qualibet, vt ratiocinatur Vlp. *in d. l. 1. §. 1. De superfic.* Inde nimirum fortasse factum fuit vt nulla in libris nostris vestigia extent veteris quæstionis, quam legimus agitatam fuisse, quænã personalis actio ex locatione fundi vectigalis danda esset possessori: Quasi superuacua futura esset ea quæstio & inutilis ei qui paratam haberet contra quamlibet in rem actionem: Ex quo inferri à contrario sensu potest, cùm tantis contentionibus tantóque tempore controuersum sit inter veteres ad Zenonis vsque tempora quænam actio ex contractu emphyteutico competere posset, apparet vel eo maxime, nullã emphyteutæ actionem in rem competiisse, neque vtilem. Tantum abest vt actio de vectigali fundo ei accommodari potuerit pro fundo qui vectigalis non esset. Fuit enim actio illa propria de fundo vectigali, & ad hoc fundorum genus specialiter accommodata cùm anteriores omnes in rem actiones siue directæ siue vtiles eo casu deficerent, sicut & superficiarium proprio interdicto propriaque actione de superficie tuetur prætor, quòd neque per interdictum Vti possidetis, neque per aliam vllam speciem actionis in rem etiam vtilis subueniri ei posset *l. 3. §. sed si supra D. vti possid.* Quæ res facit vt quemadmodum superficiarius potior est domino soli in interdicto De superficie sine quo haud dubiè succumberet in interdicto Vti possidetis, quia etiam iure prætorio superficies cedit solo, ideóque vinceret dominus soli etiam apud prætorem si iure communi ageretur per interdictum vti possideris, *d. §. sed si suprà.* Ita conductor fundi vectigalis vincere debeat possessorem quemlibet etiam dominum ipsum, Non agendo vindicatione, quæ non datur nisi ei, qui dominus sit iure gentium vel ciuili, *l. in rem 23. & pass. D. de rei vendic.* neque agendo Publiciana quæ licet directa in rem actio sit prætoria, contra dominum tamen regulariter non datur *l. penult. De public. in rem act.* Sed agendo propria ista actione, quæ dicitur de fundo vectigali sumpto nomine à materia: Quæ actio sicuti propria est huius negotij, sic & propriam habet naturam ex contractu ipso descendentem, quæ

efficit vt non minùs imò tantò magis competat contra dominum qui contraxit, quàm contra tertium possessorem qui non contraxit, dummodo legi contractus pareatur Hoc enim omnino requirimus, tùm quoque cùm hæc actio contra tertium possessorem exercetur. In quo mira sane est huius actionis natura quæ sic ex contractu descendit vt tamen in rem sit,& sic in rem est vt tamen ex contractu descendat: quod vix de alia vlla ciuili actione similiter possis dicere: At nec de vlla prætoria, si eam excipias de qua iam tam multa scripsimus, De superficie, Nam & illa descendit ex contractu,& competit in rem etiam cōtra dominum *d.l.1.§.1.& 2. De superfic.* Ideò vtraq; propria sui negotij actio est, nec tamen idcirco vtraque aut ciuilis aut prætoria Sed illa ciuilis, hæc prætoria, vt vel hæc ipsa huiusmodi actionum similitudo demōstrat Si qua enim edicti sui parte Prætor actionem de vectigali fundo proposuisset, vt prędij vectigalis conductori prospiceret Cur non æquè prospexisset superficiario, eàdem si non actione, saltem edicti parte? Aut si fortè per incuriā omissum id fuisset. An non potuisset prętor ad exemplum actionis de vectigali fundo etiam de superficie in rem actionem, veluti de vectigali fundo, proponere? Quomodo & ad exemplum interdicti Vti possideris, quod superficiario vtile esse non poterat proposuit interdictum proprium De superficie velut interdictum Vti possidetis, inquit, Vlpianus. Nam & similiter placet Cuiacio interdictum de superficiebus æquè accommodandum esse etiam emphyteuticario & feudatario quamuis de solo superficiario dixerit prætor. Sed non potuit, quoniam actio de vectigali fundo cùm sit ciuilis æstimanda fuit ex ratione iuris ciuilis, quæ nullomodo patitur vt superficiario consulatur per actionem in rem etiam vtilem, præsertim verò aduersus dominum soli. Quòd si vera esset Cuiacij sententia existimantis interdictum illud de superficiebus etiam emphyteutæ & feudatario accommodandum esse. An non esset expeditius perinde accommodare istis vtilem actionem de superficie quàm actionem de vectigali fundo?

ERROR V.

De ratione & necessitate interdicti De superficiebus, & an accommodari possit emphyteutæ & feudatario.

At tamen nec illud verum puto quod vult Cuiacius Interdictum de superficiebus accommodari emphyteuticario quoque & feudatario. Quid enim necesse est eo interdicto ipsis consulere quod superficiarij proprium est, cùm possint illud habere quod omnibus possessoribus commune est, *Vti possidetis?* Nam cur non habeant: cùm sint verè possessores,& quidem ad propriam vtilitatem. Sicut & creditores omnes qui incumbunt pignori, si eos excipias qui custodiæ tantùm causa in possessionem missi sunt, quos vtique constat non possidere, in eòque differre à cæteris creditoribus pignoratitiis qui verè possident & sibi in omnib. præter quàm ad vsucapionis causam *l. qui pignori 36. D. de acquir poss. l. si serui nomine 16. D. de vsuc.* iunct *l. 3. §. creditores D. vti possid.* Dices Emphyteutam esse conductorem, Conductores autem omnes domino eidémque locatori possidere non sibi, ob idque non tam possidere intelligi quàm esse in possessione *l. si quis ante 10. §. 1. D. de acquir. poss.* Non posse igitur fieri, vt colono aduersus locatorem competat interdictum Vti possidetis, sed tantùm locatori aduersus colonum aut alium quemlibet id agentem vt locatoris possessionem turbet *l. 3. §. cùm inquilinus,* iunct. *d. l. 1. §. interdictum autem, D. vti possid. l. officium 9. D. de rei vindic.* Sed facilis responsio est, longè aliam esse rationem emphyteutæ, aliam simplicis coloni & conductoris. Emphyteuta namque possidet quidem rem alienam, cuius nec directus ipse dominus est nec vtilis,& quidem sciens, ideòque nec vllo tempore per possessionem acquirere illam sibi potest, quia id citra malam fidem facere non posset, *l. 1. C. de præscr. 30. vel 40. annor.* Sed tamen possidet sibi non domino, cùm ita rem teneat vt quàndiu pensionem annuam præstabit, non possit ei dominus inuito rem auferre quod in cæteris conductoribus dissimile est *d. l. 1. & 2. D. si ager. vectig.* Replicabis Eandem rationem in superficiario quoque locum habere *l. in speciali 73. §. 1. & l. seq. D. de rei vindic.* neque tamen dubitari quin superficiario inutile sit interdictum *vti possidetis*: cùm necesse fuerit ei subueniri per proprium interdictum De superficiebus, non per interdictum Vti possideris, quomodo Accurs malè interpretatur *d. l. 3. §. sed si supra D. vti possid.* Respondebo, conuenire quidem superficiarium & emphyteutam in eo quod sint conductores prædij alieni, & ea tamen lege vt quoad pensio soluatur, auferri res iis non possit. Sed differre in eo, quod emphyteuta non tantùm superficiei conductor est, sed etiam soli eadémque iure solum quo superficiem tenet, Superficiarius vero vel solius superficiei conductor est, vel si etiam soli, non tamen nisi propter superficiem, Vnde & superficiarius appellatur. Itaque non potest ius superficiarij impedire quominùs possessor soli maneat dominus, qui porrò possidere solum non potest quin hoc ipso possideat superficiem: Cùm etiam quod ad causam possessionis non minùs quàm quod ad causam dominij superficies cedat solo, nec minùs prętorio iure quàm ciuili *d. l. 3. §. sed si supra D. vti possid.* Nisi cùm superficies talis est cuius possessio separata esse possit: Vt puta si ad superius cœnaculum aditus sit aliquis ex publico, & aliunde quam per ædes inferiores vt *in d. §. sed si supra*, At ius emphyteutæ qui totum prædij corpus sibi haber impedit ne is qui emphyteusim concessit possidere quicquam ex ea re dici possit. Proinde nihil habet, is qui fundum in emphyteusim dedit propter quod negari possit emphyteutam verè ac propriè possidere: Neque hoc negabunt nobis interpretes qui adeò emphyteutæ tribuunt ve dent ei,& quidem tanquam vtili domino etiam vtilem in rem actionem quam nos denegamus. Quid enim illi prodesset habere huiusmodi actionem in rem, si etiam posteà quàm possessionem nactus esset, adhuc tamen non possideret? An non verò facilius est, vt possessionem quàm vt dominum habere existimetur, quod vtique difficiliùs & acquiritur & amittitur. Quid An non Prætor tuetur etiam superficiarium tanquam possessorem? Minimè verò, sed tanquam superficiarium, & ideò cùm non posset ei prodesse interdictum Vti possidetis, quod tamen omnibus soli possessoribus prodest, necessarium fuit vt prospiceretur ipsi proprio interdicto De superficiebus, vt diximus. Dicat aliquis mirum non esse quod interdictum Vti possidetis non competit superficiario, nec si fateamur superficiem ab eo possideri cùm non aliis competat quàm possessoribus. Aliud verò sit superficiem, aliud solum possidere, Nō esse igitur bonam consecutionem si quis ex eo inferat. Superficiem à superficiario non possideri. Verùm facile est animaduertere non alia de causa soli possessoribus duntaxat accommodatum illud interdictum quàm quod in causa possessionis non possit

separatj

separari superficies à soluuon magis quàm in causa proprietatis, Vnde fit vt nunquam superficies sine solo vsucapi possit *l nunquam 26. l. si solum 39. ff. de vsucap.* quomodo posset haud dubiè si sine solo possideri posset.

ERROR VI.

De sententia l. 1. §. item videamus. & l. 3. §. sed si suprà ff. vti possid.

NEc rursus est quod quis dicat non esse nouum vt quis possideat rem soli & immobilem, cuius tamen nomine non possit experiri, Interdicto Vti possidetis, fortè si de ea re agatur qoam alius qunque possideat, quod interdum euenire constat vt in specie illa quam Vlpianus tractat *in d l. 1. §. item videamus ff. vti possid.* Si projectio suprà vicini solum non iure haberi dicatur. In specie ait ex Cassio interdictum Vti possidetis si inter eos petatur, vtrique esse inutile, quia, inquit, alter solum possidet, & consequenter quicquid suprà solum est ad cœlum vsque *l. vlt §. pen. ff. quod vi aut clam.* Alter verò cum ædibus superficiem. Quo exemplo, similiter igitur & in proposito possit quis tentare inutile esse interdictum Vti possidetis superficiario aduersùs dominum, non quia superficiarius non possideat, sed quia etiam dominus soli possidet superficiem hic cum solo, ille sine solo, Cùm autem vterque possidet certum est neutrum posse vincere, Ne alioqui necesse esset vt vterque vinceret, quod impossibilem faceret iudicati executionem. Sed non ita esse, vt ob hanc causam superficiario denegetur interdictum quod vterque possideat ostendit satis idem Vlpian. *in d. §. sed si suprà*, vbi disertè scribit dominum soli tam aduersùs superficiarium ipsum, quàm aduersùs alium quemlibet eo interdicto potiorem fore. Non enim potior esse posset, si etiam superficiarius possideret. Imò verò neuter eo casu vinceret, neuter vinceretur. *d. §. item videamus*, Cuius sententiam & rationem malè percepit vir doctissimus Iacobus Cujacius cùm textum emendauit in illis verbis *vtrique esse inutile* vt pro *inutile* reponeret *vtile*. Bene in eo notatus à Ioanne Roberto, sed mala ratione, Quòd, inquit, projectum non sicut superficies cedat solo. Propositio enim falsa est vt benè Cujacius replicauit, *ex d. l. vlt. §. pen quod vi aut clam.* Collectio autem inepta, quoniam si dominus soli suprà quod projectum est non possideret superficiem adtaiam soli sui portionem, fatendum esset fore vt alius solus possideret, ac proinde vt ei deberet vtile esse interdictum quod tamen vtrique inutile esse habet vulgata lectio quam & Robertus defendit, & nos tuemur. Sed labitur in eo fœdiùs Cujacius, quod rationem Vlpiani malam & ineptam esse audet dicere, quæ tamen vt optima sit concludentissima est: Supponit enim pro vero & assumit, quod nec Cujacius ignorauit qui id ipsum docuit *lib. 5. Obseru. cap. 22.* quoties vterque possessor est nec alius ab alio possidet neutrum posse aut vinci, aut vincere interdicto Vti possidetis. Huic siquidem propositioni necessariò consequens est quòd vult Vlpian. vt si duo sint quorum alter solùm, alter superficiem cum ædibus possideat, vtrique sit inutile interdictum, quia dici nequeat vter possit aut debeat vincere. Quod verò idem Cujacius addit in posterioribus *Obseru. lib. 17. cap. 2.* vt veterem suum errorem mordiciùs tueatur, debere prætorem in eo interdicto suam cuique possessionem tueri, prorsus ineptum est. Quomodo enim tueretur quin faceret vt vterque vinceret? Aut quomodo faceret vt vterque vinceret, quin illud etiam eueniret, vt vterque vinceretur Aut quando locum habebit quod nos cum Cujacio diximus, Vtroque possidente neutrum vincere debere, si suam cuique possessionem tueri debet Prætor? Non nego fuisse ex antiquis prudentibus plerosque qui putarent posse duos eandem rem in solidum eodem tempore possidere, diuerso tamen possessionis genere, vnum iustè, alium iniustè, vnum naturaliter, alterum ciuiliter. Sed qui dixerit posse vtrumque possessorem & debere vincere si congrediantur interdicto Vti possidetis nemo vnquam fuit.

ERROR VII.

De Accursij & Bartoli traditionibus ad d. §. sed si suprà, & ad l. .§. quia autem ff. de superfic.

HÆc verò omnia Accursius quoque & Bartolus malè explicant, Non in eo solum quod *ad d §. sed si suprà*, notant possidere superficiarium qui habet cœnaculum dandumque ei interdictum Vti possidetis, siue cœnaculum habeat aditum ex publico siue non habeat, contrà quàm disertè scriptum sit *in versic. caterùm eod. §.* Sed & in illo etiam. quòd in emphyteuta & superficiario priuati ad differentiam eius, qui à ciuitate conduxit, idem iuris constituunt. Sic enim Bart. *ad dict. l. §. 1. quia autem D. de superfic.* Nec eas agnoscunt differentias quas nos in superioribus obseruauimus. Quod si verum est vt est, emphyteutam habere suo iure interdictum Vti possidetis etiam aduersùs dominum ita vt non egeat alio illo interdicto quod superficiariorum proprium esse Prætor voluit, Quantò magis fatendum est idem interdictum Vti possidetis accommodari posse & debere possessori fundi vectigalis ad tuendam contra ipsum quoque dominum suam possessionem, quam si non haberet, etiam per ciuilem in rem actionem recuperare posset? Summa rei hæc est. De vectigali fundo competere ex Prudentum autoritate ciuilem in rem actionem, quæ proprium non habet De fundo vectigali, Competere item ex Prætoris edicto interdictum Vti possidetis ad retinendam possessionem, vt & interdicta restitutoria ad eandem possessionem si amissa sit recuperandam: Superficiario neque ciuilem actionem competere neque interdictum siue directum siue vtile *Vti possidetis*, sed aliud proprium quod dicitur De superficie ad exemplum illius *Vti possidetis* comparatum. Itémque prætoriam vtilem in rem de superficie actionem superficiario dari posse, sed non nisi cum causæ cognitione. Emphyteutæ denique nullam ciuilem aut prætoriam in rem actionem vnquam competiisse nec hodie competere, neque dari debere etiam cum causæ cognitione, sed solùm interdictum Vti possidetis, cæteráque interdicta possessoria si certet de possessione tantùm itémque personalem actionem ex contractu illam quam primus Zeno formauit, & introduxit: Vt plus iuris habeat emphyteuta quàm superficiarius in causa possessionis, minùs verò ad agendum in rem. Vterque verò tam in causa possessionis quàm quòd ad in rem actionem minùs quàm possessor fundi vectigalis licèt non magis hic dominus sit quàm cæteri, quibus vt videri fauorabilior debeat facit solus fauor ciuitatis à qua ius habet, cùm cæteri habeant à priuato. At quid de feudatario? Plus ille certè iuris habet quàm cæteri omnes cùm per traditionem feudi dominium transferatur in accipientem

quamuis non nisi certis legibus quibus si non pareatur ad concedentem reuertitur. Sed latior planéque diuersus tractatus ille est, de quo in postrema Chiliadis parte plura, Deo fauente, scribere statuimus, sed quibus tamen non paruam lucem illa afferent quæ in hac Decade à nobis disputata sunt De vectigali fundo, De superficiario & de emphyteuticario.

ERROR VIII.

De sententia & ratione leg. epistolam 75. §. mulier, D. ad Senatusconsultum Trebellianum.

Responsi huius sententiam non benè videntur percepisse Interpretes: Rationem certè non perceperunt. Putant enim, Azonem & Accursium secuti, hæredem à muliere institutum fuisse nepotem ex filio prædefuncto rogatúmque illum vt matri suæ eidémque testatricis nurui hæreditatem purè restitueret, Rursúmque rogatam nurum vt filio suo eidémque hæredi eandem hæreditatem redderet. In qua specie volunt responsum fuisse à Scæuola, cùm quæreretur an statim fideicommissum restituere nurus deberet, an post mortem duntaxat suam, Aptandum esse fideicommissum ad id tempus quo nurus moreretur. Ac quoniam vident repugnare rationem iuris, quæ fideicommissum neque die, neque conditione vlla suspensum statim præstari iubet, *l. 1. ff. de condit. & demonstr. l. legauerat 41. §. vltim. de legat.* 3. Aiunt speciali ratione motum fuisse Scæuolam vt ita responderet, Quòd fideicommissum illi ipsi personæ præstandum esset à qua paulò ante præstitum fuerat, id est nepoti testatricis, quem illa hæredem institutum & fideicommisso hæreditatis ornauerat, & subinde alio fideicommisso eiusdem hæreditatis honorauerat. Hoc enim casu non dubitant rationem iuris facere vt non statim sed post secutam demùm grauati mortem fideicommissum præstandum sit. Ne alioqui eueniat, inquiunt, vt sit inutile in persona prioris fideicommissarij si postquàm fideicommissum ab hærede accepit, statim illud ipsum, & omne quod priore fideicommisso continebatur, eidem à quo accepit restituere teneatur. Ideóque Bartolus non aliam huius responsi summam esse arbitratur, quàm vt fideicommissum illi ipsi restituendum à quo acceptum fuit, non nisi post grauati posterioris mortem restitui debeat ne sit inutile. In quo non solùm diuinant isti, supplendo multa quæ nunquam Scæuola suppleuisset, cui moris erat non ad alia respondere quàm ad ea quæ ex facto proponebantur, vt nemo nescit, sed etiam violant apertissimè iuris rationem, dum id agunt quantum possunt, ne illam offendere videantur. Denique non obseruant vim & proprietatem verborum, quibus vsa testatrix fuerat, & quorum pondere raptum Scæuolam dubitandum non est ita respondisse. Diuinant primùm & supplent malè, institutum fuisse à testatrice nepotem quem habebat ex filio prædefuncto. Neque enim id exposuerat qui Scæuolam consulebat, sed hoc tantum, Hæredem à muliere institutum rogatum fuisse vt hæreditatem restitueret, non expresso eo quisnam hæres ille esset, vt appareret quàm parum referret quis esset, an nepos ille an alius quilibet dummodò capax. Neque verò credibile est institutum fuisse eum ipsum nepotem quem testatrix posteriorem fideicommissarium fecerat. Non ob id solùm quod Interpretibus placet, futuram ex eo inutilem & absurdam tam institutionem, quàm priorem substitutionem, Rogato nepote illo vt hæreditatem matri suæ statim redderet, vicissimque rogata matre vt hæreditatem filio suo à quo acceperat statim restitueret (quid enim vtilitatis aut ex institutione ad nepotem, aut ad nurum ex fideicommisso pertineret restituta per vtrumque confestim ex Trebelliano hæreditate?) Sed etiam quia legis verba repugnare quodammodo videntur, Tantùm abest vt huic interpretationi patrocinentur. Sic enim loquuntur de nepote cùm tractant de fideicommisso, quod ei à nuru præstari testatrix voluerat, vt eum ipsum hæredem institutum fuisse neque ponant, neque supponant, sicut neque mortuum filium testatricis ex quo nepos ille susceptus erat. Atqui, inquies, nec illud probabile est, mulierem in ea specie fuisse instituturam nepotem si filium superstitem habuisset, Neque rursum prædefuncto filio & superstite nepote, alium illam quàm nepotem hæredem electuram. Ideirco, inquam, probabilius est institutum fuisse filium primi gradus, potiùs quàm nepotem, Aut si velis fingere cum Interpretibus præmortuum filium, vel etiam de matre si voles tam meritum vt ab ea vel præteriri vel exhæredari debuerit, Quid vetat ponere institutum potiùs maritum aut alium denique quemlibet cum onere tamen fideicommissi hæreditatis præstandæ nurui, Rogata subinde nuru ipsa, vt filio suo eandem hæreditatem restitueret? Constat enim sic olim frequentiùs obseruari solitum, vt proba quæque mulier maritum hæredem scriberet non solùm affectionis intuitu & tanquam liberis omnibus chariorem, sed etiam propemodum ex necessitate, Cùm viderent matres æquè futurum vt institutis liberis earum bona peruenirent ad maritos iure patriæ potestatis & adita per liberos hæreditate, Scilicet ante Constantini legem quæ prima induxit vt bonorum maternorum proprietas ad communes liberos pertineret, solo vsufructu patri relicto, *l. 1. C. de bon. matern.* Nisi fortè vellent illæ liberos instituere sub ea conditione, si à patre emanciparentur, Aut si morte patris vel quo alio modo effecti essent sui iuris. Quæ satis frequens erat formula institutionis cùm filiusfamilias aliquis ab extraneo hæres scribebatur. Sed patribus tamen inuisa, qui ea de causa facilè in suspicionem veniebant futurum vt eorum mortem captarent liberi spe & auiditate nimia obtinendæ hæreditatis, vt constat *ex l. quidam cùm filiumfamilias 46. D. de hered. instit. l. si cui legatum 92. & seq. D. de condic. & demonstr. leg. filiusfamilias 114. §. sed si liberos de leg.* 1. Ideóque rarius erat vt ea institutionis formula matres vterentur, quas æquum erat modis omnibus prospicere, ne cum maritorum offensa liberis fauerent in quos sciebant datam patribus vitæ necisque potestatem. Qua eadem ratione fiebat vt cùm quoque cùm maritos hæredes scriberent vix rogarent eos de restituenda liberis hæreditate: Nec purè, quod fuisset illusorium quia hæreditatis, per patrem restitutæ filio commodum totum ad patrem rediisset iure potestatis, nisi si pater adire recusasset, *l. cogi 16. §. si pater D. ad SC. Trebell.* Nec sub conditione emancipationis, aut in diem mortis, Ne eiusmodi adiectione mariti offenderentur, quibus haud dubiè prima conditio erat inuisa propter iacturam patriæ potestatis, Altera periculosa & plena mali ominis tristisque euentus vt loquitur, *l. vlt. C. de pact.* vtraque odiosa. Et ob eam nimirum causam posset quis non improbabiliter coniicere & suspicari, In ea specie quam ex Scæuola tractamus fuisse maritum hæredem institutum. Sed probabilius tamen videtur vt filium ipsum institutum ponamus, (cur enim præsumeremus vel præmortuum fuisse, vel exhæredatum,

vel,

vel, quod effectu idem est, præteritum siue tanquam ingratum, siue nulla de causa? & rogatum vt hæreditatem restitueret non nepoti ex filio illo adhuc superstite, quia iure potestatis rediisset eo casu hæreditas ad patrem aut ad auum paternum si tùm quoque is viueret, sed nurui suæ, id est vxori filij ex quo susceptus erat nepos retentus in potestate. Tùm rogatam nurum vt eandem hæreditatem faceret peruenire ad filium suum, eundémque nepotem testatricis. Quo ita constituto apparet cessare rationem illam qua nostri volunt motum fuisse Scæuolam vt responderet spirandum esse fideicommissum ad tempus quo nurus moreretur. Nec eo minùs tamen verum est quod ille respondit, non statim debere nurum hæreditatem restituere, sed post mortem demum suam. Sicut è contrario nihil absurdi est duobus à testatore factis fideicommissariis hæreditatem restitui à primo statim atque fuit ei ab hærede restituta, licèt ita futurum sit vt nullum lucrum & commodum ex ea primæ restitutione penes ipsum remaneat. Quod nec Interpretes nostri negant, si modò fideicommissarius secundus alius sit quàm qui fideicommisso priore obstrictus fuit, puta si testator sic dixerit, *Titius hæres esto, Rogo te Titi vt hæreditatem restituas Sempronio, Rogo te Sempronium vt eandem hæreditatem restituas Mæuio.leg.1.§.de illo quærimus, §. inde Neratius. leg.si patroni 55.§.qui fideicommissum D. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Cùm ergo fateantur omnes hoc casu debere Sempronium statim Mæuio restituere non expectato tempore mortis, cur aliud iuris constituamus etiamsi Mæuius hic proponatur & hæres institutus, & primus ipse eandem hæreditatem Sempronio restituere rogatus? Nempe voluntas testatoris in omnibus sequenda est: Nec dici hîc potest, quod aliàs plerumque euenit, vt circuitus vitandi gratia hæreditas vel habeatur pro restituta si idem sit hæres & posterior fideicommissarius, vel rectâ restituatur per hæredem posteriori fideicommissario si alius sit qui priori fideicommissario, & alius cui prior fideicommissarius restituere iussus fuit. Nam priore casu non potest hæres recusare quominùs hæreditatem restituat ei, cui testatore restitui iussit, quemadmodum nec fideicommissarius vt eam statim reddat hæredi perinde acsi non hæredi sed alij cuilibet restituere iussus esset. Nisi quòd non indiget hic hæres post secundam restitutionem vtilibus actionibus quibus alius indigeret, cùm possint ei sufficere directæ, *l. si hæres 70. D. ad SC. Trebell.* Nec potest obijcere doli exceptionem fideicommissario quasi petenti idipsum quod statim restituturus est ex vulg. *l. dolo facit 8. de reg. iur. l. in condemnatione 173 § vltim. de reg. iur.* Non enim restituet quasi eidem, sed quasi alteri, hoc est, non quasi hæredi sed quasi fideicommissario, quod sufficit vt alia persona esse videatur, *leg. si paterfamilias 15. §. 1. D. de adopt.* Idque adeò verum est vt sicuti actiones vtiles non possent dari secundo fideicommissario nisi restituta hæreditate ex testamento, & eo ipso modo quo restitui eam testator voluit, *l. 1. l. sed et si alio loco 9. § vltim. & l seq. D. ad SC. Trebell. l. si mulier 59. § ex asse D. de iur. dot.* Ita neque hoc casu possent competere directæ efficaces si non haberet hæres hæreditatem ex eo iure quo habere illum testator voluit, id est iure fideicommissi. Nam licet neque Senatusconsulti Trebelliani, neque Prætoris auxilio indigeat hæres vt habeat directas actiones etiam post restitutam hæreditatem, tamen vt habeat eas efficaces post restitutionem quam fecerit aut facere debuerit, non magis fieri potest sine auxilio Senatusconsulti & prætoris, quàm vt habeat vtiles, quandoquidem potestatis eiusdem est facere vt post restitutionem posterior fideicommissarius habeat vtiles actiones, & vt habeat directas efficaces, Cùm directæ illæ efficaces sint veluti loco vtilium, nec alia de causa excludant vtiles, quàm quia ipsæ directæ ex inefficacibus factæ sint efficaces. Posteriore autem casu quem suprà diximus, id est si prior fideicommissarius rogatus sit hæreditatem restituere non hæredi à quo acceperit sed alij; non eò minus necessarius est ille circuitus, vt per manus prioris fideicommissarij hæreditas perueniat ad secundum, quòd nihil ex hæreditate remansurum sit penes priorem fideicommissarium, quia non aliter possent transire actiones in secundum fideicommissarium quàm si restituta esset hæreditas à primo ex iudicio & voluntate testatoris & iuxta formam ab eo præscriptam. Quod vtique non eueniret si neque priori fideicommissario hæreditatem restitueret hæres, sed secundo, neque hæreditatem secundus fideicommissarius haberet a primo sed ab hærede. Circuitus ergo hic necessarius est vt testatricis voluntati satisfiat, nec inutilis dici potest qui tale effectum tantúmque effectum habet. Itaque alia ratio quærenda est quæ mouerit Scæuolam in specie proposita vt fideicommissum quod nurui purè iniunctum videbatur, non nisi post nurus mortem præstandum esse responderit. Ea verò ratio non aliunde petenda est quàm ex verbis quibus testatrix vsa proponebatur. Non enim præceperat nurui vt hæreditatem restitueret filio suo, vt *in l. vxorem 41. §. vlt. de legat. 3.* quo casu sine fideicommissum fuisset purum, & consequenter statim præstandum, *d § vlt. & l. 1. D. de cond. & demonstr.* sed vt faceret hæreditatem ad filium peruenire. Quibus verbis sui natura tractum temporis, vt nemo non videt, habentibus, satis declarauerat nolle se vt hæreditas nepoti statim restitueretur, quoniam si ea restitutio statim fieret nepoti, non tam ad nepotem ipsum, quàm vel ad auum paternum, vel ad filium eundémque maritum bona peruenirent, iure scilicet potestatis. Alterutrum siquidem & superstitem eo tempore, & hæredem institutum fuisse, vt iam diximus necessariò ponendum est. Quem enim alium præter maritum aut filium hæredem scribere potuisset ac præferre nepoti? Aut cur credamus adeò miseram fuisse testatricem vt viua & maritum amisisset, & filium, cùm neutrum expressisset is, qui Scæuolam consulebat? Nam & inde illud etiam est, quod vbi purè fideicommissum datum est, & adjectum, *Roga des filio tuo facias quæ vt ad eum perueniat,* Responsum fuit videri fideicommissum datum filio in id tempus quo capere possit, id est quo sui iuris fiat, *l vbi purè 19. in princ. ad SC. Trebell.* quoniam alioqui non perueniret hæreditas ad filium, sed ad patrem, licèt per mediam filij personam. Peruenisse namque accipimus cum effectu, vt *in l. 2. §. peruenisse D. de hæred. vel act. vendit.* Idémque est si testator iusserit vt pater reliquat filio, vel his verbis: *Volo eum habere*: vel *volo ad eum pertinere, l. fideicommissa 11 §. si filia, de legat 3.* Dices: Non ergo debuisse Scæuolam respondere, quod respondet Aprandum esse fideicommissum ad tempus quo nurus moreretur, sed potiùs ad id tempus quo nepos ille sui iuris factus esset. Atque ob id nimirum solent nostri opponere Scæuolæ quod scriptum est *in d. l vbi, & d. §. si filia*, quasi loci illi inuicem pugnent. Et vt conciliationem afferant, respondent, fuisse filium eundémque fideicommissarium in potestate rogati. At non etiam apud Scæuolam, cùm matres non habeant liberos in potestate. Verùm in hoc ipso errant quod pugnare putant locos istos qui tamen optimè consentiunt. Probant enim omnes non esse statim restituendum fideicommissum propter verba illa tractum temporis, vt dixi, habentia *facias peruenire*: quod alioqui statim restituendum

tuendum esset. De illo tantùm quæri potest, Si vlla nuru nepos hic de patris sui aut aui paterni potestate exiisset: An ideò statim restituere illa fideicommissum deberet. Quid enim refert An sit nepos in grauati potestate an non sit? Cùm vtroque casu id videatur voluisse testatrix vt fideicommissario præstaretur fideicommissum eo tempore quo esset sui iuris. Aut si cùm à patre fideicommissum præstandum est filio quem habuit in potestate placuit non videri rogatum patrem vt restituat hæreditatem nisi post mortem suam, ob hoc solùm quod habuit filium in potestate qui moriente demum patre sui iuris futurus est: Cur perinde aptamus fideicommissum iniunctum nurui ad tempus quo illa morietur, cùm non idcirco futurum sit vt filius eius reperiatur sui iuris? Et hoc nimirum est quod inquirere nostri Interpretes, & explicare debuerunt. Respondendum est, vt ego quidem arbitror, Eum qui rogatur hæreditatem restituere filiofamilias alieno his verbis additis, vt faciat hæreditatem ad eum peruenire, non tam videri iussum vt hæreditatem ei restituat statim atque sui iuris erit, quàm prohibitum ne priùs restituat, quàm ille sui iuris factus fuerit. Aliud verò esse si pater rogatus proponatur. Tunc enim si filium emancipet, hoc ipso videtur iam tum velle satisfacere voluntati testatoris, nec aliam ob causam emancipare filium quàm vt emancipando faciat hæreditatem ad eum peruenire: Sicuti è contrario dicimus Rogatum patrem vt filium emancipet, eique fideicommissum præstet, si moram emancipationi fecerit, hoc ipso videri etiam facere moram fideicommisso, *d.l.si cui legatum 92.in fin.D.de condic. & demonstr.* Adeóque si solummodò rogatus sit pater vt filium cohæredem sibi datum emancipet, ita vt curatores à Prætore filius acciperet, patris fideicommissum videri, vt filium sui iuris constitutum ad hæreditatem peruenire patiatur. Sic enim Papinianus respondit *in l.mater 93. eod.tit.* Quod non similiter dici potest cùm alius quàm pater rogatus est fideicommissum dare quamuis filiofamilias. Nam pater quidem si filium hunc alienum emancipet, facit vt bona possint ad illum peruenire, At non idcirco potest obligare grauatum qui nihil facit, vt statim restituat, ne sit in vnius potestate efficere, vt fideicommissum citiùs ab alio grauato præstetur. Sed hìc illa superest difficilior hæsitatio, Cur ergo fideicommissum præstandum sit post mortem nurus cùm per eam mortem nihilo magis fiat vt bona peruenire ad filium possint. Puto rationem illam esse, quòd eo instanti quo nurus moritur desinit posse amplius facere vt hæreditas ad filiumfamilias magis perueniat. Quid enim prætereà faciet, cum erit mortua? Proinde alterutrum euenire necesse est, vt vel eo saltem instanti dies fideicommissi cedat, vel nunquam. Nec enim ponimus relictum esse fideicommissum etiam ab hærede nurus, quem neque sperandum erat alium fore quàm ipsius filium si tùm superesset. Cùm ergo ipsa etiam bona paterna necesse sit siue ex testamento, siue ab intestato ad filium eius peruenire, nisi fuerit ille aut tacitè aut expressè exhæredatus. Qui absurdi est etiam bona cætera quæ fideicommissi onere affecta sint, restitui filio, licèt ex eo futurum sit vt non tam ad filium quàm ad patrem ipsius perueniant per mediam personam filij siue præteriti ab auia, siue exhæredati, siue instituti? Nam & cùm grauatus instituit hæredem fideicommissarium ea institutio pro fideicommissi restitutione est, *l.Lucius 123.de legatis 1.* Quid igitur si nurus expressim grauata fuisset hæreditatem restituere filio cùm sui iuris factus esset? An si filium hæredem instituerit videbitur perinde vtiliter hæreditatem restituisse, quasi repræsentato fideicommisso? Minimè, quia nec id facere potuit, citra nepotis fideicommissarij iniuriam, cuius interfuit non priùs fieri restitutionem fideicommissi, quàm capere ipse posset, *d.l vxorem §. Seium maritum de legat. 3.* Adeóque quod magis mirère, nec si restitutioni ipse consensisset, *l.si filiusfamilias 114.§.Diui 1. De legat.1.* Longéque dissimile est quod scripserunt Imperatores *in l.post mortem 12. Cod.de fideic.* eum qui post mortem suam restituere rogatus est defuncti iudicio posse satisfacere etiam priusquàm fati munus impleat si velit, vt ex iis constat quæ nos de illius loci sententia scripsimus in libris coniecturarum. Proinde non acquirentur bona ista patri per filium, nec rursus filio, quamuis instituto, nisi tanquam materna, at non etiam tanquam fideicommissoria. Cuius distinctionis effectus in eo erit, inspecta scilicet iuris veteris ratione vt non possint ea bona per patrem alienari, sicuti materna cætera, quominùs filius factus sui iuris ea vindicet acsi nunquam filio quæsita fuissent nec patri per filium, Quod non æquè contingeret si fideicommissum propter institutionem habendum esset pro restituto. Sin filium præteriit, vel exhæredauit nurus hæc de qua agimus alio hærede instituto, non cogetur hæres ille fideicommissum priùs præstare quàm filius factus sit sui iuris, siue per mortem patris, siue per emancipationem aut quo alio modo *l.mulier 22.in princ. D.ad SC.Trebell. d.l fideicommissa 21.§.cui de legat.3. l.si ita esset 15.D. quand.dies legat.ced.* Interim igitur etiam mortua nuru retinebit hæreditatem testatoris quasi dies fideicommissi nondum cesserit, Restituturus posteà si quandoque contingat filium effici suæ potestatis. Nam & ab hærede grauati licèt neque rogatus ipse sit, neque Senatusconsulti Trebelliani verbis comprehensus hæreditatem restitui posse certum est, *leg. quamuis 40.§.1.ff.ad SC.Treb.* Quòd si accideret mori filium, antequam sui iuris factus esset, vtique remaneret fideicommissum penes hæredem nurus, quasi deficiente persona cui restitui possit & debeat vt *in leg.Statius Florus 48. §.Cornelio Felici D.de iur.fisc.* Malè autem Accursius ad hoc Scæuolæ responsum notat simile esse quod ex Paulo scriptum est in *l.si legatarius 8.§.vlt.de leg.3.* Cùm ita petiisset testator vt quicquid ex bonis eius ad patrem peruenisset, pater filiæ suæ sic restitueret, vt eo ampliùs haberet filia quàm ex bonis paternis habitura esset, Diuum Pium rescripsisse manifestum esse de eo tempore sensisse testatorem, quòd post mortem patris futurum esset. Id enim rationem aliam habet, planéque diuersam, Nempe quòd testator fideicommissi præstationem retulisset ad tempus illud quo filia partem suam habitura esset ex bonis paternis, in quibus tamen certum erat nihil habere illam posse viuo patre, *l.1.§.si impubere.D.de collat.bonor.* At in eo casu quem tractat Scæuola nihil est ex quo coniici possit collatum fuisse fideicommissum in tempus quo pater fideicommissarij moreretur. Quare nec respondet Scæuola, Aptandum esse fideicommissum ad tempus, quo pater, sed ad illud quo nurus morietur. Aptissimè verò *aptandi* verbo vsus est Scæuola quia fit hoc per interpretationem verborũ illorum *facias ad filium peruenire*, quæ ad nullum tempus certum relata sunt, & idcirco cõmodissimè interpretationem illam recipiunt, vt aptentur ad tempus mortis nurus quasi relicto fideicommisso non quidem sub conditione, sed in diem incertum, per verba habentia tractum temporis incerti, quæ cùm possint extendi in tempus, quo nurus morietur non priùs eam obligant, vt restituat hæreditatem, quàm ipsa decesserit, Cùm quandiu viuit, possit facere vt bona perueniant ad filium, Tum verò desinat posse facere cùm ipsa moritur: Vt proinde nihil ei nocere debeat vt fideicõmissũ citiùs

præstare

præstare cogatur, quod filius antè factus sit sui iuris. Sufficit enim vt quandoque voluntati testatoris satis faciat, dum nec tardius quam testator voluit. Non secus ac si datum esset fideicommissum *cum volet*: quo casu censetur vtique datum post mortem *d. l. vxorem §. Scæuola pen. de leg. 3.* Quare nec aliud responsurum fuisse Scæuolam putarem etiamsi poneres neque pattem, neque auum vllum paternum huic testatricis nepoti superesse, in cuius esset ille potestate

ERROR IX.

De emendatione & sententia l. si hæres institutus 70. D. ad SC. Trebell.

QVod video tam constanter placere interpretibus nostris, Inutile esse fideicommissum quod quis obstringitur erga eum, qui & ipse rogatus sit eandem hæredit. rem eidem personæ à qua acceperat purè statimque reddere, ideóque benigna interpretatione sic accipiendum posterius vt videatur prior fideicommissarius rogatus de restituēdo post mortem domum suam *ex l. epistolam 75. §. 1. D. ad SC. Trebell.* de cuius sententia proximè diximus. Facilè mouet me vt suspicer corruptum fuisse ab aliquo interprete textum Pompon: in *l. si hæres institutus 70. in princip. eod. tit.* vbi scriptum legimus, Si hæres institutus rogatus fuerit hæreditatem restituere Titio, & rursum Titius hæredi post tempus, sufficere directas actiones hæredi. Cur enim addidisset Pomponius verba illa *post tempus*? An quod aliud iuris esse putauerit, si Titius fideicommissarius hæreditatem hæredi restituere non post tempus, sed purè rogatus sit? Nam & ita Castrensis noster ad eum locum interpretatur. Atqui non putò dubitandum, quin hoc casu directæ actiones sufficiant hæredi, nec ei necessariæ sint vtiles, quas nec habere potest qui directas habet, cùm in eadem persona & eodem respectu directæ & vtiles nequeant consistere: Præualentibus scilicet directis, quæ si post vtiles acquisitas superuenirent, vtiles extinguerent tanquam vtilibus digniores & potentiores. Eo nimirum iure, quod maior & principalior obligatio tollit minorem, *l. si reus 13. D. de duob. reis l. si duo 93. vers. sed et si reus. D. de solut.* Sunt igitur verba illa vel sine effectu, vel ab interprete addita, qui existimabat id ipsum quod cæteri, Non posse valere fideicommissum quod quis ei præstare iubeatur, à quo illud ipsum statim recepturus sit, tanquam quod non nisi momento esset duraturum vt Castrensis loquitur, Exemplo fortassis eius, quod dic tolet, Non alienari nummos qui sic dantur vt statim recipiantur, Et eum, qui sic soluit vt statim recipiat, minime liberari, *l. qui sic soluit 53. eod. tit. De solut.* Nam si primum fideicommissum non valeret, vtrique nec secundum valere posset, quod à priore fideicommissario præstari testator voluit, & directæ actiones quæ in persona hæredis instituti eiusdemque secundi fideicommissarij remansissent, efficaces quidem essent, at non tam ex vi & potestate posterioris fideicommissi quod euanesceret sane primo non subsistente, quamquia nunquam desiissent illæ efficaces esse per restitutionem factam Titio ex fideicommisso inutili: Restitutionem enim vtiliter & ex Trebelliano factam esse necesse est, vt tota omnia directa tam actiua quàm passiua remaneant inefficacia propter trāslatas in fideicommissarium vtiles actiones, *l. t. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. & pass. D. ad SC. Treb.* At Pomponius cùm ait directas actiones sufficere hæredi, haud dubiè sic intelligit vt sufficiant post restitutionem ei factam à Titio, supponitque restitutam fuisse Titio hæreditatem ab hærede instituto, & ex ea restitutione translatas fuisse in Titium vtiles actiones Senatusconsulti potestate. Alioqui quænam obsecro dubitandi ratio afferri posset, propter quam non viderentur sufficere directæ quæ & ab initio efficaces fuissent, & nunquam esse desiissent? Supponit igitur valere prius fideicommissum itemque posterius, cùm si alterutrum esset inutile nullus quæstioni locus relinqueretur. In eóque conuenit mihi cum interpretibus cæteris omnibus: Sed non in eo quod addunt necessariò ponendum esse quod rogatus sit Titius de restituenda hæredi instituto hæreditate post tempus vt fideicommissum Titio relictum valere possit. Verissimum enim est quod præcedenti capite probauimus, Perinde valere fideicommissum relictum Titio, etiamsi Titius eandem hæreditatem hæredi ipsi purè restituere rogatus sit, atque si post tempus restituere iussus esset. Quid enim est quod possit impedire? An quod Castrensis ait ex cæterorum sententia momento duntaxat duraturum esset in persona Titij? Hoc verò primùm falsum est. Durabit enim tanto tempore quantum intercedere continget inter restitutionem factam Titio, & eam quam à Titio fieri oportebit. Quod tempus plerumque longum est, siue propter negligentiam posterioris fideicommissarij non petentis fideicommissum quamuis præsenti die datum *in l. mulier 22. § hæres D. eod.* vbi additur quod magis est, fructus medio illo tempore perceptos à grauato vsque adeò ei acquiri vt nec imputentur in Trebellianicam, quasi qui non ex iudicio testatoris, sed ex sola negligentia non petentis percepti sint, siue propter contumaciam hæredis aut alterius grauati latitantis nec patientis secum agi de fideicommisso, vt in *l. fancimus pe. ad fin. C. eod.* Siue denique alia qualibet ratione fiat ne tam citò præstetur fideicommissum. Possunt enim variæ causæ interuenire ne præstetur incontinenti quamuis purè sit relictum. Propter quas prudentibus semper placuit, etiam de præsenti legatus & fideicommisso locum habere satisdationem illam prætoriam quæ præstanda est ex illa parte edicti qua Prætor edicit vt legatorum seu fideicommissorum nomine caueatur, *l. etiam 15. in prin. & l. tit. Vt legat. seu fideic. nom. caueat.* Vnde petenda ratio est eius quod Scæuola respondit *in l. vxorem 41. §. vlt. de legat. 3.* Cùm quis hæredis scripti fideicommisisset vt Seiæ vxori vniuersalem restitueret hæreditatem, & vxoris rursum fidei in hæc verba commisisset, *A te Seia peto vt quicquid ad te ex hæreditate mea peruenerit reddas, restituas infanti meæ dulcissimæ. Aqua Seia satis exigi vero, cum sciam eam potius rem aucturam quam detrimento futuram*: posse Meuiam statim fideicommissum à Seia petere, nec quicquam proponi cur non possit Contrarium enim suadere illud videbatur quod à Seia rogata satis exigi testator vetuerat, & causam adiecerat, quod sciret eam potius rem aucturam. Quomodo enim augere posset quæ fideicommissum confestim & incontinenti restituere deberet? Sed bene vidit Scæuola nihil repugnare quominus etiam purè dato fideicommisso verba illa aptari possint, cùm etiam pro puro legato & fideicommisso satisdari ex edicto debeat *d. l. etiam*, quod nec Accursius nec Bartolus ignorarunt Falsum igitur est quod pro vero nostris habent, Non nisi momento duraturum fideicommissum quod Titio relictum esset, rogato & ipsi purè vt hæredi restitueret, ob idque esse inutile: eum necessario duraturum sit in eum vsque diem quo non solum petatur, sed etiam restituatur. Erat enim fideicommissi restitutio necessaria omni casu temporibus Scæuolæ siue re, siue verbo, restitueretur hæreditas, *l. restituta 37. libro facta 63. in prin. D. ad SC. Treb.* nec minùs si primus

Primus fideicommissarius, quàm si hæres ipse rogatus esset vt alteri hæreditatem restitueret, vt *in l. 1. §. de ido quæritur & § inde Neratius, l. si patr. 55. §. qui fideic. eo.* Solùmque de illo dubitabatur quomodo posset eo casu fieri translatio actionum à fideic. fideicommissarium, cum prior fideicomissarius non haberet nisi vtiles, nec de alio locutum esset Senatusconsultum Trebellianum, quàm de eo cui hæres scriptus hæreditatem restituere rogatus esset. Ideó que dubitationis huius tollendæ gratia Iustinianus tandem cõstituit *in d. l. pen C. eod.* vt ea translatio actionum ipso iure fiat hoc casu, quemadmodum & cùm hęres rogatus latitat, aut decessit absque hęrede. Cæterùm non eò minùs petendum fideicommissum est, quia etsi fideicommissi restitutio non tantùm solutio sit, sed etiam successio, quæ fideicommissarium obligat æri alieno, *l. non enim 38. D. eod.* eueniret alioquin vt ignorans & inuitus quia obligaretur ex fideicommisso quod ad se pertinere nollet: Quod adeò absurdum esset, vt nec si seruo meo iussus aliquis sit hæreditatem restitueret, possit tamen ea restitutio fieri me inuito aut ignorante, *l. seruo 65. in princip. eod.* Ne scilicet æri alieno per seruum meum obliget vel inuitus, vel ignorans, *l. qui in aliena 6. D. de acquirend. her.* Proinde ad rem non pertinet si quis obiiciat. Non alienari nummos qui sic dantur vt statim recipiantur, neque ex solutione sic facta liberationem contingere, *d. l. qui sic soluit 53. D. de solut.* Nec enim hæres qui de hæreditate Titio restituenda rogatus est eam legem restitutioni potest dicere vt eadem hæreditas sibi statim restituatur, quamuis æquè Titius de eadem hæreditate eidem Titio restituenda purè grauatus fuerit, sed fideicommissum à se relictum purè reddere debet, petiturus postea illud quod sibi quoque purè debitum esse contẽdat, vt voluntati testatoris in omnibus, & per omnia satisfiat. Tantúmque distat vt verè dici possit quod volunt interpretes. Ex posteriore fideicommisso quod Titius hæredi purè reddere debeat, impediri validitatem primi, quod ab hærede primùm Titio præstari testator voluit, vt non aliter possit secundum valere quàm si primum valeat. Quomodo enim posset Titius restituere id quod nunquam habuisset? Aut quomodo fieri actionum translatio à persona primi fideicommissarij in personam secundi si actiones nullæ primi in persona vnquam constitissent? Rursum quomodo constitissent ex inutili fideicommisso? Cùm neque sufficere possit ad actionum translationem vt fideicommissum vtiliter datum sit nisi etiam illud concurrat vt fuerit vtiliter restitutum? *l. si mulier 59. §. ex asse D. de iur. dot.* Ergo vel ob hoc ipsum vt posterius fideicommissum valeat, de quo nec dubitant nostri quin valere debeat, fatendum necessariò est prius quoque valere vt actionum translatio fieri possit si posterior fideicommissarius alius sit quàm ille ipse qui priore fideicommisso grauatus est vel haberi pro facta directis actionibus efficaciam suam resumentibus quam amiserant per restitutionem. Tam enim difficile est vt directæ actiones quæ in persona hæredes grauati remãserant fiant ex inefficacibus efficaces post priorem restitutionem, quàm vt ex secundo fideicommisso transferantur: vtiles in personam alterius fideicommissarij cuiuslibet. Et vtroque casu necesse est vtrumque fideicommissum valere, & ex vtroque fieri duplicem restitutionem, aut haberi saltem pro facta: Quamuis minus sit dicere actionem esse efficacem quàm vtilem, quotiens aliqua subest iniquitas quæ efficaciam actionis retundere debeat: Quasi efficax actio æstimanda sit ex iuris potestate. Vtilis verò ex effectu, & vtilitate quam affert *§. 1. & §. præterea debitor. Inst. de except.* Sed etsi verum illud esset, Non nisi momento durare posse fideicommissum quod quis hæredi à quo iam accepit, subinde statimque restituere teneatur, Eadem ratio facere deberet vt perinde inutile habendum esset, iametsi non illi ipsi à quo præstitutum fuisset reddi id oporteret, sed alij cuilibet. Cùm nihil possit referre cui restituatur fideicommissum, quod omnimodo & omni casu purè statimque restituendum est, nec eo magis possit durare in persona prioris fideicommissarij, quod alij restituendum sit, quàm ei qui prior dedit. Et tamen non est ex interpretibus, qui non fateatur valere fideicommissum quamuis purè relictum ab eo qui ab alio illud acceperit, adeò vt nec tacitam vllam dilationem & conditionem ex ea causa sumere debeat, cùm ex verbis sit purum, quod & nominatim fatetur Castrens. ad *d. l. hæres ex l. 1. D. de condic. & demonstr.* Quod verò pro erroris sui confirmatione nostri afferunt, *ex l. epistolam 75 §. 1. D ad SC Trebell.* quam absurdum sit, iã docuimus capite superiore Nec minùs miror quod tradit Castr. *ad d. §. 1* alios esse duos casus in quibus fideicommissum purè relictum non tamen nisi post mortem deberi intelligitur: Vnum *in l. Pamphilo 39 in princip. de leg. 3. Alterum in l. vxorem 4 §. vlt. eod* quod sanè falsum est. Nam *in d. l. Pamphilo* non quæritur an fideicommissum purè datum sit an post mortem, sed an aliquod induci possit ex illis verbis, *Scio omnia, quæ tibi Pamphilo relinquo ad filios meos peruentura.* Cùmque respondisset Scæuola præcisè nullum ex iis verbis fideicõmissum deberi, Tribonianus duriorem eam sententiam esse arbitratus, sic immutauit responsum Scæuolæ, vt ex verbis quidem nullum fideicommissum Pamphilo iniunctum videatur, sed aliud tamen dicendum sit ex sententia testatoris, Exemplo eius quod in specie simili, vt quidem Tribonianus putat, sed vt nos arbitramur omnino dissimili, Imperator Marcus rescripsit, de qua in *l. vnum ex fam 67. §. vlt. de legat.* 2. Totum enim Scæuolæ responsum illud à Triboniano deprauatum fuisse certum est, neque dubitabit qui ea legerit quæ nos in eam rem contra Tribonianum scripsimus in libris Coniecturarum. Hoc autem admisso vt in suprascripta specie fideicommissum aliquod inducatur siue ex verbis, siue ex sententia testatoris. Mirum non est quod post Pamphili dumtaxat mortem debeatur, quia non purè datum videri potest, sed in diem propter verba illa *scio peruentura*, quæ tractum temporis habent, *arg. l fideicommissa 11. § hæc verba & seq. de leg. 3.* non minus quam ea quibus vsa testatrix fuerat *in d. l. epistolam, §. 1. facias peruenire*, cum ad implendam voluntatem testantis qui certum tempus nullum præscripsit, vt bona quandocunque perueniant ad fideicommissarium. Satis ergo erit si perueniant post mortem rogati quemadmodum si rogatus esset restituere hæreditatem *cùm vellet*, vt ad superioris capitis finem obseruauimus *ex dicta lege vxorem §. penult.* Sed quod aliud exemplum petit Castrens. *ex d. l. vxorem §. vlt.* quasi in ea specie fideicommissum purè datum, post mortem tamen præstandum sit, omnino improbabile est, Aperta enim sunt verba Scæuolæ, Statim reddendum Mæuiæ fideicommissum, quod à Seia relictum fuerat, cum de hoc ipso quæreretur an statim reddendum esset, an post mortem demum Seiæ, vt supra explicauimus.

ERROR X.

De sententia leg. penultim. §. 1. Cedic. ad Senatusconsultum Trebellianum. & leg. 1. §. de illo quaritur, D. eod.

NEc illud rursus verum est, quod Castrensis sentit ad *dictam legem si heres*, nulla esse opus restitutione vt actiones directæ quæ remanserunt penes hæredem rogatum de restituenda Titio hæreditate, fiant efficaces ex fideicommisso, quo Titius erga hæredem ipsum oneratus fuit: Ne quidem inspecto eo iure, quod Iustinianus constituit *in dicta lege sancimus*. Etsi enim fecit eo loco Imperator, vt ipso iure transeant actiones in secundum fideicommissarium, non ideò tamen fecit vt nulla restitutione opus sit. Causam siquidem nouæ Constitutioni dedit vetus quæstio inter ipsos quoque Prudentes iam olim agitata, Quæ non de illo erat, An fideicommissarius rogatus de hæreditate restituenda fideicommissum restituere deberet, aut an sine restitutione transferre actiones posset, sed an restituendo transferret actiones, vt constat ex Vlpiano *in lege prima, §. de illo quaritur, D. ad Senatusconsultum Trebellianum*, quem refert Iustinianus *in d. l. sancimus* vbi nec de restitutione loquitur Imperator sed de translatione actionum, quam vult ipso iure fieri, id est sola illius legis potestate, potiùs quam vi restitutionis. Cùm antea dubitaretur, nec abs re, an posset restitutio à priore fideicommisso facta, ac proinde tum quoque cùm fiebat, eam vim habere, vt in secundum fideicommissarium transferret actiones: Nempe quoniam Senatus ex cuius authoritate translationem illam fieri necesse est, de ea tantùm restitutione locutus fuerat quæ facta esset per hæredem, non de ea quæ per fideicommissarium, vt ex Senatusconsulti verbis apparet: Item quòd prior fideicommissarius cùm non sit ipse hæres sed tantùm hæredis loco non tam videtur rogari posse vt hæreditatem restituat, quàm vt res ipsas hæreditarias: quomodo loquitur Iustinianus *in dicta lege sancimus* Quod tamen longè diuersum est, Cùm ex singularum rerum restitutione actiones transire non possint *l. cogi 16. §. 2 vers. & generaliter, D. eod.* Imò verò vt Trebelliano locus sit non sufficit rogatum quem esse de restituenda hæreditate, nisi etiam illud concurrat vt rogatus sit quasi hæres, *leg. mulier 22. §. vltim. eod.* Sed tamen iam olim & ante supradictam Iustiniani Constitutionem obtinebat, vt per restitutionem quam primus fideicommissarius secundò faceret, actiones transferrentur, essétque in hac etiam specie Trebelliano locus, quasi parùm referat ad inducendum Trebellianum, an quis rogatus sit tanquam hæres, an tanquam is qui sit hæredis loco, *dict. leg. 1. §. bonorum, & dict. §. de illo quaritur & §. inde Neratius eiusd. l. 1 & l. si patroni 55. §. qui fideicommissum D. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Nec eo minus tamen verum est nouum ius factum esse à Iustiniano: Non in eo quidem quod constituit vt actiones transeant à primo fideicommissario in secundum sed in eo quod fecit vt transeant ipso iure: Id est non vt Interpretes vulgò explicant, sine vlla restitutione, sed sola legis non, vt antea, restitutionis potestate, quamuis restitutionem perinde atque olim fieri hodie necesse sit: Quidni enim fiat cùm fieri commode possit? In eóque differt hic casus ab aliis duobus qui eadem Iustiniani Constitutione comprehenduntur, quorum vnus est si quis hæreditatem restituere iussus sit, & dolo malo siue post litem contestatam, siue antea sese contumaciter celauerit: Alter est, Si suppositus fideicommissariæ restitutioni antequam restitueret hæreditatem ab hac luce sit subtractus nullo hærede vel successore relicto. Nec quod hos tres casus Iustiniani Constitutio iungat, quasi in omnibus idem ius constituatur, ad rem pertinet. Iunguntur enim vt similes fiant in eo, quod in omnibus translatio fit actionum ipso iure, at non in eo similiter, vt nulla sit opus restitutione. Nam in supradictis quidem casibus nulla restitutione opus est, quia deficit persona quæ possit restituere, nec ideò tamen fideicommissum intercidere oportet. At in tertio & vltimo casu cùm fideicommissarius cui restituta est ex Trebelliano Senatusconsulto hæreditas, alij per fideicommissum iussus fuit restituere res hæreditarias, nihil est quod impediat quominùs restitutio fiat: Nec proinde causæ quicquam fuit cur restitutionis necessitatem Iustinianus tolleret, sed cùm posset dubitari & dubitaretur quomodo per eam restitutionem posset fieri trãslatio actionum, Iustinianus, vt dubitationem omnem tolleret, constituit vt hoc quoque casu non minùs quam cæteris duobus translatio illa fieret ipso iure, sed non eodem modo. Hoc enim casu restitutionem interuenire necesse est, non tanquam causam efficientem vt olim, sed tanquam conditionem sine qua non, aliis verò casibus nulla restitutio necessaria est. Denique nullo istorum casuum translatio fit ope & auxilio restitutionis sed ipso iure, non tamen sine restitutione tertio casu. Et idcirco cautè Tribonianus *in dicta lege sancimus*, non de restitutione loquitur, sed tantùm de translatione actionum. Fefellit Interpretes quòd putarunt paria esse ista Transferri actiones ipso iure, & Transferri absque restitutione: quod non ita est. Nam quoties quidem transferuntur absque restitutione, necesse est vt transferatur ipso iure, cùm nihil sit præter legis potestatem quod possit supplere factum hominis, *lege vltima, Cod. Si mancip. ita fuer. alien.* At non similiter è contrario dici potest, quoties actionum translatio fit ipso iure, non esse necessarium factum hominis, in hæreditate restituenda. Cur non enim patiatur lex & requirat interueniente factum hominis, cùm id fieri commode potest? Aut quis non videt Iustinianum *in dicta lege sancimus*, hoc tantum agere vt ius vetus, hac parte augeat, & certum faciat quod dubium credebatur, non item vt corrigat quod certi iuris erat. Porrò nemo vnquam ex prudentibus dubitauit quin hoc casu necesse esset interuenire restitutionem. Ergo neque id Iustinianus abrogauit, vt nostri vulgò malè putant, qui quod scriptum est *in dict. §. de illo quaritur*, hodie in hoc correctum volunt. Malè quoque Accursius noster ad *dict. leg. si heres* putat redire actiones vtiles ad hæredem post restitutionem ei factam à fideicommissario, quasi de illo tantùm quærendum sit, An redeant sublata ipso iure exceptione quæ antea faciebat illas inutiles, An ope replicationis. Non enim redeunt sed extinguuntur, quia nec iis indiget hæres cui actiones directæ sufficiunt vt lex ait. Rectiùs itaque & meliùs Castrensis, extinctionem illam vtilium actionum pro earum transitu esse ait. Cæterùm quemadmodum actiones vtiles non transferentur à primo fideicommissario in secundum sine restitutione, vt diximus, ita neque actiones illæ directæ quæ penes hæredem remanserant, priùs fieri possunt & reddi efficaces, quàm ei restituta sit hæreditas à fideicommissario cui prior ille restituerat. Alioqui paulatim eò tandem absurditatis decurremus, vt in hoc casu translatæ actiones intelligantur adeò ipso iure, vt neque fideicommissum peti necesse sit. Quòd si quis diceret, faceret vtique fideicommissarium non modò ignorantem sed etiam in-

titum

uitium, & consequenter obstrictum æri alieno. In eóque hallucinatus videtur Bald. *ad d. l. I. per. §. 1. n. 3. in fin.* cùm ait, In fideicommissario vniuersali rogato sufficere non solùm quamlibet interpellationem extraiudicialem, sed etiam solum diei lapsum vel conditionis euentum, ad constituendum in mora fideicommissarium rogatum: Quod euidenter certè falsum est, cum probabiliter possit ignorare primus fideicommissarius an secundus agniturus sit fideicommissum etiam cuius dies vel conditio iam venerit quandio secundus fideicommissarius voluntatem suam non declarauit, argum. *l. si sibi homo 36. §. cùm seruus de leg. 1. l. 4 l. si postulante 67 & pass. D. ad SC. Trebell.* Cùm igitur necesse sit fideicommissarium voluntatem suam declarare, quòd velit esse fideicommissarius, tum quoque cùm persona nulla est à qua petere fideicommissum possit, ea verò declaratio nihil aliud quam persecutio fideicommissi, cùm adest persona quæ fideicommissum præstare ac restituere queat, An non prorsus consequens est vt fieri necessariò debeat restitutio, cum fieri commode potest. Neque enim lex supplet vnquam factum hominis nisi ex necessitate, cum persona nulla est, quæ possit facere id quod necessariò faciendum est. Sanè ratio, quam supradicto loco affert Baldus, vt probet restitutionem hoc casu necessariam non esse, omninò inepta est: Ait enim cùm prior fideicommissarius rogatus est vt hæredem alij restituat purè, non videri electum illum nisi tanquam ministrum, & ideò nullum debere commodum apud ipsum remanere, Ex *l. pecunia 8. vbi gloss. de alim. & cibar. legat. l. si quis Titio 17. de legat. 2.* Nam si ita esset, consequens fieret vt nullæ actiones in priorem fideicommissarium transirent ex restitutione facta per hæredem, quia non in alium transire possunt ex Senatusconsulto, quàm in eum qui sit fideicommissarius, quique post restitutionem possit esse hæredis loco *l. 1. & 2. & pass. D. ad SC. Trebell.* Adeóque nec permitteretur ei petere fideicommissum, si nudus minister & executor esset *l. Lucius 78. §. 1. eod.* Denique nullo casu posset commodum vllum ex hæreditate retinere, quod tamen falsum est. Quartam enim deducere potest, si fortè hæres restituerit ei hæreditatem non retenta quarta vt ei soli faueret *d. l. 1. §. inde Neratius.* Ideóque dubitatum est apud Papinianum, An si prior ille fideicommissarius hæredem qui suspectam dicebat adire coëgerit, atque ita ex Trebelliano hæreditatem totam receperit, totam quoque restituere teneatur posteriori fideicommissario *d. l. si patronus 55. §. qui fideicommissum D. eod.* Cui tamen quæstioni locus nullus relinqueretur si priorem fideicommissarium non nisi pro ministro haberi oporteret: Sicuti nec illud verum esset quod in eodem paragrapho Papinianus, priorem hunc fideicommissarium teneri vt præster legata, idque non vltra dodrantem & quidem ex persona hæredis, teneri verò vt secundo fideicommissario præstet fideicommissum, tanquam proprio nomine precibus defuncti ad id obstrictus: Sed etsi verum esset, quod vult Baldus nihil commodi remanere penes illum debere, neque habendum eum nisi pro ministro, perinde tamen factum eius & ministerium necessarium esset in restituenda alteri hæreditate, vt hæreditas restitueretur ex testamento & eo ipso modo quo testator restitui voluisset: Alioqui actiones transferri non possent in secundum *leg. sed si alio 9. §. vltim. & l. seq. eod. tit. l. si mulier 59. §. ex asse D. de iur. dot.* Non enim perueniret hæreditas ad secundum fideicommissarium eo modo quo testator voluit si non per ministri manus perueniret. Eadémque ratio facit vt verum esse non possit, quod ex Ioanne scribit Bart. *ad d. §. de illo*, eo demùm casu restitutionem fideicommissi necessariam esse ad actiones transferendas, quo rogatus sit prior fideicommissarius hæreditatem alteri restituere in diem vel sub conditione. & restituere illam velit ante diei lapsum vel conditionis euentum. Nam nec si hæres ipse rogatus esset hæreditatem similiter in diem vel sub conditione restituere, quicquam tamen ageret restituendo ante diem vel conditionem *l. sed si ante 10. eod.* quia scilicet non restitueret eo ipso modo quo testator restitui voluit, vt benè Castrensis contra glossam disputat *in d. l. sancimus in fin.* Non ergo potest de hoc casu sensisse Vlpianus *in d. §. de illo*, Cùm scribit priorem fideicommissarium restituendo posteriori transferre actiones Neque rursus verum est quod ibidem Bartolus post glossam tradit: Tunc non esse necessariam restitutionem, & transire actiones absque restitutione, cùm prior fideicommissarius fuit in mora restituendi ex *d. l. sancimus*: Quasi differentia inter hæredem & fideicommissarium, cùm quæritur de transferendis ex Trebelliano citra restitutionem actionibus, tota in eo sit, quod hæredis non tantum moram exigimus, sed etiam absentiam, Fideicommissarij verò moram solam licèt ipse sit præsens. Nam præter id quod Iustinianus *in d. l. sancimus §. 1.* nihil dè prioris fideicommissarij mora exprimit, tantum abest vt eam requirat. Certum est moram fideicommissarij facere potius debere vt restituere cogi debeat. Cùm enim non possit esse in mora restituendi nisi habeat priùs restituendi facultatem *l. sciendum 21. D. de vsur.* nulla certè ratio est cur ei post moram faueamus, ne cogatur restituere hæreditatem quam restituere commodè possit. Neque verò alia de causa credendum est constitutum fuisse a Iustiniano *in dicto §. 1.* vt hærede per contumaciam absente, aut defuncto sine successore actiones ipso iure transeant in fideicommissarium & sine restitutione, quàm quia non sit eo casu persona aliqua quæ possit restituere. Quo exemplo non dubitatem si prior quoque fideicommissarius aut per contumaciam absens, aut sine successore defunctus proponeretur, idem iuris admittendum esse in priore fideicommissario quod in hærede, vt transirent ipso iure actiones in posteriorem fideicommissarium absque restitutione, Quoniam eadem hic subesset necessitas iuris noui ad hunc quoque casum extendendi, Cùm restitutio quæ est facti & præsentiam & factum omnimodo requirat eius qui debet restituere, Æquum autem non sit ex dolo & contumacia siue hæredis siue prioris fideicommissarij damnum pati eum ad quem testator hæreditatem suam peruenire voluit, quod neque fieri posset citra iniuriam defuncti, cuius voluntas haud dubiè seruanda & implenda est, quantum fieri potest. Itaque est separandus hac parte prior fideicommissarius ab hærede, quomodo nostri malè separant, separandi sunt primùm casus ij in quibus nulla potest fieri restitutio deficiente persona quæ possit restituere, ab illis in quibus restitutio fieri commodè possit. Vt in illis non tantùm ipso iure transeant actiones, sed etiam sine restitutione, Posteriore verò casu transeant quidem æquè ipso iure sed per mediam restitutionem, Quamuis non vi restitutionis, sed potestate constitutionis Iustiniani *in d. leg. sancimus §. 1.* cùm olim ea translatio fieret vi restitutionis ex receptiore prudentum sententia, quam licet corrigere Iustinianus noluerit, quia tamen vidit fuisse olim hanc quæstionem controuersam quod nonnulli ex prudentibus fortassis crederent (nec enim eiusmodi sententia vlla in libris nostris extat) Senatusconsultum Trebellianum, neque de hoc casu locutum esse, neque ad hunc casum porrigi posse, Dubitationis totius tollendæ gratia constituit vt ipso iure hoc

etiam

etiam casu transeunt actiones ex Trebelliano. Ergo non sine restitutione: Nec enim potestas Senatusconsulti excludit restitutionem hæreditatis, quem è contrario in necessarium antecedens præsupponit. Omnis siquidem actionum translatio in fideicommissarium fieri non nisi ex Senatusconsulto Trebelliani authoritate fieri potest, ita neque aliter quàm per restitutionem. At non similiter e converso omnis restitutio hæreditatis facta ex testamento, adeóque eo ipso modo quo testator voluit, sufficiens est ad inducendam translationem actionum, si non præterea concurrat authoritas Senatusconsulti. Quæ porrò in proposita specie deficere videbatur deficientibus verbis quibus nihil expressum erat nisi de hærede rogato, & de actionibus ab hærede in fideicommissarium transferendis, non ab vno fideicommissario in alium. Indéque factum est vt necessaria visa sit illa constitutio in fauorem non primi, sed secundi fideicommissarij, quasi ad supplendum quod deerat Senatusconsulto: Et in hoc vno ponenda differentia est inter hæredem & fideicommissarium grauatos, quòd licèt vterque cogendus sit restituere, si præsens sit & restituendi habeat facultatē, Restitutio tamen quæ fit ab hærede per se sufficiens est ad transferendas actiones, id sine auxilio constitutionis Iustinianeæ, cùm fiat ex authoritate Senatusconsulti quæ nullum dubitationi locum relinquit. Restitutio autem quæ fit à priore fideicommissario, quia non habet eam aperte, commissam authoritatem Senatusconsulti non est per se sufficiens ad transferendas actiones si Iustiniano credimus, qui idcircò constituit vt etiamsi prior fideicommissarius hæreditatem restituerer, non tamen transirent actiones vi restitutionis sed ipso iure. Contrà quàm prudentibus olim visum esset, qui dubitandi causam quidem aliquam subesse hic videbant, sed tamen magis probabant vt in hac quoque specie Trebelliano locus esset, ac proinde vt non minus hoc casu transferrentur actiones vi & potestate restitutionis quàm si ab hærede ipso facta esset restitutio: Sicut & Senatusconsultum illud Trebellianum licèt de ciuilibus tantùm actionibus transferendis locutum esset, sic tamen ab iisdem prudentibus acceptum est, vt non minus honorariæ actiones, adeoque naturales obligationes transeant in fideicommissarium, *l. quamuis 40. in princip. D eod.* Et sanè quamuis verum esset quod Iustinian. ait *in d. l. sancimus*, Visam esse Vlpiano hanc rem dignam de qua ius certum à Principe constitueretur, de quo tamen nihil tale, aut *in d. §. de illo quæritur*, aut alibi Vlpiano scriptum legimus, Debuerat Iustiniano satis esset vt Iuliani, Papiniani, Mæciani & ipsius quoque Vlpiani sententiam probaret, qui ad hunc quoque casum verba & mentem Senatus porrexerant, nec erat necesse constituere, quod ille constituit, vt in hac specie actiones ipso iure transferantur. Ex eo namque absurdum illud sequitur, vt fauorabilior & potior videatur hodie causa fideicommissarij primi quàm hæredis aut fideicommissarij secundi quàm primi, siquidem eo casu quo hæreditates per hæredem restituitur priori fideicommissario, non quam transeunt actiones ipso iure, sed vi restitutionis non Senatusconsulti authoritate. Proinde negari non potest quin hac parte ius vetus immutatum sit à Iustiniano, at non in eo quod restituendæ hæreditatis necessitatem sustulerit, prioríque fideicommissario remiserit, vt putant interpretes, sed in eo potius, quòd noluerit agnoscere, tantam vim esse hoc casu factæ per fideicommissarium restitutionis quantam veteres agnoscebant, qui actionum translationem ex huiusmodi quoque restitutione fieri admittebant. Esset verò hoc ius nouum & Iustinianum longè absurdius si sic acciperetur vt nulla restitutione hodie indigeat secundus fideicómissarius qua primus omnimodo indiget extra duos illos casus si vel absens & contumax sit hæres, vel absque successore mortuus. Tantò magis enim noua illa Iustiniani constitutio à iure vetere abhorret, adeóque ab Vlpiani sententia quæ extat *in d. §. de illo quæritur*, quam tamen fatetur Iustinianus nouæ huic constitutionis causam dedisse. & ex qua ideò dubitandum non est quin Iustiniani constitutio interpretanda sit. Nec sanè vllo casu admisissent veteres fieri trāslationem actionum sine restitutione, non magis quàm vt fieret sine authoritate Senatusconsulti Trebelliani *l. restituta 37. l facta 63. in princ. eod. tit.* Potiúsque admisissent, vt aliquo casu duplex restitutio necessaria esset quàm vt nulla, vt in specie *l. Papinianus 43. in fin. eod.* de cuius loci sententia alibi scripsimus.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Sexagesimasexta.

ERROR PRIMVS.

De legatariis testibus adhibitis in testamento nuncupatiuo.

Legatarios in testamento adhiberi testes posse, hæredem verò non posse scriptum est apertissimè *in l. qui testamento 2. in princ. D. qui testament. fac. poss. & in libro diff. a .... bus 22. C. de testament.* Sed diuersitatis huius ratio sub obscura non immeritò visa est interpretibus, cùm ex iuris regula nemo in re sua testis sit idoneus vulgat. *lege omnibus 10. C. de testibus. lege nullus 10. D. eod.* Testis verò in re sua esse videatur legatarius qui in testem adhibetur in testamento, non minus quàm hæres, quippe qui suo testimonio non possit fidem testamento adstruere pro hærede, quia hoc ipso lucrum & commodum legati consequatur, quod aliter valere non posset, reddi tamen Tribonianus rationem diuersitatis *in §. legatariis Inst. De testam. ordin.* quod, inquit, legatarius non sit iuris successor, qualis est hæres siue ex asse, siue ex parte scriptus proponatur. Ratio quidem vera est, quia legatarios, si ius antiquum inspicimus, constat iuris successores non esse, *l. quædam 9. §. nihil interest. D. de edend.* ideóque actionibus hæreditatis nec agere, nec conueniri posse, *l. vlt. C. de hæred. act.* Sed tamen minus aptam & genuinam eam esse, vel ex hoc maxime conijcere licet, quod dubitandi causam non tollit. Etsi enim legatarius iuris successor non est, quis tamen ex eo inferat,

Poſſe igitur illum in cauſa ſua idoneum teſtem eſſe? Reſpondent Interpretes pro Triboniano. Multum intereſſe an de legato principaliter per teſtamentarios teſtes probando agatur, an de ipſo teſtamento: Priore caſu non eſſe admittendum legatarij teſtimonium, ne in cauſa propria teſtis eſſe videatur, Poſteriore verò admitti poſſe, quaſi non tam ſibi quàm teſtatori & hæredi teſtimonium dicat, quamuis eueniat vt ex ſuo teſtimonio etiam ipſe commodum conſequatur. Id enim principaliter euenit, inquiunt, ſed per conſequentiam duntaxat: Non ſolent autem ea attendi quæ non fiunt niſi per conſequentias, *l.1 l.quod dicitur, 7. D. de amb.tutor.* Sed vereor ne huiuſmodi ratio non minùs à Triboniani ſenſu quàm à veterum Prudentum traditionibus omnino ſit aliena. Nam præter id quod generaliter & indiſtinctè Tribonianus loquitur, Illud etiam certum eſt non magis permitti cuiquam debere vt ex proprio teſtimonio commodum ſentiat per conſequentias quam vt principaliter, Cùm vtroque caſu æquè ſuſpecta ſit fides eius qui omnimodo ſuum negotium gerit, Nec minùs propria cauſa dici poſſit quæ aliquem per conſequens tantùm contingit quàm quæ principaliter, *l.4.§.in propria D.quand.appell. ſit & intr.qua tempor l.1. Cod. vbi in rem act.exerc. deb.cap. perſonas Extr.de teſtib.* Vnde illud etiam eſt, quod dicimus, Poſſe quem interdum venire contra factum proprium ex alterius perſona ſi ad alterius commodum venire velit: At non ſimiliter ſi ad proprium, quamuis principaliter alienum negotium gerere dici poſſit, quiſquis agit ex alterius perſona, *l. ſi non ſortem 26.§ filiusfamilias*, vbi Bart. Caſtrenſ.& alij, *De de condic.in deb.* Sed grauior Interpretum noſtrorum error in eo eſt quod huiuſmodi diſtinctione fatentur ſe putare, Id quod ſupradictis locis ſcriptum eſt de legatariis teſtibus adhibitis in teſtamento, ad teſtamenta quoque nuncupatiua pertinere: Quod in ſpecie defendit Viglius magnus alioqnin & elegans Iuriſconſultus *ad d.§.legatarius.* Qui enim fieri poſſet, vt legatarius in teſtem adhibitus de legato ſibi relicto, adeóque de ipſius hæredis inſtitutione teſtimonium diceret, ſi neque quis hæres inſtitutus eſſet, neque quid aut quantum ex legato accepiſſet, compertum haberet? Atqui ſolis teſtamentis nuncupatiuis illud conuenit, vt qui teſtes interfuerunt ſcire poſſint, & debeant quis hæres nominatus ſit, quid legatum vel fideicommiſſum, cætera denique omnia quæ teſtamento continentur. Præcipua enim teſtamenti ſolemnis quod in ſcriptis fit, vtilitas in eo eſt, vt ſoli teſtatori cognitum ſit: Teſtibus verò nihil aliud, niſi quod teſtamenti ſcriptura illa ſit, quam ipſi & ſubſcriptionibus ſuis & ſigillis muniuerunt. Etſi nihil vetat teſtamentum etiam, quod in ſcriptis factum ſit, arcanum, & teſtibus ſecretum non eſſe. Non igitur ad alia teſtamenta quàm ad nuncupatiua pertinere ſupradicta Interpretum diſtinctio poteſt. Hoc vero eſt, quod nos falſum eſſe contendimus, illi verò ſupponunt pro indubitato, Legatarios in teſtamento nuncupatiuo adhiberi teſtes poſſe. Nam cùm teſtamentorum omnium nuncupatiuorum ea conditio ſit vt tùm quoque cùm in ſcripturam rediguntur non tamen ex ſcriptura, ſed ex ſola teſtatoris voce ac nuncupatione æſtimentur, *arg. l. contrahitur 4 D.de pign.l.4. D. de fid. inſtrum* eámque vocem teſtatoris & nuncupationem per teſtes probari oporteat, & eos non pauciores, quàm ſeptem *l.heredes palam 21.D.qui teſt.fac. poſſ.l.in teſtamentis 26. C. de teſtam. §. vlti. Inſtit.eod.* Omnino conſequens eſt vt ſi quis in teſtamento nuncupatiuo legatarius adhibeatur, eum neceſſe ſit admitti ad ferendum in cauſa propria teſtimonium, quandoquidem non ſufficeret de ſola hæredis inſtitutione teſtimonium dicere ad legata quoque probanda & confirmanda ſi non etiam de legato relicto per totidem teſtes conſtaret Porrò. de legato teſtimonium dicere legatarius nullomodo poteſt, quia cauſam ſuam propriam inſtruat, & tueatur, nec tantum per conſequentiam, ſed etiam principaliter & per ſe primò: quod fieri nec poſſe nec debere ipſi etiam Interpretes fatentur. Neque verò aut quiſquam ex antiquis Prudentibus, aut Tribonianus ipſe cui faciliùs parcerem, contra vnquam ſcripſit. Nam & Iuriſconſultus *in tota dicta lege qui teſtamento*, nonniſi de teſtamento ſolemni & in ſcriptis condito loquitur, vt nemo non videt, itémque Imperator *in dicta lege dictantibus.* Et Tribonianus poſtquam ſcripſit, legatarium quia iuris ſucceſſor non eſt adhiberi teſtem in teſtamento poſſe, aliaque omnia congeſſit quæ ad teſtamentorum ordinationem pertinent, Subiicit tandem *in § vltim. eiuſdem. tit. De teſtament. ordin.* ad ſola teſtamenta in ſcriptis pertinere quicquid *in eodem tit.* antè ſcriptum eſt, vt intelligamus ad nuncupatiua non eadem omnia porrigi oportere. At, inquies, ratio illa quam affert Tribonianus, quod legatarius iuris ſucceſſor non ſit, perinde vera eſt in teſtamento nuncupatiuo, atque in eo, quod ſolemne eſt in ſcriptis, Non enim ob id magis legatarius iuris ſucceſſor eſt, quod legatum acceperit in teſtamento nuncupatiuo, Et hoc certè vnum fuit quod interpretes hucuſque omnes decepit, vt teſtamentum nuncupatiuum à ſolemni & in ſcriptis hac parte non diſtinxerint, & in vtroque idem iuris conſtituendum eſſe crediderint, Non animaduertentes rationem illam à Triboniano allatam *in d.§.legatariis*, poſſe in teſtamento in ſcriptis bonam eſſe, in nuncupatiuo non poſſe. Sed hoc ipſum cur ita? Nempe quia in teſtamento ſolemni quod in ſcriptis fit adhibentur teſtes non ad probandam voluntatem quam vt plurimùm penitus ignorant, vnde & arcana teſtamenta vocantur à Leone *Nouell. 69* id eſt myſtica & ſecreta, ſed tantum ad probandam ſolemnitatem, Vt proinde non poſſint videri teſtimonium præſtare quaſi in re ſua. qui aliud nihil ſe agere putant, niſi vt alieno teſtamento teſtes adhibeantur. At in teſtamento nuncupatiuo adhibentur ad probandam voluntatem, & quidem totam, id eſt non minus quod ad legata quàm quod ad Inſtitutionem pertinet: Quod porrò facere nullomodo poſſunt, quin teſtimonium ſibi ipſis & in re ſua præſtent. Dices, Si ratio hæc bona ſit, conſequens fore vt etiam hæres in teſtamento ſolemni ac in ſcriptis poſſit eſſe teſtis, cùm nec ille magis quam legatarius ſemper ſciat quid teſtamento contineatur. Et tamen non poſſe hæredem in teſtem adhiberi certum eſt *d.l.qui teſtamento.* Reſpondeo inde nimirum eſſe quod olim ita ius erat vt hæres quoque teſtis eſſe poſſet, nempe eo tantum tempore quo teſtamenta fiebant per æs & libram adhibito familiæ emptore & libripende: quo caſu quia totum negotium peragebatur inter teſtatorem & familiæ emptorem hæres haud dubiè teſtis eſſe poterat, vt Vlpianus noſter *in Fragmen.* ſcripſit *tit.* 21. Sed & idem Tribonianus ſub Iuſtiniani nomine ſcribit *in §. ſed neque eod.tit. De teſtam.ordin.* veterum Imperatorum aliquas fuiſſe conſtitutiones quæ etiam hæredibus ipſis ac multò magis iis qui in hæredum poteſtate eſſent, permittebant vt teſtes eſſe poſſent, ſed ita tamen vt iis ſuaderent ne hoc iure abuterentur. Ideóque gloriatur Iuſtinianus à ſe primum in neceſſitatem legis tranſlatú fuiſſe quod ab aliis ſuaſum tantum fuerat, conſtitutúmque vt ad imitationem priſtini familiæ emptoris, nec hæredi qui eius imaginé obtinet, nec

aliis

aliis personis quæ ei coniunctæ sunt licentia concedatur sibi quodammodo testimonia præstare. Ex quo etiam factum dicit vt eiusmodi veteres constitutiones Codici suo non permiserit. Quibus verbis significare videtur non obscurè etiam Iurisprudentiæ mediæ, & quæ ipsis quoque Imperatoribus placuerit, sententiam illam fuisse, vt hæres adhiberi testis in testamento posset. Primùmque Iustinianum ad exemplum iuris veteris quod in familiæ emptore obtinebat contra ipsam tamen iuris veteris rationem constituisse, vt hæres testis esse non possit. Hac vna potissimùm ratione, quòd hodie cùm neque familiæ emptor neque libripens vllus sit cum quo negotium gerat defunctus, vt olim totum negotium inter hæredem & testatorem agi intelligitur: & consequenter quæ ratio emptori familiæ obstabat olim ne testis esse posset, ea ipsa hodie obstat hæredi: Quamquam nec ratio hæc bona est si verum amamus. Quid enim negotij potest videri gerere testator cum hærede, qui nec viuentis testatoris hæres est *l. 1. D. de hered. vel act. vendition. leg. 1. D. pro hered.* nec se hæredem fortasse scit esse institutum nisi post mortem demùm testatoris? Longéque alia fuit olim causa emptoris familiæ, qui & viuus & inter viuos per emptionem contrahebat, vt proinde dubitare vel ignorare non posset, quin negotium de mancipanda scilicet vniuersa familia inter ipsum & testatorem gereretur. Debuerat ergo Tribonianus dicere potiùs, illud quidem ipsum quod ait eandem esse hodie rationem hæredis, quæ olim erat vetustissimi, vt loquitur, familiæ emptoris, sed non allata ratione illa, quòd hodie inter testatorem & hæredem negotium geri intelligatur, quemadmodum olim inter testatorem & familiæ emptorem gerebatur, At illa potiùs, quòd sicuti emptor familiæ in vniuersum ius testatoris succedebat principaliter & immediatè: Ita hodie quisquis hæres est, idem iurium omnium defuncti sola iuris potestate successor immediatus est, & ita perinde repræsentat personam defuncti, atque olim familiæ emptor repræsentabat. Inde fit vt non magis hæredi permittendum sit vt testis in testamento esse possit, quàm testatori ipsi, quamuis institutum se ignoret, Non quasi in re sua testimonium præstare videatur, quod de ignorante præsertim dici nunquam potest, sed quia cùm succedat in vniuersum ius, quod defunctus habuit, non alio iure censeri possit quàm testator ipse, siue personam eius inspicias, siue omnium eorum qui in ipsius sunt potestate. Cui consequenter dicendum est causæ nihil esse cur legatarius testis esse prohibeatur, non solùm si aliquid sibi esse in testamento solemni legatum ignoret, qui casus minorem habet dubitationem, sed etiamsi sciat, dummodò ad solemnitatem duntaxat, non etiam ad voluntatem probandam adhibeatur. Semper enim verum est eum iuris successorem non esse: Nec videre possum, quid illud sit quod idem Iustinianus supradicto loco ait, se quadam constitutione sua specialiter concessisse legatariis vt testes esse possint, Quasi verò vnquam prohibitum anteà id fuerit: Quod sanè nullo veteris iuris loco probari possit. Extat quidem Imperatoris Zenonis constitutio *in d. l. dictantibus 28. C. de testam.* Testibus ad efficiendam voluntatem adhibitis, pro suo libito quod voluerit testatorem relinquere non prohiberi. Sed rescribentis de iure constituto verba illa sunt, non Principis ius nouum quod anteà non fuerat constituentis. Nam & ante Zenonem, & Vlpiani adeóque Trebatij & Pomponij temporibus ita ius fuisse vt legatarius testis esse posset, constat ex *dict. leg. qui testamento.* vbi Vlpianus tam de legatario quàm de tutore tractans, ait vtrumque testem esse posse si aliud nihil impediat. Et ex *l. si quis ita 14. D. de rebus dubiis.* vbi refert Marcianus Trebatium putasse legatum esse vtile ita relictum, *Illis qui testamentum meum signauerint hæres meus decem dato.* Idque verius etiam Pomponio visum esse, quia inquit, testamentum ipsum confirmatur adhibitis testibus: Vt intelligamus eo casu non deberi legatum ex voce & dicto testis legatarij, sed ex testamento ipso quod per testes adhibitos confirmatum fuit. Quæ ratiocinatio tantò apertiùs ostendit verum esse quod volumus, Prudentes illos veteres quoties de legatario teste adhibito locuti sunt, de solo testamento in scriptis, non etiam de nuncupatiuo sensisse: Vt & quoties de testamento simpliciter loquuntur: Ideò fortasse quòd testamentorum per nuncupationem vsus esset rarior, tanquam quorum non tantùm validitas sed etiam probatio lubrico fidei testium non sine magno aut perfidiæ, aut probationis periculo committeretur: Nisi si quando vrgente vi valetudinis non sufficeret testator ad obsignandas tabulas testamenti, vt de Horatio qui Augustum quem scribere volebat palam nuncupauerat scribit Suetonius in vita Horatij. Ex quo illud etiam factum videtur, vt testamenta nuncupatiua iuri Prætorio fuerint omninò incognita, omnibus edicti partibus ita conceptis, vt Tabularum mentio semper fieret, & ad duos illos casus totum edictum de bonorum possessionibus accommodaretur: *Si Tabulæ testamenti extarent vel non extarent,* quorum casuum prior ad solam testamenti causam pertinebat, posterior verò ad causam intestati solam: quasi mortuo semper intestato eo cuius Testamenti tabulæ nullæ extarent. Quamquam cœpit paulatim Prætor eò quoque descendere vt bonorum possessionem vtilem secundum nuncupationem daret exemplo illius quàm verbis edicti secundùm Testamenti tabulas pollicebatur, *leg. 3. Cod. de bonorum possession. secundùm tabul. l. si ita scriptum 8. §. vlt. D. eod. l. vlt. C. de Codicill.*

ERROR II.

De sententia Legis qui testamento 20. D. qui testamentum facere possunt, & §. sed neque Instit. de testam. ordin.

ILlud difficilius est quomodo verum esse possit quod Vlpianus scribit *in dicta lege qui testamento,* hæredem institutum non posse in testamento testem adhiberi si primus Iustinianus fuit qui ius hoc transtulit in legis necessitatem, vt suprà diximus *ex §. sed neque, Instit. de testam. ordin.* Nam & apud Ciceronem locus est in Oratione pro Milone, vbi ait, se à Cyro architecto institutum fuisse hæredem cum Publio Clodio, & obsignatum tamen ab vtroque testamentum, non alio vtrique quàm testium iure. Nec possis eum Iacobo Cujacio *ad dictam legem qui testamento,* ius hoc ad hæredem illum restringere qui secretò in Tabulis hæres scriptus esset. Ponit enim Cicero testamentum palàm factum in quo fuerat ille cum Publio Clodio institutus, quod nihil aliud est quàm hæredum institutionum factum fuisse palam non secretò: Neque verò est ex solemnitatibus testamenti in scriptis vt hæredum nomen aut ab hæredibus ipsis, aut à testibus ignoretur, vt iam suprà diximus, & constat *ex l. iubemus 29. C. de testam.* Quin potiùs dubitandi ratio ex eo peti poterat ne testamentum solemne videretur valere, si eius tenorem testes ignorarent, *leg. hac consultissima 21. ver; nec idcò infirmari, eod. tit.* Placet tamen quod Cujacius docet ad *leg. qui testamento.* In eo solo testa-

mento quod per æs & libram fiebat obtinuisse vt hæres testis esse posset, quod testamenti genus erat meri iuris ciuilis, de quo etiam supradictus Ciceronis locus accipi debet, cuius temporibus vna illa testandi ratio in ciuitate frequentabatur: At in testamento quod vel mero iure prætorio fieret, vel iure mixto ex ciuili, prætorio & principali, de quo Iustin. *in § sed paulatim eod. titul. De testament. ordin.* nunquam obtinuisse vt hæres testis adhiberetur. De hoc verò testamenti genere accipiendum esse Vlpianum *in dicta lege qui testamento*, non de facto per æs & libram, quod etsi Vlpianus idem testatur in fragmentis adhuc in vsu fuisse suis temporibus. Dubitandum tamen non est quin frequentiùs ea testandi forma vsurparetur, quæ & Prætoribus & Imperatoribus magis placuisset: Siue quod esset illa commodior & vtilior hæredi ad obtinendam bonorum possessionem quam ex testamento per æs & libram quinque duntaxat testibus adhibitis facto Prætor nunquam dedisset, (requirit enim prætor & numerum septem testium, & vt tabulæ totidem signis signatæ sint) siue quòd non semper obuium esset familiæ emptorem & libripendem inuenire ad mancipandam familiam, cùm tamen eius mancipationis vsus non esset nisi imaginarius vt loquitur Constantinus *in l. quoniam indignum 15. D. de testam.* Idque est, quod scribit Iustinianus *in fine §. 1. dict. titul. De testament. ordin.* Testamentum quod per æs & libram fiebat, licèt diutiùs permanserit, tamen in vsu partim esse desiisse, Non quòd maneant testes ficta emptione sublata vt male ibi Viglius Interpretatur (nam & ficta illa vetus emptio quinque testes requirebat, & præterea libripendem & familiæ emptorem, vt non nisi septem personis interuenientibus ea solemnitas peragi posset, vnde & Prætores septem testium adhibendorum necessitatem sumpsisse videntur. Sed quia, vt ait Vlpianus *dict. tit. 20.* In testamento quod per æs & libram fiebat duæ res agebantur, Familiæ mancipatio, & Nuncupatio testamenti, atque ita duabus illis quodammodo partibus totum negotium continebatur, quarum prior in vsu esse desiit. Posterior permansit, cùm nihil aliud esset nuncupari tastamentum, quàm quod testator tabulas testamenti tenens in manibus, testes ita alloquebatur. *Hæc vti his tabulis, cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, Itaque vos Quirites testimonium perhibetote.* Ergo vt institutam disputationem absoluamus, Potuit quidem olim hæres testis esse in testamento quod factum esset mero iure ciuili per æs & libram, id est adhibito familiæ emptore & libripende. Sed si vel prætorio tantùm vel mixto etiam iure factum esset testamentum, obtinuit sanè nunquam vt hæres testis esse posset, ne quidem in testamento in scriptis arcano, & secreto, Non quod inter testatorem & hæredem etiam ignorantem negotium aliquod geri videretur, vt parum subtiliter Tribonianus credidit, sed quia hæres fit vniuersi iuris successor ex sola legis potestate, nullo etiam negotio gesto, nisi quod hæreditatis acquisitio necessaria est in persona hæredis vt hæres fiat. Quæ cùm sit, hæres quidem quasi contrahit & negotium aliquod gerit, sed non cum testatore quem eo tempore iam defunctum esse necesse est, at cum creditoribus & legatariis: & aliis quibus exinde tanquam hæres obstrictus esse incipit, *l. 3. §. 1 li. & l. sequenti. D. quibus ex caus. in possess. eat. leg. 5. § hæres quoque D. de obl. & actionib.* Porrò ea ratio non habet locum in legatario, quia licèt in re legata quodammodo hæres esse videatur, *leg. id tempus 14. §. 1. D. de vsucapionib.* nunquam tamen legatarios iuris successor est, nec personam defuncti repræsentat. Mirum igitur non est legatarium testem olim semper esse potuisse in testamento in scriptis siue se legatarium sciret, siue ignoraret. Et ita Iustinianus accipiendus est *in dicto § legatariis*, Non quasi vera ratio propter quam legatarius adhiberi testis potest illa sit, quod legatarius iuris successor non sit (inde namque fieret, vt admittendum esset in testamento quoque nuncupatiuo legatarium testem esse posse, quod falsissimum est) sed vt intelligamus, Legatarium ne testis esse possit non impediri ratione illa qua sola impeditur hæres, qui si iuris successor non esset, etiam ipse adhiberi in testem posset in testamento in scriptis, ad probandam solemnitatem. Ac vt dicam breuiùs non tam decidendi ratio illa est, quàm remouenda dubitationem quæ obiici poterat ex comparatione hæredis, qui licèt aliorum testium exemplo non nisi ad probandam testamenti in scriptis solemnitatem adhibitum se dicat, inutiliter tamen adhibitus intelligitur, Ideò tantùm quia iuris successor est. Vera igitur & germana ratio propter quàm olim permissum semper fuerit vt legatarios testis esse posset, Non alia afferenda est nec afferri apta potest, quàm quòd ad solam solemnitatem probandam adhibeatur, non etiam ad probandam voluntatem quæ scilicet per scripturam ipsam satis probatur, dum ne quid ea solemnibus scripturæ desit. Ex quo sequitur, In testamento igitur nuncupatiuo aliud esse nec adhibendum legatarium in testem, cùm in eo testamentorum genere ad voluntatis ipsius non minùs quàm ad solemnitatis probationem testes adhibeantur. Idque tam manifesta iuris ratione ac naturali æquitate nititur vt illi ipsi qui cum Interpretibus fateri coguntur, quod non negamus, Posse legatarios testes esse in testamento quoque nuncupatiuo, non possint sibi temperare quin subiiciant. Tutius tamen esse vt non adhibeantur si alij eo loco & tempore idonei testes inueniri possint. Sic enim Ioannes Dilect. *in tractatu De articulo testandi titul. 2. cautel. 9.* & anonymus quidam *in tractatu De testibus*, qui tamen creditur esse Panormitani. Sed errant isti grauiùs, nam quemadmodum scrupulositas nimia & inanis est vt quis vereatur adhibere legatarios testes in testamento in scriptis, tanquam aliquomodo suspectos, etiam aliorum testium copia esse proponatur, Ita nunquam permittendum est vt in nuncupatiuo adhibeantur, nec si alij nulli testes minùs suspecti haberi possint quia faciliùs ferendum est vt faciendi testamenti facultas ob non habitam testium copiam testatori eripiatur, *in lege conficiuntur 8. paragrapho codicilli D. de iur. codicill.* quàm vt legatario cuiquam vllo casu per testimonium in re sua præstare, quod absurdissimum & iniquissimum semper est ipso etiam Iustiniano teste *in dicto paragrapho sed neque in fin.* Nec minùs quando de toto testamento controuertitur, quàm si de solo legato, cùm de toto testamento neque controuerti, neque testatio fieri possit, quin legati substantia, & in controuersiam, & in testationem deducatur. Sed mirum non est distinctionem hanc & Accursio & Bartolo *ad dictam legem qui testamento*, & aliis placuisse, qui meliùs quod dicerent nihil habuerunt, vt pluribus docebimus in Errore quarto.

***

ERROR III.

De legatario qui hodie testis adhibitus sit in testamento in scriptis.

SI cui mirum videbitur quod insuper oribus adversus omnes omnium Interpretum sententias disputauimus, Legatarium in testamento nuncupatiuo testem adhiberi nec posse hodie nec vnquam potuisse, mirandi causam is longè maiorem sibi finget, vbi audierit, quod nos probandum nunc suscipimus: Etiam in testamento in scriptis permittendum hodie non esse legatario vt in testem adhibeatur. Neque tamen aut verius, aut apertiùs dici quicquam posse arbitramur. Mouemur autem vnica illa, sed fortissima, vt nobis quidem videtur, ratione, quòd quæ res impediebat iam olim ne vnquam testis hæres esse posset, etiamsi testator non tantùm in scriptis, sed etiam secretò testatus fuisset. Nimirum quòd is vniuersi iuris successor esset, in eóque vetustissimi familiæ emptoris imaginem quandam obtineret, ea nunc in legatario quoque locum habeat, quæ anteà non habebat: Non quòd hodie legatarius quatenus legatarius est, id est, alio hærede existente, iuris successor dici possit, (semper enim successor singularis est, licèt in re legata quodammodo quasi hæres esse videatur, vt supra diceb:mus ex *l. id autem* 14. *§.* 3. *D. de vsucap.* Sed ex Nouella Iustiniani Constitutione 1. *De hæred. & falcid.* inductum est contra omnem omninò iuris veteris rationem vt non adita per hæredem scriptum hæreditate in qua nullus sit substitutus, aut vulgaris, aut fideicommissarius non solùm non intercidant legata quæ antea ipso iure corruebant, *l. si nemo, ff. de testam. tutel.* Sed etiam possit legatarius hæreditatem adire, atque ita hæres fieri ac si in testamento hæres scriptus esset, vt perinde omnia implere teneatur, quæ testator fieri iussit ac hæres ipse teneretur si hæreditatem adijsset, præstita tamen priùs de hoc satisdatione. Ex qua Constitutione dubitandum non est, quin factum sit vt legatarius quilibet iuris successor esse possit, & quidem vniuersalis cùm possit fieri hæres, quasi per legem ipsam & Iustiniani constitutionem tacitè suo loco & tempore vulgariter substitutus. Cui proinde consequens est vt non magis quam hæres possit hodie adhiberi testis in testamento. Quid enim refert an iuris successio primum ei, an secundo vel tertio gradu deferatur, cùm omni casu primus ille & immediatus iuris successor fiat? Aut quid hac parte interest an iuris successor sit quatenus hæres institutus, an verò quatenus legatarius euadens in hæredem institutum? Nam nec ab initio iuris successor fit, qui hæres instituitur, si inspicias tempus institutionis, & testamenti, cùm eo tempore, id est viuo adhuc testatore nec hæres quisquam, nec hæreditas vlla esse possit. At neque possis dicere eum qui hæres scriptus est omnimodo futurum iuris successorem. Quid enim si hæres esse vel nolit, vel non poterit, fortè præuentus morte, vel deportatione, vel quo alio simili casu? Cur ergo in testamento etiam solemni & arcano adhiberi testis non potest? Nimirum quia potest fieri vt iuris successor fiat eo scilicet casu quo hæres esse, & volet, & poterit. Sufficit igitur ad arcendum quem à numero testium in testamento adhibendorum, vt iuris successor [illegible] quo casu esse possit, nec illud etiam requiritur vt omnimodo futurus sit. Lex enim prouida est, ac proinde quod homines prouidi facere solent, incerta & nescia eorum quæ accident, circumspicit omnia quæ possunt euenire, vt prospiciat ne quid interim fieri patiatur, quod ex euentu apparere possit neque fieri neque permitti debuisse. Proinde cùm legatarius aliquo casu possit fieri iuris successor, fatendum est nullomodo permittendum ei esse hodie vt testis esse queat. Nam & fideicommissario vniuersali hoc ipsum nominatim tradidit Ioann. Faber, qui primus inter iuris nostri interpretes Fabri nomen & eruditionis & præcipuæ apud suos dignitatis gloria insigne fecit, Testem eum in testamento adhiberi non posse quia iuris successor est, sumpto scilicet argumento à contrario sensu ex eo quod scriptum est *in §. legatariis Inst. de testam. ordin.* Ideo testem esse legatarium posse, quod iuris successor non sit. Nulla porrò inter fideicommissarium vniuersalem & legatarium singularem hac parte differentia hodie est, cùm hæres recusat adire, nisi quòd fideicommissarius vniuersalis potior est, vt ei priori quàm legatario deferatur hæreditas, quam possit ille adire suo iure, nulla necessitate cogendi hæredis ad ad eundem, siue ex Pegasiano senatusconsulto, siue ex Trebelliano. Cæterum si vel fideicommissarius vniuersalis nullus sit, vel qui est, adire nolit, tantundem iuris habet legatarius vt per aditionem fieri hæres possit: Nec minùs tamen verum est incertum esse an fideicommissarius vniuersalis aliquando iuris successor futurus sit, cùm multa possint accidere ne vnquam sit, puta si vel viuo adhuc testatore, vel mortuo quidem eo sed tamen ante fideicommissi conditionem existentem decesserit, Aut si viuo eo fideicommissi conditio defecerit, Aut conditio sub qua hæres fuerat institutus. His enim omnibus casibus fideicommissum intercidere nemo ambigit, Neque eo magis tamen valebit testamentum, in quo adhibitus fuerit in testem fideicommissarius vniuersalis, quia testamentorum ius tale est vt ipsa per se ab initio firma omnimodo esse oporteat, non ex futuro euentu incerto pendere *arg. l. illa institutio* 38. *D. de hæred. instit.* Idemque multo certiùs in substituto vulgari, qui non per fideicommissum, sed directò iuris successor est, tractari potest vt sequenti capite dicemus. Quidni ergo etiam in legatario quem Iustinianus noster inuita licèt Iurisprudentia fecit quodammodo vulgarem tacite substitutum? Nam & tacita quædam est vulgaris substitutio, *l. si Titio & Mæuio* 61. *§. Iulianus de legat.* quoties scilicet vni post alium defertur per legem hæreditas ita demùm si prior hæres esse vel nolit vel non possit: vt in proposito casu contingit. illud verò semper menti tenendum est, quod superiore capite diximus, Cùm quæritur, cur olim potuerit legatarius esse testis in solemni scriptóque testamento, non fuisse veram & germanam rationem illam, quòd iuris successor non esset. Separat enim duntaxat legatarios ab hæredibus non nodum explicat, vt & Viglius bene vidit, sed quòd in eo testamenti genere ad solemnitatem tantùmmodò, non etiam ad voluntatem probandam testes adhibeantur. At si quæratur Cur hæres in testamento etiam arcano testis esse non possit, aliam rationem afferri meliorem non posse, quàm quia sit iuris successor. Ea enim ratio si non esset, nihil vtique obstaret quominùs hæres quoque perinde ac legatarius testis adhiberetur ad probandam non quidem testatoris voluntatem, sed testamenti solemnitatem. Inde namque fit, vt certius hodie sit, Legatarium testem esse nullomodo posse, postquàm cœpit ex Iustiniani constitutione posse fieri aliquo casu iuris successor, quàm quod omnes fatentur, Testem illum in testamento in scriptis esse olim potuisse.

ERROR IV.

De substituto vulgari adhibito teste in testamento in scriptis, & de rationibus quæ afferuntur pro legatario vt testis esse possit.

PAtum est interpretibus nostris vt in nuncupatiuo quoque testamento legatarium testem adhiberi patiantur, si non errorem per se grauem alio maiore ac grauiore cumulent: quod ij faciunt qui legatarij exemplo idem quoque in vulgari substituto admittendum esse putant, vt in quolibet testamento siue in scriptis, siue per nuncupationem condito testis esse possit. Cuius sententiæ primus, vt puto, author fuit Angelus de Perusio Baldi frater, qui disertè ita respondit *consil.* 275 *num* 6. Si quæras qua lege, Non aliam ille affert quam quæ à Iustiniano scripta est *in* § *legatariis Inst. de testament. ordin.* post Vlpianum *in l. qui testamenta* 20. *in princ. D. qui test. facer. poss.* & Zenonem Imperatorem *in l. ductamibus* 22. *C. de testam.* Qui tamen loci omnes de legatario tantum loquuntur, non etiam de vulgari substituto. Si autem qua ratione, Hac vna, quod inquit, substitutus hoc casu non de substitutionis viribus testimonium dicat in sui commodum, sed de toto testamento ad commodum hæredis principaliter, ad suum verò non nisi secundariò, & per quandam veluti consequentiam. Nimirum sic fuit persuasum Angelo, quod & aliis interpretibus omnibus legatario quamuis in re sua testimonium præstare videatur, permitti tamen vt etiam in nuncupatiuo testamento testis esse possit: Quo præsupposito, vt obiectionem illam effugiant, quam statim occurrere vident, quod nemo in re sua testis sit idoneus, non aliud habent quod respondeant, quàm hoc ipsum quod Angelus ad substitutum accommodat, non nisi secundariò testimonium sibi præstare legatarium, sed principaliter hæredi, cùm non de legato solo, sed de probanda totius testamenti voluntate tractatur. Nos verò in præcedentibus probauimus & falsum esse quod illi supponunt pro vero Legatarium etiam in nuncupatiuo testamento adhiberi testem posse, Et obiectionem illam De reiiciendo cuiusque in re propria testimonio dissolui nulla ratione posse, Cùm in cæteris omnibus nihil intersit an principaliter an secundariò ad suum commodum velit quis testimonium dicere, vt testis esse prohibeatur *cap. personas extra de testib.* Quod nec Viglius negare potest *ad d. §. legatariis.* Tametsi communem interpretum errorem sequatur. Sed ait specialiter hoc in legatario receptum esse fauore testamenti: Et specialitatis rationem satis probabilem cùm afferre nullam possit, conquirit multas, & omnes congerit quæ ab aliis afferuntur. Sunt enim qui rationem sumant ex numero testium, vt Ioannes Faber, quasi in tanto testium numero quantus ad testamenta omnia etiam nuncupatiua conficienda requiritur, defectus, vt loquuntur, vnius, per alios suppleri possit, Alij ad rogationem approbationémque testatoris id referunt quasi absurdum sit, à testimonio repelli eum quem testator & rogauerit & approbauerit, Alij merum testamenti fauorem considerant quem negari non potest in toto iure nostro magnum esse ac præcipuum, *val. l. si pars* 10. *D. de inoff. test. l.* 1. *C. de sacros. eccles. l. vel negare* 6. *D. de testam. quem. aper.* Ipse verò Viglius vt fuit subtilis & acutus Iureconsultus duas ait rationes in legibus ipsis extare, Vnam *in dict. §. legatariis*, quod legatarij non sint iuris successores, quam tamen fatetur ad explicandum nodum non sufficere. Alteram in qua conquiescit, sumptam ex Marciano *in l. si quis ita* 14. *D. de reb. dub.* quòd ipsum testamentum confirmetur adhibitis testibus, ac si eius rationis sensus ille sit, vt non debeat testamentum euerti ob hoc quod ad eius confirmationem factum est. Quæ tamen rationes omnes quàm sint leues & futiles, quod de prioribus tantùm Viglius admittit facile videre quiuis potest. Nam quod aiunt de numero testium, quam obsecro vim habere potest, cùm nec si omnes testes in testamento adhibiti legatarij sint, testamentum tamen valere negent? Quis enim credat vnius testis suspicionem per alios plures quotcunque tandem sint, purgari posse, suspectos æquè omnes? Aut quis putet in testamento, in quo tot testium adhibendorum necessitas atque tam multæ solemnitates ideò tantùm introductæ sunt, ne qua falsi comminiscendi ratio superesse posset, non esse adhibendos eos tantùm testes qui sint omni exceptione maiores? Quod verò isti addunt de rogatione & approbatione facta per testatorem, multò absurdiùs est: Nec enim positæ sunt in arbitrio & potestate testantium solemnitates testamentorum, vt de iis remittere aliquid possint, sed ex legum authoritate omnes pendent: Nemo autem facere potest quin leges in suo testamento locum habeant, *vulg. l. nemo* 55. *de legat.* 1. Alioqui dicendum esset, etiam impuberes, & mulieres, & domesticos, & infames adhiberi testes in testamento posse, tanquam approbatos semper à testatore à quo nimirum rogatos eos esse semper necesse est: quod tamen nec quisquam hucusque dixit, nec dicet vnquam. Rarium quod de testamenti fauore affertur, nihil vrget, cùm non alia testamentis fauorem vllum mereri possint quàm quæ facta esse constat ex præscripto legum, quas qui contempsit, planè indignus est cui leges subueniant & patrocinentur. Nec tantùm qui contempsit, sed & is qui casu aliquo fortuito impeditus fuit ne testamenti tempore iis parere potuerit, puta si testium copiam eo loco & tempore non habuerit, *d. l. conficiuntur* 8 *§. codicillis D. de iur. codicill* quia semper imputari ei potest cur non fuerit diligentior in faciendo testamento tùm cùm solemnitates omnes adhibere commodè potuisset. Nisi quod tandem & rusticis & aliorum quoque testamentis rurì factis subueniendum Iustinianus putauit *in l. vlt. C. de testam.* si plures quàm quinque testes eo loco haberi non poruerint. Quam verò rationem affert Iustinianus *in d. §. legatariis*, quòd legatarij non sint iuris successores iam ostendimus & Viglius ipse non negat minùs aptam esse, nec tam eò pertinere vt probet testem esse posse legatarium, quàm vt ostendat Rationem quæ facit ne hæres testis esse possit ne quidem in testamento in scriptis, etiamsi ad solemnitatem solam non etiam ad voluntatem probandam adhibeatur, in legatario non habere.

ERROR V.

De sententia l. si quis ita 14. D de reb. dub. & de differentia legatary, substituti vulgaris, & fideicommissarij vniuersalis.

SVperest igitur sola illa ratio quæ sumitur ex Marciano *in d. l. si quis ita* 14. *de reb. dub.* quòd testamentum ipsum confirmetur adhibitis testibus, Sed eam sanè perperam explicant qui cum Viglio sic interpretantur, vt quod ad testamenti confirmationem factum est, nō debeat testamentum euertere.

Sensu ›

Sensus enim ille potiùs est quē nos in præcedentibus indicauimus, Nihil causæ esse cur testamenti signatoribus, id est testibus legari aliquid possit, non quasi fauorem hunc mereantur pro officio quod testatori præstant, vt testamentum eius obsignando confirment, sed quia confirmato per testium subscriptiones & signa testamento, probatur voluntas non per testes ipsos qui proinde testimonium sibi in re sua non præstant, sed per scripturam ipsam testamenti confirmatam, nec adhibentur testes vt probent testamentum, sed vt illud confirment, quod sufficit vt legatum iis debeatur, non vt eorum testimonium reiiciatur. Itaque si ponas in testamento nominatos esse legatarios, qui subinde adhibiti sint testes, vt excludam casum illum de quo *in d. l. si quis ita*, dicam prius factos illos & scriptos legatarios quàm fuerint testes, prius tamen testes, quàm fuerit confirmatum legatum, At cùm in testamento nuncupatiuo iidem sunt testes qui legatarij, tam citò testes quàm legatarij, cùm non quemadmodum scriptura, ita vox testatoris per se quicquam probet, nisi adsint testes qui eam excipere, audire, ac referre possint. *Dices*, Nec scripturam testamenti quicquam esse profuturam si nulli testes adhibeantur. Respódeo, Non equidem profuturam vt ex ea possit agi: At non ideò quod per solam scripturam nesciri possit sine testibus quinam verè sint legatarij, sed quia parum sit de eo constare per scripturam, si non etiam appareat, scripturam illam esse testamentum, quæ porrò non aliter potest esse testamentum quàm si sit solemnis, qualis denique esse nequit si non testibus adhibitis, & obsignatoribus confirmata sit. Ita fit vt semper eò res recidat, quemadmodum iam sæpè diximus, vt in testamento per scripturam facto adhibeantur testes ad probandam solemnitatem duntaxat, nullomodo autem ad probandam voluntatem. In testamento autem nuncupatiuo ad vtrumque, sed magis & principaliter ad probandum voluntatem, quam semper aliquam esse ac præcedere necesse est tanquam substantiam, vt ei solemnitas aliqua possit accedere. Proinde cùm de illo tractamus, An hæres vel legatarius possit adhiberi testis in testamento solemni per scripturam facto, non tam mirum illud videri debet, quod admittimus legatarium testem esse posse, quàm illud improbabile quod negamus hæredem censeri debere eodem iure. Nec sanè diuersitatis ratio alia est quàm quæ suprà à nobis allata, quod hæres iuris vniuersalis successor sit, eadémque propemodum persona cum defuncto: legatarius verò non item. Cui rationi prorsus consequens est, vt quisquis iuris successor est non magis adhiberi in testamento testis possit quàm hæres. Indéque nimirum hausit Ioannes Faber Fideicommissarium vniuersalem non esse admittendum in testem, quia licèt hæres non sit, tamen æquè iuris successor est, & post restitutam hæreditatem habetur loco hæredis *§. restituta inst. de fideic. hered. l. 1. & 2. D. ad SC. Trebell.* In eóque plus iuris habet fideicommissarius vniuersalis quàm legatarius etiam hodie post Iustiniani *Nouell. 1. De hered. & falcid.* quòd quamuis possit legatarius perinde ac fideicommissarius vniuersalis hæres fieri & consequenter vniuersalis iuris successor, non aliter tamen potest vnquam fieri iuris successor, quàm si priùs fiat hæres, nec rursum hæres fieri alio casu quàm quo neque primus hæres adire velit, neque substitutus directus aut fideicommissarius vllus sit, à quo anteuertatur. At fideicommissarius vniuersalis suo iure successor iuris est non solùm eo casu quo sit hæres per aditionem, cùm neque hæres, neque substitutus directus vllus est qui adire & possit, & velit, sed illo etiam quo priùs adita sit hæreditas siue per hæredem institutum, siue per vulgarem substitutum. Quòd si fideicommissarius vniuersalis adhiberi testis in testamento quantumuis solemni & scripto non potest, nec in eo valet ratio quam interpretes afferunt in legatario vt testis esse possit quia non principaliter sed per accidens & secundariò testificatur ad proprium commodum, nempe quia iuris tamen successor est, quantò magis admittendum est, vulgarem substitutum in eo quoque testamenti genere testem esse non posse, cùm non tantùm sit successor iuris quomodo fideicommissarius vniuersalis, sed etiam priore loco & ante fideicommissarium vniuersalem, quem haud dubiè anteuertit, siue fideicommissarius vniuersalis succedere velit communi iure & ex fideicommisso post aditam hæreditatem restituendo, siue nouo iure *ex Nouell. 1. de hered. & falcid.* Sed & in eo plus iuris habet substitutus vulgaris, quàm vniuersalis fideicommissarius, quod succedit iure directo & ex lege ipsa duodecim tabularum, nullo indigens aut prætoris aut alterius hominis facto: adeóque nec noua illa Iustiniani constitutione *in d. Nouell. 1.* vt recusante primo hærede ipse hæres fiat. Fideicommissarius verò non nisi per obliquum succedit, nec propria authoritate occupat hæreditatem, sed per manus hæredis aut instituti aut vulgariter substituti, neque iure ciuili, sed ex tuitione & iurisdictione prætoris. Illud planè fatendum est hactenus meliorem esse conditionem fideicommissarij vniuersalis, quàm substituti vulgaris, quòd hæredis instituti aditio extingit vulgarem substitutionem, at fideicommissariam non modò non extinguit, sed etiam confirmat. Sed hoc ad rem nostram non pertinet, non enim eo minùs verum est Vulgarem substitutum & priore loco & potiore iure esse successorem iuris quàm fideicommissarium vniuersalem, ob idque nullomodo testem esse posse. Amplius dicam, Tametsi ius ita comparatum esset, vt fideicommissarius vniuersalis in testamento in scriptis adhiberi testis posset, non ideò tamen futurum, vt de substituto vulgari posset idem dici, quandoquidem vulgaris substitutus multò propiùs accedit ad hæredem quàm ad vniuersalem fideicommissarium, cùm sit & ipse hæres, quamuis non nisi secundo loco & sub conditione institutus. Vnde est quod vulgarem substitutionem post Caium & prudentes cæteros, non nisi secundam, aut secundi hæredis institutionem diffinimus.

ERROR VI.

De testamentario executore adhibito teste in testamento.

NOua penè hæc quæstio est, & à paucis tractata, An testamentarius executor testis in eodem testamento esse possit. Nec enim hac de re quicquam in prudentum responsis cautum legimus, siue quòd putauerint rē carere dubitatione, siue quòd antiquis illis temporibus, aut minùs frequens vsus esse creandorum in testamentis executorum, saltem eo sensu quo testamentarios executores hodie appellamus, quasi frustra id, & superuacuò foret, si vel alius vel melior supremarum voluntatum executor, quàm magistratus, ad cuius officium & authoritatem ea res maximè pertinet, quæreretur. Fit sanè mentio quibusdam iuris nostri locis de legatis vel fideicommissis quæ certis personis sic relicta essent, vt non tam forent illi legatarij & fideicommissarij quàm ministri ad legata vel fideicommissa aliis præstanda. Vt *in l. si quis Titio 17. de legat. 2. l. si à pluribus 107. de*

legat. 2. l. Lucius 78. § 1. D. ad SC. Trebell. Sed non tam sunt isti propriè executores de quibus nunc agimus, quàm personæ quædam interpositæ per quas velit testator res suas ad aliquem peruenire, sic tamen vt earum potestatem & authoritatem non tam implorare, quàm fidem & nudum ministerium eligere videatur. Et hoc quidem legatorum dispensatores appellari posse non nego, quomodo appellari eos à Martian. *in Nouell. de testib.* obseruauit Cuiacius tract. 2. ad African. *ad l. si à plurib. 107. de leg. 1.* Sed esse illos aut dici posse executores testamentorum de quibus in Nouell. Leonis 68. vt idem Cuiacius existimat, id verò nego & pernego: fietque apertiùs ex iis quæ sequenti capite dicturi sumus. Tractamus autē in proposita quæstione de veris testamentorum executoribus, cùm quærimus an testes in testamento esse possint, in quo nominati sunt executores. Video placere multis, non posse istos testes esse. Sic enim Io. Dilect. *in tract. De art. testand. tit. 2. cautel. 9.* vbi disertè scribit cauendum esse ad validitatem testamenti ne quis ex executoribus in testem adhibeatur. In eamque rem citat Bald. in consiliis cuius expressa in eam rem sententia est. Mouetur porrò Baldus ex eo quod scriptum est *in l. ex sentent. 29. D. de testam. tutel.* ex Senatusconsulti Liboniani sententia tutorem nō esse eum qui se pupillo tutorem scripsit, etiamsi non sit ambigua voluntas patris idipsum manu sua declarantis: quamuis hoc casu lex dicat dandum hunc quoque curatorem aliis etiam tutoribus constitutis. Nec admittendam excusationem quam iure publico habebat, quoniam promisisse videbatur, scribendo se tutorem, nec vt suspectum posse remoueri cùm habeat pro se testatoris voluntatem. Sed locus ille quomodo, aut in quo ad rem nostram faciat, difficile est, animaduertere. Nā præter id quod non de eo tractamus, qui se manu sua executorem scripserit, sed noncupatiuo testamento executor à testatore nominatus sit, Etiamsi nos de illo ageremus, probaret potiùs ea lex, non posse hunc executorem esse, quàm vt testis esse non possit, admissa etiam tutoris & executoris comparatione: Nisi fortè Baldus ad id respexit quod lex exigit, vt testator suam voluntatem manu sua declarauerit ad hoc ne suspectus videri possit qui se executorem dicit, sed videre debuit longè magis suspectum eum esse qui se manu sua scripsit vel executorem vel tutorem, quàm qui testamento adfuit tanquam testis, Testamento præsertim noncupatiuo quod scripturam non exigit, & in quo nemo ob id solū quòd sit testis, suspectus fieri potest, quominùs testis esse possit. Quāquam vereor ne Baldus, vt fuit vir valde subtilis, maius quiddam & elegantius conceperit. Illud nimirum fortasse, In testamentis noncupatiuis, tātundem posse dicta testium, quantum potest scriptura testatoris in testamento in scriptis. Ergo quēadmodum nō potest esse tutor qui se tutorē scripsit, nec si appareat, indubitatè voluntatem testatoris eam fuisse vt hunc tutorem daret, ita neque eum qui se tutorem datum esse proprio testimonio, tanquam adhibitus testis in nuncipatiuo testamento, quamuis cæterorum testium in eodem testamento adhibitorum dicta consentiant. Secundum quam inductionem idem dicendum esset tametsi poneres hunc qui se tutorem dicit testamēto nuncupatiuo datū, adhibitum fuisse in octauū testē, ita vt per septē alios testes probari possit illud ipsum quod hic asserit tutorē se datum, Alioqui non posset indubitatè affirmari tutorem hunc datum fuisse, quomodo in specie *d. l. ex sent.* Indubitatum erat tutorē datum eum fuisse, quem testator manu sua talem declarauerat, cùm & testis hoius qui se tutorem dicit, non possit aliquomodo non esse suspectum in re propria testimonium, & numerus septem testium in testamento quolibet siue in scriptis, siue nuncupatiuo vsque adeò sit requisitus, vt quod non nisi per sex probari potest, perinde haberi debeat acsi per neminem probaretur. At cùm septem testes adsunt non computato eo qui & in octauum adhibitus est & tutorem datum se dicit in testamento per noncupationem condito, dubitari non potest quin ea testatoris voluntas fuerit, quæ per septem testes omni exceptione maiores probatur, Nec eo minùs tamen suspectus aliquomodo videri debet, qui se tutorem dicit proprio testimonio, vt ob eam causam proinde tutor esse non debeat sed tantùm curator adiungi tutoribus vt testatoris voluntati de qua certissimè aliunde apparet, satisfiat. Et ita secundum hanc interpretationem fit vt bona sit comparatio huius tutoris & illius de quo *in d. l. ex sententia*, siue quòd nihil referat an quis tutorem se scribat, an testimonio suo comprobet, siue quòd nec rursus quicquam intersit, an testator propria sua manu voluntatem suam declarauerit, an voce sua coram septem testibus, qui de voluntate illa testificentur. Ac quoniam videt Baldus obstare valde quod scriptum est *in §. legatariis, inst. de testam. ordin.* Etiam legatarios adhiberi posse testes in testamento, aliam constituit ille rationem tutoris, aliam legatarij. & executorem testamentarium vult similiorem esse tutori quàm legatario. Supponere autem videtur Baldi ratiocinatio, quod an verum sit alibi disputauimus Senatusconsultum Libonianum aduersus eos factum, qui legatum sibi adscripserunt, licèt non nisi ad testamenta in scriptis pertineat quantum ad figuram verborum, si tamen sententiam inspicias, ad noncupatiua extendi debere præsertim quæ per scripturam probentur, vt voluit Bart. ad *l. 1. § ex illis D. ad l. Corn. de fals.* Quasi perinde suspectus sit qui legatum sibi relictum esse proprio testimonio probare vult, atque is qui propria scriptura quamuis in hoc ipso aliter sentiat Bald. *ad l. §. 2. Cod. de his qui si abscrib.* Non desunt tamen qui contra Baldum sentiant, Executorem in eo quoque testamento in quo executor datus est testem esse posse: quod post Angelum defendit Bauerius *ad §. legatarius inst. de testam. ordin.* & post vtrumque Vvelembec. in paratitlis *ad Tit. D. qui testam. facer. poss. num. 11.* Horum omnium ratio est quòd eadem executoris quæ legatarij causa esse videatur, cùm neutrius causa principaliter in eo vertatur, sed hæredis: De legatario autem nemo ex istis dubitat quin possit esse testis in testamento, etiam executor? Nam & executor in hoc videtur fauorabilior legatario quòd nullum ex suo testimonio sentit commodum sed potiùs onus, & incommodum, Legatarius contrà ex legato nihil nisi commodè sentire potest non vnus *l. si hereditatem 42. D. mandat.* Obseruandum autem est loqui nos de executore qui nudus executor sit, ad differentiam eius quem post Bartolum nostri vocant executorem vniuersalem & loco hæredis esse dicunt. Qualis ille est qui alio nullo hærede instituto iussus est distribuere bona testatoris inter pauperes. Ita enim Bart. *ad l. alio herede n. 6. D. de alim. & cibar. legat.* vbi addit idem esse si Christi pauperes sint hæredes instituti: *ex l. si quis ad declinandam*, & ibi Bald. & alij notant *C. de episc. & cleric.* Nam hunc qui hæredis loco est negari potest iuris successorem esse, ideóque testem adhiberi non posse, Quomodo de fideicommissario suprà scripsimus *ex d. §. legatarius*, Vt proinde parum intersit an dicamus esse illum loco hæredis, quemadmodum Bartolus loquitur, itémque Alexan post alios *consil. 98. vol. 2.* An potiùs loco fideicommissarij, vt contra Alexan. scribit apostillator Paris. ad illum locum: Quamquam non possum videre, quo sensu aut qua ratione velit ille vniuersalem executorem haberi

pro

pro fideicommissario cùm nemo est institutus, cùm nec fideicommissum vniuersale possit aliter subsistere quàm si & hæres aliquis institutus sit & ab eo adita hæreditas, si iuris rationem inspicias. Nam si hoc referas ad Iustin. *Nou. 1. de her. & falc.* quæ etiã non adita per institutos hæredes, nec per substitutos hæreditate fideicõmissum tamen tuetur, admittitq; fideicõmissarium ad hæreditatẽ: Inanis est quæstio & inanior aposillatoris reprehensio, cùm eo casu fideicommissarius non tanquam fideicommissarius admittatur, sed tanquam hæres institutus, nec ad petendum fideicommissum, sed ad hæreditatem adeundam: nec denique tanquam fideicommissarius vniuersalis, sed tanquam nominatus in testamento: Siquidem & in fideicommissario singulari & in legatario idem esset, nisi quòd fideicommissarius vniuersalis tanquam dignior præfertur cæteris omnibus singularibus & legatariis. Vtcumque sit, non puto quemquam esse qui negare ausit, Executorem vniuersalem eo casu quo siue hæredis, siue fideicommissarij loco sit testem in testamento adhiberi posse: quandoquidem nec hæres institutus nec fideicommissarius vniuersalis posset, tanquam qui sint iuris successores *d. §. legatarius*, vbi hoc ipsum de fideicommissario vniuersali Angel. de Aretio, Ioannea Faber & alij plerique nominatim scribunt. Talem namque executorem vniuersalem hæredis loco esse apparet ex eo quod supradicto loco vult Bart. & post eum cæteri, Posse illum conueniri, hæreditariis actionibus, Quod vtique in successorem singularem non cadit, *l. vlt. C. de hered act.* disputatio igitur nostra est de nudo & particulari, vt vocant, executore qui non solùm non hæredis loco, sed neque legatarius sit. In eo siquidem qui etiam legatarius sit, farentur omnes eadem obseruanda esse quæ in legatario simplici. Sic nimirum Angel. & Bauerius supradictis locis.

ERROR VII.

De executore qui sit etiam legatarius, aut qui executoris onus in eodem testamento agnouerit. Et cui similior sit executor simplex an tutori an legatario.

Ego verò illud primùm probare non possum quod ab omnibus probari modò diximus, ïu eo qui & executor & legatarius sit idem iuris constituendum esse quod in legatario simplici constituerêtur, Nam quemadmodum dici solet duo vincula esse fortiora vno ad colligandum aliquid & constringendum, *l. pen. C. de adopt.* ita & duo impedimenta potentiora sunt quàm vnum ad prohibendum ne aliquid fiat. Atqui in executore qui legatarius quoque sit duplex ratio dubitandi subest ne videatur ad testimonium admittendus, Et quia executor, & quia legatarius est. Difficiliùs igitur admitti potest vt sit habilis ad ferendum in testamento testimonium; præsertim verò, quoniam qui executorem defendunt posse testem esse, mouentur ex eo potissimùm quòd alieni non proprij commodi causa in testem adhibeatur, sicuti suprà diximus: Quæ ratio euidenter cessat in eo, qui executor ita est vt sit etiam legatarius. Deinde vt maximè bona esset comparatio executoris simplicis & legatarij simplicis, iam ostendimus in præcedentibus legatarium olim quidem potuisse testem esse in testamento in scriptis, sed non in nuncupatiuo. Hodie verò neque in testamento in scriptis testem esse posse, quia iuris successor esse potest *ex dict. Nouell. 1. de hered & falcid.* Consequens igitur est vt similiter executor testamentarius nec testis esse olim potuerit in testamento nuncupatiuo, nec hodie esse possit etiam in testamento in scriptis & solemni, quia nec dubitandum est quin post supradictam Nouellam Iustiniani constitutionem executori liceat hæreditatem vacantem adire postea quam repudiati eam contigerit à cæteris omnibus quibus aliquid eo testamento relictum proponatur, cùm ad executores maximè spectet vt testatoris voluntatem executioni mandent & ad effectum perducant, quod vnum Iustiniano propositum fuit, in tam nouo, ne dicam absurdo iure constituendo, in quo alia certè ratio est executoris, alia tutoris qui nullo planè casu nulloque colore fieri vnquam hæres potest, licèt ab omnibus cæteris in testamento nominatis hæreditas omittatur. Manétque etiam hodie incorrecta, *l. si nemo 9. D. de testam. tutel.* Sed neque verum est quod Interpretes omnes supponunt pro vero, Si quando legatario prohibeatur testis esse in testamento, non alia ratione id fieri, quàm quòd non sit ei permittendum vt reuocatam in dubium voluntatem testatoris ore suo probet ad suum proprium commodum, quæ ratio cessaret planè in executore non legatario quem certum est non ad commodum aliquod sed ad merum onus inuitari. Nam licèt de voluntate testatoris aliunde constet tam apertè, vt dubitari nullo modo possit, quin legatum reliquerit qui in testem adhibitus fuit, Illa tamen ratio semper obstat legatario ne possit esse testis saltem in nuncupatiuo testamento, quod perinde verum sit adhibitum eum fuisse testem in causa propria, quod nunquam ferendum est, nec si onus & damnum potiùs ex suo testimonio quàm lucrum & commodum sensurus esse videatur. Idque nec obscurè nec dubiè probatur ex Papiniani responso *in dict. l. ex sententia*, vbi quamuis tractetur non de legatario sed de tutore qui se tutorem scripserat, nec falsò sed ex testatoris voluntate de qua constabat aliunde certissimè per propriam & indubitatam ipsius scripturam: negatur tamen posse illum ex eo testamento tutorem esse etiamsi maxime velit sed cogendam nihilominus pati vt aliis tutoribus pupillo datis curator adjungatur, quem omnis ab eo munere obeundo velit se excusare. Quid enim est quod tutorem illum arceat à tutela? An quia voluntatem testatoris dubiam ipse fecerit scribendo se tutorem? Minimè. Tractat enim Papinianus casum illum quo testatoris voluntas certissima sit & indubitata. Et quamuis possit ipse suspectus videri tanquam qui se ingesserit, nihilomagis tamen suspectam facit voluntatem testatoris quæ aliunde sit indubitata, ideóque nec tanquam suspectus remoueri potest, vt supradicto loco Papinianus concludit. Porrò quid interest, an quis se tutorem scribat in testamento in scriptis, an verò testem se faciat in testamentu nuncupatiuo, vt se probet tutorem nuncupatum esse? quemadmodum pro Baldo suprà disputabamus. Quòd si hæc in tutore non malè disputantur, quidni etiam in executore locum habebunt? Nam & executores tutores appellari non est nouum vt sequenti capite dicemus ex Leonis Nouell. 68. Et quemadmodum tutorem esse honor quidem sed onus est, ita & executorem esse. Amplius dico, meliorem hac parte conditionem esse tutoris quàm legatarij. Nam iis qui se tutorem scripsit etsi tutor esse non potest, nec si de testatoris voluntate liquidò appareat, curator tamen dari & aliis tutoribus constitutis adjungi potest & debet *dicta lege ex sententia*. At legatarius, qui quoniam testis in testamento nuncupatiuo fuit, legatum consequi nullo modo potest, nullo alio iure admitti potest ad legatum, Ideóque ei nihil prodesse potest, quod aliunde certa sit & explorata

explorata pro eo voluntas testatoris, nisi hactenus vt falsi pœna ei remittatur, *l. 2. C. de his qui sib. adscrib.* Et in hoc quoque rectiùs comparari potest tutori executor quàm legatario: Qui enim vel executorem se scripsit in testamento in scriptis, vel testis fuit in testamento nuncupatiuo quo executor nuncupatus dicitur, etsi non potest executor esse, potest tamen si de voluntate testatoris indubitatè constet, eam authoritatem retinere, vt nihil sine ipsius consilio cæteri executores facere debeant, vt qui executor esse nequit, saltem sit consiliarius executoris, sicut & tutorum consiliarij aliquando fiunt, *l. Titio & Mæuio 47. in princ. D. de admin. tutor.* At is qui legatarius esse non potest quia testis fuit, licet pro se habeat certissimam alioqui testatoris voluntatem, non ideò tamen aut fideicommissarius, aut tale quid aliud fieri potest per quod legati emolumentum aliquod retineat. Concludamus igitur pro Baldo aduersùs receptiorem nostrorum sententiam, Executorem testamentarium in testamento nuncupatiuo testem esse non posse, Multò minùs verò si quod plerunque fit, aliquid ei legatum sit quasi in compensationem & remunerationem suspiciendi oneris, Aut si executor iniunctum onus susceptuum se receperit coram testatore ac cæteris testibus. Hoc enim casu necesse esset propriæ acceptationis testem eum esse quod fieri certè nullo modo potest. Quòd si ambo hæc concurrant vt & executori legatum aliquid sit, & executor se onus suscepturum promiserit, Tantò maior ratio est vt testimonium eius reijciatur, & consequenter testamentum corruat tanquam solemni numero destitutum, quia credibile est contemplatione legati fuisse iniunctum ei ab eóque vicissim agnitum onus executionis, atque ita quemadmodum ipse promittendo se obligauit ne postea excusationem vllam allegare possit etiam quam haberet iustissimam, ita & obligatum videri testatorem ne legatum adimere vnquam possit, etiamsi maximè velit. Vt actuum correspectiuorum eadem ratio in vtrumque euentum constituatur *arg. l. cùm te. 6. C. de pact. int. empt. & vendit.* Hoc verò prorsus alienum est à iure vltimæ voluntatis vt reuocari nunquam possit, *l. si quis in princ. 21. de leg. 3.* Sicut & illud, vt in testamento interueniat contractus qui vel testatorem obliget legatario vel legatarium aut alium quempiam testatori, quemadmodum in præcedentibus Decadibus à nobis fusissimè tractatum fuit: Non nego posse executorem præsentem esse, Quidni enim possit cùm is maximè voluntatem testatoris scire debeat, vt eam exequatur? Nec rursum nego posse illum dare fidem testatori & se obligare de subeundo executoris munere, Sed nego eum posse testem adhiberi, vt valeat testamentum nuncupatiuum, in quo non possit dici septem testes adfuisse si non computes huius personam quæ porrò vel ad totam voluntatem, vel ad nullam eius partem probandam computanda est, cùm actus testamenti sit indiuiduus, & testes singuli testificari debeant de toto tenore testamenti. Scio Paulum Castrensem *ad l. qui testamento 20. num. 6. D. qui testam. fac. poss.* ita existimare vt quamuis ad institutionem probandam septem testes requirantur, Ea tamen probata possine quinque testes sufficere ad probandum legatum in eodem testamento factum. Quia, inquit, poterant sufficere à principio quinque testes ad relinquendum hoc legatum: Sicut in codicillis reuocari posset coram quinque testibus vel ipso iure vel saltem ope exceptionis. Sed ea opinio euidenter falsa est. Nec enim minorem testium numerum exigit legatum quod in testamento relictum fuit, quàm institutio: Adeóque nec potest relinqui nisi in codicillis testamento confirmatis. Quorum singulare ius est vt omnia quæ in iis scripta sunt perinde habeantur, acsi in testamento scripta essent. Scilicet cùm vtraque voluntas solemnis est, *l. 2. §. codicillorum l. illud 53 §. 1. D. de iur. codicill.* Nec eo minùs tamen verum est posse legatum coram quinque testibus reuocari, quia & nuda voluntate posset adimi saltem hactenus vt doli exceptio noceret legatario, *l. 3. § vlt. & l. 4. D. de adim. leg.* licèt in testamento solemni relictum sit, & coram septem testibus.

ERROR VIII.

De muliere executrice testamentaria. Ad leg. à filio 23. de alim. leg. leg. penultim. §. matri de adim. legat.

MVlierem posse executricem fieri testamentariam scribit Bartolus *ad l. à filio 23. D. de adim. leg.* & cum Bartolo sentiunt etiam cæteri qui nec Bartolo subtiliores fuerunt, nec ab eius opinionibus recedere propemodum fas sibi esse crediderunt, moti omnes ex eo, quod hoc ipsum apertè scriptum esse putauit *in d. l. a filio*, vbi proponebatur quidam à filio hærede instituto Seiæ decem reliquisse & alumno quadringenta his verbis, *Mæuio infanti alumno meo quadringenta dari volo, quæ peto à te Seia suscipias & vsuras ei quincunces, in annum vsque vicesimum ætatis, cùmque suscipias & tuearis.* Sic enim nostri locum hunc accipiunt vt Seia in decem quidem sit legataria, sed in quadringentis alumno relictis sit executrix testamentaria. Quod tamen non ita est: Sequentia enim verba Scæuolæ ostendunt, Esse Seiam in hac specie fideicommisso grauatam non executricem. Nam cùm quæreretur an Seia postquam legatum suum acceperat, si nollet pecuniam alumno relictam suscipere, vel in suscipienda ea cessaret onus alimentorum ex die mortis, compellenda esset agnoscere. Respondet Scæuola secundùm ea quæ proponerentur compellendam præstare, *cùm*, inquit, *fideicommissum sit.* Nam cùm Seia legatum percepisset, potuerat haud dubiè grauari fideicommisso, vt & alius legatarius quilibet, *Institut. De singulis rebus per fideicommissum relict. in princ. leg. Imperator, 70. §. si centum de leg. 2.* Et idcirco subiungit Scæuola non modò Seiam, sed ipsius quoque hæredem in annos vsque viginti eadem alimenta præstare alumno debere. Quod vtique dici non posset si Seia non nisi executrix testamentaria fuisse proponeretur. Nec enim executoris officium transit ad hæredem, vt nec tutoris, cùm sit electa fides & industria personæ, *l. tutel. 16. § 1. D. de tutel. l. cuius bonis 9. D. de curat. furios.* Sed legatorum & fideicommissorum onera transeunt, vt & alia omnia quæ rei cohærent non personæ, *l. cum vnus 10. in princip. l. alimenta 16. in princip. D. de alim. & cibar. leg.* Quamquam & in hoc plerique ex Interpretibus contrà nos sentiunt, qui executoris quoque officium ad hæredem transire putant, iure cuiusdam obligationis vt dicere solebat Dynus quem supradicto loco Bartolus refert, nec tamen probat, nisi eo solo casu quo illa obligatio qua tenebatur defunctus, continebat onus bursale non personale. Quasi verò possit officium executoris nudi hoc est qui non sit etiam legatarius aut fideicommissarius adnexum habere onus bursale, quod sanè probari nullo iuris loco possit. Pecuniarium enim commodum esse oporter quod quis ex testamento sentiat, vt eodem testamento grauari per fideicommissum possit, Nec sufficit honorem sine commodo delatum esse: Alioqui dicendum erit, Tutorem quoque fideicommisso

grauari posse, quod nemo vnquam dixit. Affert etiã Bartolus aliud responsum Scæuolæ *in leg. filio penultim. paragrapho matri de adim. legat.* vbi cùm quidam matri suæ hæredi ex parte institutæ, quatuor prædia legasset, eiúsque fideicommisisset, vt ex his duo socero restitueret, deinde codicillis socero fideicommissum ademisset ac quæreretur an ea prædia nihilominùs, ex prælegato ad matrem pertinerent, Respondit Scæuola nihil proponi cur pertinerent: Cuius responsi sanè mirabilis cùm aliam rationem excogitare Interpretes non possent, dixerunt matrem in ea specie non tam legatariam fuisse, quàm electam vt ministram, id est vt iidem illi interpretantur executricem, penes quam proinde non debuit remanere fideicommissum quod ei non fuerat datum nisi propter fideicommissarium, & subinde fideicommissario ademptum: Ex eóque nimirum inferunt, Etiam mulierem executricem testamentariam esse posse. Sed quid apertiùs quàm videre, In illa specie matrem fuisse legatariam? cùm Scæuola disertè scribat in hæc verba, *matri suæ hæredi ex parte institutæ quatuor prædia legaui.* Cùm igitur dici non possit fuisse matrem nudam ministram, multò minùs executricem, consequens est vt alia eius loci non tam ratio, quàm sententia quærenda sit, eaque emendatio admittenda quam nos attulimus *lib. 3. Coniect. cap.* 16. vbi pluribus ostendimus mendum esse in recepta lectione, & addita negatione legendum *cur non pertinerent.* De quo quia illic plura scripsimus, frustrà esset hic alia scribere: Sufficiat monuisse neque ex illo neque ex alio vllo iuris loco probari potuisse quod Bartolus probare voluit, Mulierem executricem testamentariam esse posse: Quo præsupposito sequitur totam quæstionem hanc ex mera solaque iuris ratione decidendam esse. Porrò manifesta est ratio, iuris Officium executoris non minùs virile esse quàm tutoris aut curatoris, ab eóque idcircò arceri mulierem vt à cæteris omnibus officiis virilibus debere, *vulg. l. fœmina 2. De regul. iur.* vbi quod Bartol. notat esse hoc officium priuatum non modò vtilitate, sed etiam authoritate, non facit vt eò minùs sit virile, Cùm magno & præcipuo quodam animi vigore opus sit, quoties executio aliqua facienda est siue sententiæ siue vltimæ voluntatis. Vnde est quod ait *l. si longius 7. C. de exec. rei iudic.* per iudicati errorem perduci ad effectum vigorem rei iudicatæ, Eóque despicientes etiam summi Pontifices voluerunt vt exequendarum vltimarum voluntatum cura ad Episcopos pertineat, si vel alij executores nulli in testamento creati sint, vel qui creati sunt negligentes se præbeant in exequenda defuncti voluntate, quales tum demum esse videntur, cùm intra annum eam executioni non mandarunt. *cap. fin. de testam. in 6.* Quid verò absurdius, quàm mulierem admittere ad id muneris obeundum, quod si nõ Episcopi proprium, saltem Episcopi cura & authoritate dignum existimetur? Aut quid stultius, quàm Episcopum facere succedaneum ac veluti succenturiatum, & ita dixerim vicarium mulieris ad supplendam muliebrem negligentiam? Fateor posse mulierẽ ita fieri legatariam, vt tamẽ effectu ipso sit nuda ministra, & velut interposita persona per quam possit res legata ad alium puta fideicommissarium peruenire, vt *in l. si quis Titio 17. de leg.* 2. aut vt sit legati dispensatrix inter plures ad legati commodum inuitatos, vt *in l. ab omnibus 107. de legat. 1.* Sed non æquè admittam posse illam fieri executricem testamenti. Maius enim & dignius id quiddam est, quàm vt in muliebris sexus lubricum, infirmitatem, & imperitiam cadere possit.

ERROR IX.

De similitudine executorum testamentariorum cum tutoribus, Et de Bartoli distinctione ad l. fœmina De reg. iur.

EIúsque rei non leue argumentum illud videtur, quod huiusmodi executores testamentorum, ex quo cœperunt in vsu esse (fuerunt enim vt superioris capitis initio scripsimus, toti veteri Iurisprudentiæ incogniti) cœperunt etiam tutores dici, Adeò vt ob eam causam dubitari quoque cœperit an monachis quibus interdictum est ne tutelæ officio fungi possint, liceat executores fieri testamentorum, Quoadusque supradicta Leonis Nouell. 68. decisum illud est sancitúmque vt ab hoc tutelæ genere monachos prohiberi non oporteat, ob euidentem dissimilitudinis rationem, quòd alia veræ tutelæ specie impedimento sit, ne monachus diuinis vacare possit, non etiam posterior, quæ monachos potiùs decet: Quòd si tantoperè distaret officium executoris testamentarij à tutore pupillari, quantopere distare necesse esset, si mulier quæ ad extranei pupilli tutelam nunquam nisi ex speciali beneficio & rescripto Principis admittitur, tam facilè fieri posset, executrix testamentaria, quid attinebat obsecro de hoc dubitare. An monachi possent esse executores, causáque dubitandi ex eo sumere quòd pupillares tutores esse non possint? An quónam colore cœpissent executores testamentarij dici tutores, si eorum officium cum officio veri tutoris nulla societate coniungeretur? Nec est quod quis obiiciat ex ea Leonis Nouella potiùs probari Non esse bonam consecutionem si inferatur, Mulierem ideò non posse executricẽ esse testamentariã quod tutrix nõ possit, Cùm in monachis vtrũque verum esse placeat, vt & tutores esse nequeãt, & nihilominùs executores esse possint. Nam resp. In monachis ita inesse, & quia sic cõstitutum est à Leone, & quia sic constituendum fuit ob euidentem illam diuersitatis rationẽ quæ ponitur in Nouella, At in mulieribus neque tale quicquã constitutum fuisse neque constitui debuisse. Cùm eadem ratio illas arceat ab vtroque munere vt nõ magis executrices testamentorum, quàm tutrices esse possint, quia vtrumque officium virile est, vel hoc ipso, quòd vtrumque est ciuile. Siquidem iuris ciuilis dignitas non patitur, vt ad officium vllum ciuile admittantur fœminæ *d. l. 2. de regul. iur.* Sicut nec olim comitiorum ius habuerũt, Adeò vt ob eam causam nec testes in testamento adhiberi possint, Retento sc. eo iure ex prima testamentorum origine, quòd antiquis illis temporibus testamenta via aliter quàm calatis comitiis fieri solerent *l. qui testamento 20. §. mulier, D. qui test. fac. poss.* Gell. *lib. 5. cap. 16.* Quomodo igitur testamentorum executrices esse poterunt? Nam officium illud non tantùm virile, sed etiam ciuile esse ex eo quoque constat quod nec Interpretes ipsi diffitentur seruos ad eiusmodi officium admitti non posse. Sic enim Bald. *ad l. id quod pauperibus. C. de episc. & cler.* quamuis capaces sint serui eorum omnium quæ in facto magis quàm in iure consistunt, *l. qui hæredi 44. De cond. & demonst. l. pen. D. de capit. min.* Nimirum quia nullam iuris ciuilis communionem habent, adeóque nec prætorij, *d. l. qui testamento, §. seruus,* Authoritas verò illa exequendi, vt Baldus appellat, quin iuris sit negari vtique non potest, nec rursum quin sit officium ciuile, ideóque in seruum cadere nullomodo potest. *l. illa verba 68. De verb. signif.* Itaque non est admittenda distinctio illa Bartoli *ad d. l. fœmina in fin.* vt mulier non possit quidem executrix esse ad tractan-

das lites, sed possit tamen esse ad tractanda negotia. Non enim minus inepta est, & inhabilis mulier ad tractanda negotia, quam ad tractandas lites, quoties tractanda sunt ex officio aliquo quod ciuile sit, & consequenter virile, Ne alioqui paulatim dici incipiat, Etiam mulieri permittendum vt tutrix esse possit ad omnes res pupillares tractandas præterquam ad lites, quod planè stultum esset. Aut enim neutrum mulieri permittendum est, aut vtrumque si quo casu tutrix esse possit. Nec rursus erat cur Bartolus quasi supradicta distinctione minùs quam par erat fœminis indulsisset, subiiceret, licet dubitanter, generaliorem propositionem, Fauore testamétorum recipi debuisse vt fœminæ executrices esse possent. Nam imò verò fauor testamétorum exigit potiùs vt ab eo quoque officio fœminæ arceantur, vt maiore diligentia, industria, fide, ac authoritate voluntates defunctorum executioni mandétur, quàm per muliebrem sexum fieri & præstari possit. Neque felicior, licèt audacior Bald *ad d. l. id quod paup. n. 4* vbi contendit posse mulierem esse executricem etiam ad iudicia, Saltem quod pertinet ad pias causas, vt quod fauori testamentorum tribuere non potuit, tribueret fauori piæ causæ. Ratio enim quam affert quòd mulier facta executrix possit habere actionem aut implorare officium iudicis proprio nomine, Leges autem quæ repellunt fœminas à limine iudiciorum, ad eum casum restringi debeant, quo velit fœmina nomine alieno agere non suo, *ex l. alienam 18. C. de procur.* præter id quod tam generalis est vt si vera esset, restringi ad pias causas non posset, falsa etiam est, aut saltem malè accommodata. Primùm quia supponit hoc ipsum quod in quæstione est, & quod nos negamus, Mulierem executricé esse posse, Siquidem prius est vt executor quis sit quàm vt eo iure executoris possit vel suo nomine agere, vel Iudicis officium implorare: Nec quemadmodum quisquis executor est ius illud habet: Ita è conuerso possis dicere omnem qui suo nomine vel agere vel iudicis officium implorare possit executorem quoque esse posse: Illud enim præterea, & ante omnia requiritur vt ciuile officium exercere possit, quod de fœmini dici nequit: Alioqui etiam seruus executor esse posset, quia plerisque ex causis habet etiam suo nomine aditum ad Prætorem, vt eius officium suo nomine implorare possit, *l. vix certis ex causis 53. D. de iud. l. mulier 22. §. non est dubitatum, D. ad SC. Treb.* Deinde, quia quod dicimus permitti mulieribus vt actiones exerceant quas suo nomine habent, de iis actionibus intelligi debet quas illæ in rem suam & ad proprium commodum exerceant, non in rem alienam & ad commodum alienum: Nam sicuti alieno officio fungi non dicitur qui alienam actionem sibi mandata exercet suo commodo *l. qui stipendia 9. C. de procurat.* Ita nec è contrario actionem suam vel suo nomine exercere qui exercet in rem & vtilitatem alienam: quod tamen facit quisquis executor est testamenti. Agit enim tractatque rem alienam is cuius officium non aliud est quàm vt iustam defuncti hominis voluntatem in alias personas collatam exequatur, curétque quantum potest vt effectum sortiatur, cuius commodum non ipse sensurus sit, sed alij qui testatoris liberalitatem meruerunt.

* * *

ERROR X.

De muliere quæ facta executrix testamentaria conuolauit ad secunda vota.

Mirabilius est quod idem Bartolus scribit ad *d. l. à filio 15. D. de alim. & cibar. legat.* Mulierem quæ facta executrix testamentaria conuolauerit ad secunda vota, non ideò amittere ius & authoritatem exequendi, Quamuis amitteret tutelam si tutrix facta proponeretur. Ita namque fit secundum opinionem Bartoli vt plus iuris habeat mulier executrix testamentaria quàm quæ tutrix est: Cùm tamen nulla lege permissum sit mulieri suscipere executionem testamenti, Permissum verò sit à Iustiniano suscipere tutelam filiorum si mater sit, aut nepotum si auia *Tit. C. quand. mul. tutel. offic. fung. poss.* & Nouell. 22. *de nup.* Bartolum illud mouit quòd ius istud exequendi testamenti difficiliùs amittatur, quàm tutela, Siue quod permittatur mulieri iure ordinario, tutela vero non nisi ex priuilegio cuius amissio facilior esse solet, Siue quòd tutela in iure magis quàm in facto consistat, Executio autem testamenti in facto potius quàm in iure Sunt enim hæ duæ rationes quas pro tuendo Bartolo adducere quis possit, licèt ipse non adducat. Affert tamen ad sententiæ suæ confirmationem, quod scriptum est in *l. cùm pater 77. § hæred. filius de legat. 2. & in l. ex facto 17. § ex facto D. ad SC. Trebell.* eligendi facultatem testamento alicui datam qui postea in insulam deportatus sit, pœna non esse peremptam. Quasi executor testamentarius ille sit cui testator eligendi facultatem dedit, vtri ex pluribus fideicommissú præstare mallet. In quo rursus euidenter fallitur. Etsi enim qui ex pluribus ad fideicommissum inuitatis aliquem eligit pro data sibi à testatore ita faciendi facultate, voluntatem testatoris hac parte exequitur, Non ideò tamen executor testamentarius dici potest, in sensu quo núc de executoribus tractamus, Nisi forte illos quoque executores omnes dicere volumus qui satisfaciunt voluntati testatoris siue hæredes sint siue legatarij qui fideicómissum sibi iniunctum præstent, aut in qua alia re impleant defuncti voluntatem, Quod planè fuerit perabsurdum. Qui enim facit quod testator fieri præcepit, facit tantùm id quod facere debet, nec tam vt testatoris voluntatem totúmq; ipsum testamentum exequatur, quàm vt voluntati pareat ipse in eo quod sibi iniunctú est à testatore, & vt fidem suam ex soluendo liberet se ab onere fideicommissi Deniq, qui eligit, facit vel tanquam hęres, vel tanquam legatarius, vel tanquam fideicommissarius oneratus fideicommisso, non tanquam executor testamenti. Proinde dicimus electionem illam esse meri facti, quia est meræ voluntatis, & idcirco eligendi facultatem non intercidere per deportationem, quia deportatio non aufert voluntatem, nec adimit ea quæ sunt facti *d. l. pen. D. de capit. mand.* sed illa tantùm quæ sunt iuris & quidem ciuilis, quoniam ciuitatem tantùm aufert non libertatem *lege vltima eodem.* At executorem esse & ius habere cogendi hæredis aut legatarij aut fideicommissarij vt testatoris voluntatem impleat, iuris sanè est non facti siue per actionem siue per imploratum iudicis officium ius illud exerceatur licèt executio ipsa siue per executorem, siue per hæredem aut alium fiat, facti sit non iuris. Vnde etiam est quod executoris officium dicimus, eius verò qui eligit vt eligere debuit, non tam officium quàm debitum. Item quòd non quemadmodum executori à testatore nominato liberum est vt iniun-

ctum

ctum siue onus siue honorem velis dicere, vel suscipiat, vel recuset: Ita dici possit permissum esse hæredi, vel legatario, vel fideicommissario qui aliquem eligere iussus est, vt neminem eligendo se liberet, eximatque ab onere fideicommissi. Nam si neminem elegerit, non eo minùs tenetur vt ipse vel ipsius hæres fideicommissum præstare debeat omnibus qui eligi potuerunt *l. vnum ex familia 67 §. rogo de legat. 2.* quamuis non tam ex testatoris voluntate id fieri videatur, quàm in pœnam eius, qui cùm posset, ac deberet noluit parere voluntati, Ne alioqui in ipsius potestate fuerit neminem eligendo fideicommissum illusorium facere & inane, quemadmodum scripsimus Decade 52. Malè igitur Bartolus & qui eum sequuntur interpretes probant ex supradictis legibus, quæ de eligendi facultate alicui data loquuntur Executori officium quasi in facto magis quàm in iure consistat non perimi per irrogatam pœnam, siue deportationis illa sit, siue alia. Quomodo enim agere aut conueniri ex testamento executor posset post deportationem, cùm deportatus nullam iuris ciuilis communionem habeat, Actiones autem omnes itemque testamenta sint merè iuris ciuilis? Alioqui perinde inferre etiam seruum executorem testamento fieri posse, cùm capax sit eorum omnium quæ in facto quàm in iure consistunt. Quod tamen nos superiore capite ex ipso etiam Baldo negauimus dici posse. Sed etsi bona esset comparatio executoris testamentarij & eius, qui vnum ex pluribus eligere iussus est à testatore, Separanda tamen esset hac parte pœna deportationis ab illa quam meretur patitúrque mulier quæ ad secunda vota conuolauit. Ideò námque pœna deportationis facultatem eligendi non adimit, quoniam voluit testator pendere electionem ex mera grauati voluntate, quæ haud dubiè non intercidit per deportationem, sed eadem manet, At pœna quæ propter secundas nuptias parenti irrogatur, vt cætera commoda omnia quæ ex prioris coniugis liberalitate prouenerunt eripit superstiti: Ita nec eligendi facultatem vllam ei saluam relinquit, vt possit pro arbitrio quem velit etiam ex ipsis liberis eligere, *Nouell. 2. de non elig. secund. nub. mulier. & Nouell. 22. de nups. cap. 25.* vnde Sumpta est *Auth. lucrum hoc C. de sec. nupt.* Nempe quòd vt Iustinianus ait liberis omnibus æqualis per secundas nuptias facta sit iniuria. Nec tantùm liberis, sed etiam marito quem honor benè transacti matrimonij, fides etiam communium liberorum permouerat matri de qua melius præsumpserat, electionem daret, *arg. d. l. vnum ex familia 67. §. vlt. de leg. 2.* Neque enim quicquam referre arbitror an superstes mulier facultatem illam eligendi quem vellet ex liberis, quàm habent matres omnes quæ ad secunda vota non conuolant habuerit ex mariti prædefuncti expressa voluntate an ex legis dispositione: cùm vtroque casu perinde decipiatur pater qui melius de matre præsumpserat. Eadem igitur ratione dicēdum est, Si supposito errore interpretum fingas vxorem factam executricem testamentariam a marito, eamque nondum mandato executioni testamento secundas contraxisse nuptias, Non esse amplius mulieri permittendum, vt executricis officio fungatur, cùm eius fides quæ maritum prouocauerat, vt executionis officium ei demandaret, suspecta esse cœperit ex quo die maluit illa nouum maritum quærere, quàm in priore matrimonio perstare A quo tempore credibile est nihil non facturā illam vt liberos prioribus matrimonij spoliet, quos etiam libenter si posset exeoriaret pro viro, vt Bart. loquitur. *in Auth. matri & auia n. 11. C. quand. mul. tut. fung. potest.* Inde siquidem est, quod etiamsi testamentaria tutrix proponatur, ipso tamen iure tutrix esse desinit, statim atque ad alia vota conuolauit: Ita vt nec in agnatorum, & cognatorum, nec in ipsius quoque magistratus potestate sit facere vt tutrix maneat illa quæ secundum virum experta est. Neque minùs hodie quàm olim, tametsi vetus illud sacramentum quod olim præstabat mulier renuncians secundis nuptiis, & in Velleiano abrogatum hodie sit, & in vsu esse desierit quod pertinet ad secundas nuptias, *Auth. sacramentum eorum.* Semper enim hoc remansit ex iure vetere, vt quemadmodum tutela virile officium est, ita non possint ad illud admitti fœmina, Nisi vel ex rescripto Principis *vt in l. vlt. D de tut.* aut eo solo quò Iustinian. id permisit, hoc est cùm mater vel auia tutrix esse vult & quandiu secundis abstinet nuptiis Sic enim & odio matris binubæ & fauore liberorum constitutum est, & constitui æquissimum fuit. Quòd si mater, quā constat tutricem esse posse, nec tantum testamentariam, sed etiam legitimam, desinit esse tutrix cùm ad secundas nuptias conuolat, Quanto certius est desinere illam executricem esse, aut vt meliùs dicam, non posse executricis officio fungi ex quo die alium maritum quæsiit. Hoc ipsum namque in quæstione & controuersia est, An possit illa esse executrix, tū quoque cùm à secundis nuptiis abstinet. Itaque vt citius absoluamus, fateamur ridiculam esse Bartoli quæstionem, quæ supponit pro vero quod falsissimum est, Mulierem executricem testamentariam esse posse.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Sexageſimaſeptima.

ERROR PRIMVS.

De teſtamento nuncupatiuo probato per ſolam notarij ſcripturam publicam.

QVANQVAM teſtamentorum omnium nuncupatiuorum forma illa iure præſcripta eſt, vt & teſtator voce propria nuncupare, legatáque & fideicommiſſa omnia quæ reliquis exprimere debeat, & voluntatem illam vniuerſam propria teſtatoris voce expreſſam, per ſeptem teſtium in eandem rem adhibitorum & rogatorum voces ac teſtationes probari oporteat. Longe tamen alius hodie vſus eſt eorum teſtamentorum quæ magis frequentantur, licèt nuncupatiua paſſim appellentur. Qui enim teſtari in ſcriptis velint, pauci reperiantur propter periculum quod ſubeſſe vident, ne quid ex ſolemnibus prætermittatur. Proinde cùm teſtamentorum diuiſio ſumma ea ſit vt vel in ſcriptis fiant, vel per nuncupationem, neceſſe eſt vt quiſquis teſtari in ſcriptis vel non vult, vel neſcit, vel non poteſt, aliud teſtamenti genus neceſſariò eligat, quod dicitur per nuncupationem: Cuius tamen electio, certè multo periculoſior eſt, non propter ſolemnitatum in eo ſeruandarum multitudinem (ſunt enim longè pauciores, quamuis non prorſus nullæ, *l. in teſtamentis 26. C. de teſta.*) Sed quia voluntatis probatio & ſolemnitatis tota pendet ex lubrico fidei teſtium, ex quibus ſi vel vnum mori contingeret ante teſtatam defuncti voluntatem, aut aliter quàm teſtes cæteri de voluntate illa teſtimonium ferre, teſtamentum totum intercidere neceſſe eſſet, Parum enim eſt quod ſeptem teſtes adfuerint ſi non etiam illud concurrat, vt omnes in teſtificatione ac probatione voluntatis conſentiant, Ita vt nihil proſit maiorem teſtium partem conſentire ſi vel vnus ex ſeptem diſſentiat, adeóque non conſentiat. Nam ſicuti ſolemnem numerum exaudire, vt ſcriptum eſt *in l. heredes palam 21. D. qui teſta. facer. poſſ.* Ita non minorem quam ſolemnem numerum exaudire neceſſe eſt vt ſubſiſtat teſtamentum. Quidni verò? cùm etiam in teſtamento in ſcriptis placeat Bartolo cæteriſque vulgo Interpretibus, *ad tit. D. teſtam quemadmodum aper.* Si vel vnus deſit ex teſtibus & ſignatoribus qui ſiue morte præuentus, ſiue quo alio caſu ſignum ſuum & ſubſcriptionem recognoſcere non poſſit, corruere teſtamentum, nec ſufficere vt ab aliis ſiue conteſtibus, ſiue quantumlibet fide dignis perſonis extrinſecus aſſumptis ea recognitio fiat. Quanquam non nego hanc Bartoli ſententiam à ratione iuris abhorrere vt ſequenti capite dicemus. Sed in teſtamento nuncupatiuo non perinde dubitari poteſt quin veriſſimum ſit, quod volumus, ſeptem teſtium conſentientium vocibus omnimodo probandum eſſe totum quantum illud eſt, quod teſtator voce ſua expreſſerit. Hinc nimirum illud eſt quod vt teſtatoribus aduerſus periculum quod ex morte vel perfidia teſtium imminebat, ſuccurreretur Interpretes induxerunt nouum teſtamenti nuncupatiui genus omnium quæ hodie frequentantur frequentiſſimum, longáque conſuetudine vbique gentium receptum, vt noſtri tractant *ad l. vlt. C. de fideic.* quo teſtator non tantùm ſeptem teſtibus conuocatis, ſed adhibito etiam notario voluntatem ſuam declarat, propria quidem voce quòd ad hæredis inſtitutionem attinet, ſed quòd ad cætera per lectionem ſcripturæ, quæ à notario primùm conſcribitur, etiam priùs quàm teſtes conuocentur. tùm poſteaquàm conſcripta, & in mundum redacta eſt, teſtatori ſimul ac teſtibus publicè legitur à notario, qui poſtmodum adhibita & ſua & teſtium omnium qui literas norunt ſubſcriptione, teſtamentum redigit in formam inſtrumẽti publici: Vt eo facto neque voluntas teſtatoris, neque teſtamenti ſolemnitas in dubium reuocari poſſit citra ſolemnem falſi accuſationem, aduerſus notarium inſtituendam ſi ſuperſtes ſit, Sin iam defunctus, aduerſus inſtrumentum ipſum ſiue plus, ſiue minus ſcriptura contineri dicatur, quàm teſtator protulerit. Quo remedio negari non poteſt, quin multis probationum difficultatibus & periculis obuiam eatur, cùm hac in re, vt in cæteris omnibus expeditior tutiórque ſemper ſit probatio, quæ fit per inſtrumentum publicum, quàm quæ per teſtes, *l. teſtium facilitatem 17. C. de teſtibus.* quia ex publico inſtrumento duæ oriuntur præſumptiones ſcilicet veritatis & ſolemnitatis in eo deſcriptæ, vel ex eo præſumptæ, inquit Baldus, *ad leg. 3. n. 15. C. de teſtament.* licèt cùm idonea & ſufficiens probatio per teſtes facta eſt, non minùs illa virium, & authoritatis habeat, quam ſi per inſtrumentum facta eſſet, *l. in exercendis 15. C. de probat.* Sed tamen ne hanc ego nouam totique veteri Iuriſprudentiæ incognitam teſtandi rationem probare poſſim, multa impediunt, Nec illud tantùm quòd ab omnium prudentum noſtrorum ſenſu & mente abhorret, quamquam in re tanti momenti, primum hoc & maximum quiddam eſt, Sed ex potiſſimùm rationes quibus motos fuiſſe magnos illos viros credibile eſt, ne in tanta condendorum teſtamentorum varietate, quanta fuit à primis illis ſeculis promulgatæ legis 12. tab. ad Iuſtiniani vſque tempora hoc teſtandi genus vel obſeruare, vel inducere potuerint. Nimirum quia cum in actibus quidem humanis omnibus ſed potiſſimum in teſtamentis ſuper viſum ſit maximè periculoſum ne falſitas committeretur, propterea quod teſtamentorum fide ac veritate non prius diſputari ſolet, quam deceſſerit is qui teſtatus fuiſſe dicitur, & qui proinde voluntatem ſuam aut teſtari aut declarare amplius non poteſt, Nihil maiori curæ fuit legiſlatori ciuili, quàm vt in teſtamentis ordinandis eas curaret adhiberi ſolẽnitates, quæ non ſolùm falſi comminiſcendi rationem omnem, ſed etiam ſuſpicionem impedirent. Inter quas illa præcipua & conſtans ſemper fuit vt maior & ſolemnior teſtium numerus in teſtamento, quàm in alio vllo actu adhiberetur: Nec tantum maior numerus, ſed etiam quod præcipuum eſt, earum perſonarum quarum fides & teſtatio minùs ſuſpecta videri poſſet, ita vt neque impuberes, neque fœminæ in eam rem teſtes eſſe poſſint, non magis quam peregrini, aut qui aliàs omnino ſunt inteſtabiles, Adeò vt neque caſus

ille

ille exceptus sit, qui tamen omnium maximè excipiendus videbatur, quo tot testium haberi copia nullomodo posset, l. *conficiuntur* 8. §. 1. *D. de iur. codicill.* Nisi cùm vel à rustico testamentum fit ruri, post, l. *vlt. C. de test.* vel tempore pestis; quo tamen casu nec rogandorum testium necessitas remissa est *l. casus* 8. *eod. tit.* Atqui secundum eam obseruationem, qua hodie vtimur, nihil facilius est quàm vt falsum in testamento committatur. Nec enim testatores illi sunt qui hodie testantur, sed notarij qui vix semel allocuti testatorem in lecto iacentem, semineccem & balbutientem, testamentum soli conscribunt, non modo remotis testibus, sed plerùmque etiam absente ipso testatore, à quo saltem dictari testamentum oporteret, ne dubitari posset quin ex eius voluntate scriptum esset quicquid à notario scriptum postea legeretur. Tùm conuocatis testibus testamentum a notario legitur, tacente vt plurimùm testatore, aut si os quandóque aperiat, nihil nisi nomen hæredis declarante. Quasi cætera omnia quæ testamenti scriptura continentur, vt legata, fideicommissa, tutelæ, non æque debeant exprimi voce propria testatoris per nuncupationem testantis. Ita fit vt ea plerumque scribantur, & scripta legantur à notario quæ non tantum an scripta, sed etiam vtrum dicta lectaque sint nemo ex testibus sciat si de eo posteà interrogentur, in ipso etiam instanti lecti tam publicatique testamenti præsertim verò, si quod persæpe fit rustici & imperiti testes vocati proponantur, Quibus solemne est, tum quoque cùm iurati & per iudicem interrogantur de tenore testamenti, vt nihil aliud respondere velint, nisi quod ad notarij scripturam referunt omnia, Veriti ne si plus minúsve aliquid à testatore prolatum dicant, quàm à notario scriptum inueniatur, falsi suspicionem inducant, quæ ipsos singulos magis quàm notarium oneret, & quæ solemnis accusationis materiam præbere possit, aut aduersus eos, aut aduersus notarium instituendæ, quam sine capitis periculo videant tractari & expediri non posse. Neque verò, qui ad testamenti nuncupatiui solemnitatem, & vt vocant publicationem adhibentur, ad aliud se adhibitos putant, quam vt videant, audiantque notarium dicentem lectum à se publicatúmque testatoris præsentis, sed tacentis testamentum. Nihil minùs curantes, aut cogitantes, quàm quid notarius legat dummodò id testamentum esse dicat. Diceres agi de nuncupatiuo cæci testamento in quo tale aliquid pro forma constitutum est à Iustino *in l. hac consultissima* 8. *C. qui testam. fac. poss. vers. at cùm humana fragilitas*, quæ tamen ex solis cæcis hanc per nuncupationem testandi viam aperit, antea & in id vsque tempus inauditam, & multas alias exigit solemnitates, quæ à notariis nostri temporis non adhibentur. Ex quo euenit vt eo saltem casu quo neque testatoris, neque testium literas fortasse nescientium subscriptiones vllæ interuenerint, quas in nuncupatiuo cæci testamento Iustinus omnino requirit *in d. l. hac consultissima*, adhibito etiam tabulario vel octauo teste, ne quid falsi committatur, sit in arbitrio & potestate notarij quicquid velit scripturæ suæ vel addere vel detrahere impune, Cùm sciat fieri non posse moribus nostris, vt de falso quæratur citra solemnem accusationem, Nec rursum vt tam facilis quisquam sit ad eam accusationem instituendam quæ talionis pœnæ sit obnoxia, cuius metu vel audacissimus quisque & veritatis certissimus, nisi certissimas quoque probationes habeat à subeundo tanto periculo deterreatur. Denique quoties testamentum nuncupatiuum hodie profertur scriptum & in publicam vt aiunt formam redactum à notario nulla de dicto, sola de scripto superest quæstio, perinde ac si res esset de contractu quem inter viuos initum præsentibus testibus idem notarius excepisset, nulla alia differentia nisi quod ad testium numerum attinet. Nam quod ad ipsam hæredis nuncupationem, quæ cùm sit caput & fundamentum testamenti, ipsa saltem propria voce testatoris fieri deberet, iam ferè in vsu esse desiit non solum vt ita fiat, sed etiam vt ita factam esse scribatur, Contentis notariis plerísque scribere nominatim fuisse hæredem à testatore. Quomodo enim, inquiunt, nominatus esse posset nisi ore ac voce testatoris? Quod si ita est æque probari poterit etiam legatarios & fideicommissarios omnes propria testatoris voce nominatos esse. Nam & similiter notarij scribunt testatorem legata & fideicommissa reliquisse. Quomodo autem relinquere potuit sine scripto, quin voce sua id expresserit? Et tamen frequentissimo rerum vsu compertum est, tacere testatores solere cùm notarij legunt ea quæ ad legatorum & fideicommissorum fidem pertinent; vixque incipere loqui cùm ad hæredis nuncupationem deuentum est. Illud ergo saltem vel ex vetere ipsorum notariorum more retineri oporteret, vt in omni testamento nuncupatiuo scriberetur Nuncupatum fuisse hæredem à testatore non tantùm ore proprio, sed etiam quod addi solebat, alta & intelligibili voce, ne dubitari posset quin ita res gesta, & à testibus omnibus ea vox intellecta fuisset. De quo tamen hodie tam frequenter, tamque probabiliter disputatur, vt interdum etiam facti quæstio incidat, An testamentum conditum, aut vt verius dicam, lectum sit eo tempore quo adhuc loqui poterat testator, an quo iam per morbi grauitatem non dabatur.

ERROR II.

De nuncupatione facta per notarium aut alium quàm testatorem.

ESsétque hoc tantò certius, si non tantum hæredis institutionem, sed etiam legata & fideicommissa, quæ notarius relicta fuisse scribit, testatores ore proprio, & perinde alta voce exprimerent, Quomodo haud dubiè ex ratione iuris exprimere coguntur qui velliter, eróque per nuncupationem testari volunt, *dict. leg. hac consult.* Nam si testamentũ quod ad interrogationem alterius conditum esse dicitur nullius momenti est, etiamsi testator ad interrogationem appositè, & articulata voce respondeat, de quo tamen latiùs tractandum erit in sequentibus, multò magis si solo nutu. In solis namque fideicommissis & quidem iis quæ ab intestato relinquuntur receptum est vt nutu relinqui possint. *leg. nutu.* 23. *de legat.* 3. quantò magis dicendum est non valere testamenta quæ nec alio interrogante, nec testatore respondente coram testibus fiant, sed solo notario legente, nec minùs tacente testatore, quàm ipsis testibus. Etsi nec dubitari ferè potest, quin omnia huiusmodi testamenta fiant ad interrogationem notarij, sed tamen occultam, & in testium absentia factam, atque hoc ipso magis suspectam. In summa, quæ sic fiunt testamenta non tam fieri videntur à testatoribus, quàm non reuocari, iam facta scilicet à notariis, Ac si nuncupatiua dicerentur à nuncupatione facienda per notarium, aut alium nomine testatoris, non ab ea quæ fieri debeat per ipsum testatorem. Contrà quàm scriptum sit in *dict. leg. hac consultissima. dict. leg. in testamentis* 26. *Cod. de testam. & in §. vltim. Instit. eod.* Nam & in antiquis illis testamentis quæ per æs & libram fieri dicebantur, cùm duo essent, familiæ mancipatio, & nuncupatio testamenti vt in

superioribus diximus ex Vlpiano *in Fragmen. titul.* 20. Certum est nuncupationem illo etiam casu non ab alio fieri potuisse, quàm à testatore ipso verba illa solemnia proferente, & ad testes dirigente, *Hæc uti his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor. Itaque vos Quirites testimonium perhibetote.* Quis ergo ferat testamenti nuncupatiui, cuius tota substantia ex nuncupatione consistit, fieri nuncupationem à Notario, & ab alio quàm à testatore? Aut quis vnquam ex prudentibus putauit sufficere in eam rem posse solam testatoris præsentiam cum taciturnitate coniunctam? Itémque ex parte testium solam scripturam Notarij qui eam voluntatem coram septem testibus declaratam fuisse scribat, publicóque testetur instrumento? Hinc nimirum quæstiones illæ tam variæ ab Interpretibus nostris excogitatæ, sed prudentibus antiquis incognitæ, An clausula codicillaris, & aliæ huiusmodi clausulæ, quæ à Notariis passim apponuntur in testamentis censeri debeant appositæ ex voluntate testatoris, an potiùs ex stylo Notariorum, de quo Bart. & alij *ad l. 1. D. de iur. codic.* Rip. *ad l. Centurio. de vulg. & pup. subst.* & alij quidem alia sentiunt, sed illi haud dubiè veriùs qui putant in dubio præsumi appositas ex stylo Notariorum, Præcipuè verò clausulam codicillarem cuius vim & potestatem neque testatores neque ipsi quoque Notarij nisi perpauci intelligunt ferè omnes ignorant. Quænam autem ignorantis voluntas esse potest? Aut quis effectus clausulæ quæ non sit apposita ex voluntate testantis? Hinc denique tam frequentes hodie de falsis testamentis non quidem accusationes, sed tamen querelæ, quæ ne in totidem accusationes euadant solus inscriptionis metus, periculumque talionis impedimento est, Præsertim quòd sit hæc falsitas ex earum genere, quæ tantò periculosiores sunt quantò difficilioris probationis, Cùm nihil facilius sit in tanta hominum perfidia & improbitate, quàm vt reperiatur Notarius aliquis, qui post multos fortè annos scripturam testamenti exhibeat, septem equidem testium nominibus munitam, sed eorum qui exhibitionis tempore iam defuncti omnes inueniãtur, nullísque præterea subscriptionibus vallatam. Quod cùm accidit, quænam obsecro detegendæ falsitatis ratio superesse potest, si non è nubibus probationes delabantur? Dices idem in contractibus quoque conscribendis subesse periculum si tam improbus Notarius inueniatur, qui siue viuis siue mortuis contrahentibus instrumentum aliquod proferat cui non alij testes quàm qui iam decesserint, interfuisse dicantur: Nec eo minùs tamen constare fidem publicam instrumentis de contractu factis, etiam quæ producantur eo tempore quo testes iam sint defuncti, dummodò non probetur defunctos iam tum fuisse cùm instrumentum conscribebatur, quãuis nec à contrario probentur fuisse adhuc superstites. Quid enim certi esset in rebus humanis si suspecta fierent omnia ex eo quod cæca mortalium auiditas & malitia inuehere potest? Aut quid permittendum si prohibenda sunt omnia quæ per humanam insaniam corrumpi possunt? Verùm facilis responsio est ex iis ipsis quæ iam diximus, Longè maius periculum subesse falsi comminiscendi in testamentis, ideóque maiore cautione opus esse, ne qua ei comminiscendo fenestra pateat: Nam in contractibus qui fiunt inter viuos, pendéntque non ex vnius hominis, sed ex duorum pluriúmve voluntate, multa sunt quæ contractum vel præcedant, vel sequantur, ex quibus facilè sit colligere quid verè gestum sit à contrahentibus, & consequenter quid falsò ab iis gestum fingatur: Præsertim verò si affectum aliquem contractus habuerit siue ex vtraque, siue ex alterutra parte, aut si nullum. Secuta enim vel non secuta obseruatio magnum argumentum præbet eorum, quæ vel præcesserunt, vel non præcesserunt. At in testamentis nihil tale tractari potest, quæ cùm ex solius testatoris voluntate pendeant, eaque voluntas nullum effectum habere possit, nisi mortuo demum testatore, longè facilius est vt fingatur testator voluisse & dixisse id quod neque voluerit vnquam, neque dixerit, nisi ab initio & ab ipso faciendi testamenti tempore prouideatur tam multis adhibitis solemnitatibus, vt non sit posteà laborandum in probanda testamenti veritate, sed tantùm in adiuuanda si opus erit, aut interpretanda defuncti hominis voluntate. Proinde fatendum est nunquam permitti oportere vt testamenti quantumlibet nuncupatiui fides ex hominis vnius quantumuis Notarij publici testimonio pendeat, Maximè cùm in hoc testamentorum genere non sit necessaria subscriptio testatoris neque testium, Quo tamen vnico fortassis remedio succurri posset securitati testamentorum aduersùs periculum falsitatis, *vt in d. l. hac consultissima* 8 *C. qui testam. facer. poss.* quæ non valente testatore subscribere propter cæcitatem requirit tantò magis, tantúque maioris testium numeri subscriptionem. Sed non aduersùs rationem iuris, quæ ad validitatem testamenti non tantùm exigit, vt de testatoris voluntate liquidò constet, sed illud quoque præterea vt voluntas illa sit iusta, quomodo habet definitio testamenti *in l. 1. D. qui test. facer. poss.* id est solemnis, & iis omnibus munita solemnitatibus quæ necessariæ visæ sunt ad actum tanti momenti, quanti testamentum est, constituendum: Cùm nihil aliud sit testamentum quàm lex, Vnde & primus ille fluxit vsus testamentorum, vt calatis comitiis fierent, nec aliter fieri possent, quemadmodum alibi scripsimus. Atque hoc ipsum quidem quod nos hoc capite aduersùs nuncupatiua hodierni temporis testamentã disputauimus, placuit iam ante nos Viglio clarissimo Iureconsulto in elegantibus illis ad Titulos De testamentis commentariis. Sed tam breuiter, ne dicam ieiune id perstrinxit, vt opinio per se noua ob idque primo intuitu minùs plausibilis, nostra indigere visa sit assertione, ad tam crassum perniciosúmque errorem si fieri possit à Republica non minùs quàm à Iurisprudentia nostra profligandum.

ERROR III.

De testamenti in scriptis signato à testibus ante recognita signa defunctis.

RES nobis erit in hac etiam quæstione pro Viglio aduersùs consentientem cæterorum ferè omnium Interpretum traditionem: Sic enim plerique omnes putant, Testamentum in scriptis solemniter conditum, septémque testium subscriptionibus & sigillis munitum, licèt ab initio constiterit, corruere tamen & infirmari si vel vnus ex testibus priùs decesserit siue viuo adhuc, siue iam mortuo testatore, quàm sigillum suum & subscriptionem recognouerit, Ideóque vitandi huius periculi metu, ac veluti remedij loco induxerunt vt eo tempore quo fit testamentum in scriptis adhibeatur Notarius, qui publicam de eo scripturam conficiat, vt quamuis postea testes mori contingat, vel in eum statum deuenire vt testimonium dicere non possint, nihilominus testamenti fides subsistat, neque sit necesse testes examinari testamentarios,

vt

vt vel de voluntate defuncti testificentur, vel signa sua recognoscant & subscriptiones, Sufficiente scilicet in eam rem publici documenti fide & authoritate. Sic enim Accursius *ad l. 1. Cod de testam. quem. aper.* & Bart. *ad l. 1. & 2. D. eod.* Ita fit vt quemadmodum noua huius remedij introductione vetus omni testandi solemnitas hodie ferme penitus exoleuit, sic nullus aut certe rarissimus sit vsus recognitionis quam fieri olim oportebat signorum testium & subscriptionem. Sicut & priscus ille mos publicandorum testamentorum in vsu esse desiit, nisi quibus locis ex statutaria lege aut consuetudine retinetur vt in Comitatu Burgundiæ. Mouentur autem in hanc sententiam vulgares Interpretes *ex l. cum ab initio 4. & seq. D. ibid. cod tit. quem. testam. aper.* vbi scriptú est, Cum ab initio aperiendæ sint tabulæ, officium Prætoris esse vt cogat signatores conuenire, ac sigilla sua recognoscere, vel negare se signasse. Quòd si quis ex signatoribus absit mitti debere tabulas testamenti vbi ipse sit vt agnoscat, nec reuocari eum agnoscendi causa oportere ne sit ei officium suum damnosum. Nec ad rem pertinere an vnus absit an omnes: At si forte omnibus absentibus causa aliqua sit quæ vrgeat aperiri tabulas, debere Proconsulem curare, vt interuenientibus optimæ opinionis viris aperiantur, & post rescriptum & recognitum factú ab iisdem quibus interuenientibus apertæ sunt, obsignentur, tunc deinde eò mittantur vbi signatores ipsi sint, ad inspicienda sigilla sua. Ex quo Interpretes inferunt necessariam omninò esse signorum recognitionem, ita vt quamuis ex causa differri nonnunquam possit, eam tamen fieri tandem, aliquando necesse sit ad validitatem testamenti. Quod & probant *ex l. 2 eod. tit.* Addúntque inuentam ob hoc solemnitatem illam veterem publicandorum testamentorum, vt si quem ex testibus mori contingat non ideò tamen infirmetur testamentum quod iam fuerit publicatum, & de cuius fide ac validitate post publicationem disputari non oporteat. Sic namque illi *ad l. 1. C. ill tit. testam. quem. aper.* Afferunt etiam textum iuris Pontificij in *cap. 1. Extr. de fid instrum.* vbi rescribit summus Pontifex, Non posse videri instrumentum autheuticum si testes in eo inscripti mortui sint ante dictum testimonium de iis quæ instrumento continentur. Ego verò sententiam istam sicut à testamentorum fauore prorsus alienam, ita falsissimam & improbabilissimam semper existimaui. Nec enim recognitiones signaculorum & subscriptionum ad essentiam & validitatem testamenti pertinent, sed subscriptiones ipsæ & signacula: in quibus finem testamenti consistere ait Theodosius *in l. hac consultissima 21. versic. finem autem C. de testam.* At neque ad voluntatis probationem referri possunt, quod tamen malè ac parum cautè Viglius admittit, sed tantum ad probationem solemnitatis. Nam quemadmodum non sufficit vt constet de voluntate testatoris in testamento declarata, si non appareat solemnem esse illam voluntatem & legibus approbatam quæ ab Vlpiano nostro dicitur iusta in diffinitione testamenti, *l. 1. D. qui test. fac. poss.* Ita nec solemnitatem interuenisse satis est, nisi probetur interuenisse, cùm, vt est in vulgari brocardico, Non entium, & non apparentium idem iudicium sit: Itaque parum est extare subscriptiones aliquas & signacula, si non probetur cuius sint, quod non nisi per recognitionem fieri potest. Cæterùm quid necesse est fieri eam recognitionem per eos ipsos qui subscripserunt & signauerunt, si per eorum vel absentiam, vel mortem contigerit, vt suas subscriptiones suàque sigilla recognoscere non possint? Aut quid refert per quos recognitio facta sit, dummodo sic factam esse constet, vt de subscriptionum & sigillorum fide dubitari nullomodo possit? An enim idcirco minùs verum est Titij subscriptionem & sigillum esse, quod non à Titio ipso iam fortè defuncto vel absente recognitio facta sit, sed ab aliis personis fide dignis? Nam & cùm testes absunt, & res vrget, adeò vt neque auocari sine rerum suarum incommodo possint, neque expectari vt ad eos mittatur ad recognoscendum, Placet non eo minùs interim aperiri testamentum debere interuenientibus viris qui sint bonæ opinionis & famæ vt suprà diximus *ex l. Sed si quis 7. D. testam. quem. aper. & leg. 5. C. eod.* Qui si possint iidem recognoscere subscriptiones & signacula testium absentium Quid causæ est obsecro cur fidem facere non debeant? Fateor eam fore omnium optimam, & certissimam recognitionem si testes ipsi qui subscripserunt & signauerunt, suas subscriptiones, suàque sigilla recognoscant: Ideóque benè olim constitutum esse vt eiusmodi recognitio fiat si quo modo fieri possit, vtque etiam post apertas coram honestis personis tabulas, rursúmque obsignatas mittantur tabulæ ad testes absentes, sicuti benè Alex. scripsit *ad d. l. 2.* malè in hoc à Viglio reprehensus. Nimirum vt quantum fieri potest fraudibus & falsitatibus omnibus via præcludatur. Sed si testes ipsos omnes, aut ex omnibus aliquos mori contigerit, Dico nihil prohibere quo minùs per alios probæ opinionis viros ea recognitio fiat, Eámque potiùs amplectendam esse sententiam, quàm vt in angustias illas testamenti solemnitatem quæ re vera interuenerit, redigamus, vt probari nullo modo possit. Nam quod in omni alia iuris parte obtinet vt ampliandæ sint & adiuuandæ probationes potiùs quàm coarctandæ, cur non etiam obtineat cùm agitur non de probanda testatoris voluntate, sed tantùm de probanda testamenti solemnitate? Non nego exactiores requiri probationes in probando testamento, quàm requiri soleant cùm de alia qualibet siue inter viuos, siue vltima voluntate probanda disputatur. Et idcirco maiores quoque, ac plures requiri solemnitates, propter periculum quod maius & grauius subest comminiscendæ falsitatis, sed solemnitatum quæ in testamento dicuntur interuenisse, quales quantæque interuenire debuerunt, nego difficiliorem probationem esse debere, Quin potiùs tantò faciliorem quantò fauorabiliora sunt testamenta, si cum alio cuiuslibet voluntatis genere conferantur.

ERROR IV.

Si aliquis ex signatoribus dubitet in sigillo recognoscendo, & de nostrorum traditionibus ad l. 1. & 2. C. testam. quemadm. aper.

AMpliùs dico quod nec Interpretes ipsi negant, Si vnus ex testibus qui subscripserunt & signauerunt, dubitet adhibitus ad recognoscendum, an subscripserit, & signauerit, non eò minus valere testamentum si modò ipsius subscriptio & sigillum esse aliunde probetur. Nam etsi testis apertè negaret se recognoscere, perinde adhuc tamen aperientur tabulæ, quamuis ex manifesta illa negatione & contradictione fierent suspectæ, vt scriptum est *in l. 1. §. vlt. & ibi not. D. test. quem. aper.* Quantò magis ergo valebit testamentum à solemni testium numero subscriptum, signatúmque, cùm subscriptionum & sigillorũ recognitio facta est à testibus fide dignis, si obsignatores ipsi iã defuncti proponantur? Nec enim qui nõ recognoscit ideò quòd sit defúctus cõparari rectè potest ei qui negat se recognoscere, aut qui dubitat an

recognoscere debeat an negare. Cùm potiùs præsumendum sit fore si viueret, vt suam subscriptionem, suumque sigillum recognosceret, cuius subscriptionem, sigillumque esse alij testes fide digni recognoscunt. Atqui, inquit Bartolus *ad d. l. 1. C. testam. quem aper.* priuata scriptura est, quæ à testibus subscripta & signata fuit. Nullam ergo fidem facere potest si testes haberi non possint, quia mortui. Ego, inquam, consecutionem istam nego. Desinit enim priuata esse scriptura statim atque subscriptionum & sigillorum recognitio facta est sufficienter. Et quamuis priuata scriptura esset, æquè tamen probaret, dummodo per idoneos testes de ipsius fide constaret, *l. cum tabernam 34. §. 1. D. de pignor. l. scripturas 11. C. qui potior. in pignor. habeant.* Non enim differentia inter publicam, & priuatam scripturam in eo est quòd sola scriptura publica probet, priuata verò nihil, sed in eo tantùm quod publica per se sola probat, eamque ob causam dicitur probatio probata. Priuata verò per se sola nihil probat, sed recognitione demùm secuta. Cæterùm an ab hoc, an ab illo recognitio fiat, nihil interest, dum sic fiat vt nulla laboret suspicione. Quid quod Interpretes etiam ipsi admittunt, Si mortui sint ante recognitionem aliqui ex testibus, qui subscripserant & signauerant, nocere quidem id hæredi scripto, ne ex eo testamento hæreditatem petere possit, sed tamen licere ipsi citra furti & criminis vllius opprobrium defuncti bona intestati successoribus tanquam iniustis extorquere. Quod nominatim Bald. & Ias. *ad d. l. 1. C. testam. quem. aper.* tradiderunt. An non verò qui hoc admittunt profitentur apertissimè summam æquitatem facere pro testamento, & quod est consequens euidenter iniquam esse contrariam sententiam per quam testamenti validitas impugnatur: Alioquin quid iniquius dici posset quàm vt liceret hæredi scripto possessionem per se occupare quàm per iudicem apprehendere non posset. An non hoc pugnaret euidenter cum iuris ratione & regula de qua *in l. non est singulis 176. de re iu.* & tot aliis locis repetita? Neque sanè testamenti solemnitas quam lex requirit, illa est vt eos ipsos septem testes adhiberi necesse sit in recognoscendo testamento, qui adhibiti fuerint in eo subscribendo & obsignando, sed illa tantùm vt quo tempore testamentum fit septem testium puberum, ciuium Romanorum. & togatorum præsentiam subscriptiones & signacula adhiberi necesse sit. Quo facto cùm propriis viribus testamentum subsistat. Quid absurdiùs dici potest, quàm ob superuenientem casum defuncti vnius ex testibus, corruere testamentum, quod ab initio constiterit, tametsi per recognitionem ab aliis factam probetur solemnitas interuenisse? *arg. l. verbis legati 5. in fin. D. ad leg. falcid.* Nam & quod olim plerisque prudentibus non tamen omnibus placuit, Ea quæ semel ab initio constiterunt, fieri nihilominus irrita si ad eum casum perueniant à quo incipere non potuerunt, *l. quia in eum casum 17. D. ad leg. Aquil. l. existimo 98. penult. §. 1. D. de verb. oblig.* constat apud Bartolum cæterósque Interpretes, ad ea non pertinere quæ formam suam plenissime perfectam aliquando habuerunt, Ne alioquin eueniat vt solemnitates legitimæ pendeant ex dubio rerum euentu, quas è contrario ex solo præsenti statu eius temporis quo adhibentur æstimari oportet, vt ab initio lex certa sit an valeat actus & subsistat, an non: Qua ratione illud etiam receptum est vt actus legitimi nec diem recipiant, nec conditionem, neque tacitam magis quàm expressam. Cur ergo ex sola superueniente testium morte corruet testamentum quod probari possit ab initio valuisse, suasque omnes habuisse solemnitates? Aut si ius ita est, vt ad validitatem testamenti necesse sit testes omnes viuere in diem vsque recognitionis, quomodo fieri poterit in tanta hominum mortalitate, vt ex solo lapsu decennij non corruat testamentum, quomodo non corruere scriptum est *in l. sancimus 27. C. de test.* cùm vix sit vt intra tanti temporis curricula non moriatur aliquis ex testibus adhibitis ad solemnitatem testamenti. Argumentum Viglij est, non quidem necessarium, sed tamen satis probabile.

ERROR V.

Si obsignatores ignorante, vel iam mortuo testatore decesserint, & ad legem vltimam Codic. de edict. Diui Hadriani tollend.

ETsi autem parum referre arbitror an viuo adhuc an mortuo iam testatore obsignatores decesserint, est tamen hæc nostrorum sententia longe iniquior si ponas non nisi post testatoris obitum, aut viuo quidem ipso sed ignorante testes decessisse. Quid enim possis imputare testatori qui & testando solemnitates omnes adhibuit, quas adhibere debuit, & superstitibus decessit testibus, aut ignorans defunctos eos, quos si defunctos sciuisset, receptámque Interpretum sententiam pro iure certissimo haberi didicisset, vtique aliud testamentum, id est eandem quidem voluntatis suæ testationem, sed coram aliis testibus edidisset? Nam & ob hanc causam placet conditionem testis putatiuam, vt Baldus loquitur, sufficere ad hoc vt testamentum solemniter factum videatur, quamuis ex postfacto vera conditio detegatur quæ testem iam ipso testamenti tempore inhabilem minusque idoneum faciebat *l. 1. C. de testam.* Et hæc sanè apertiora sunt, quàm vt pluribus probanda videantur. Nec tamen possum prætermittere quod Viglius adducit *ex l. vlt. C. de edict. Diui Hadr. tollend.* vbi extat celebris illa Iustiniani constitutio, quæ hæredem testamento institutum iubet mitti statim in possessionem rerum hæreditarium si modo testamentum ostendatur non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacumque suæ formæ parte vitiatum, sed quod in prima figura sine vlla vituperatione appareat, & depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit: Depositiones enim dixit Iustinianus haud dubiè pro subscriptionibus & obsignationibus testium, quas sicut necessarias esse nemo ambigit vt testamentum solemne, ac perfectum dici possit, Ita earum recognitionem nihil ad essentiam & validitatem testamenti pertinere ex eo intelligimus, quod nullum de illa verbum apud Iustinianum, qui sanè non minùs recognitionis quàm signaculorum adhibendorum necessitatem irrogasset, si testamenti validitas & solemnitas non minùs ex recognitione quàm ex adhibitione obsignationum penderet. Nec est quod cum Baldo, Paulo Castrensi aliísque Interpretibus separes causam possessionis hac parte à causa proprietatis, Quasi minùs necessaria sit hæredi scripto recognitio signaculorum ad hoc vt in possessionem mittatur, quàm vt hæreditatem petere & vindicare possit. Omni enim casu necesse est tale apparere testamentum, vt nihil desit ex solemnibus. Nec quisquam probabiliter dixerit tam facilem esse iudicem debere ad dandam hæredi scripto possessionem, quam præuideat esse postmodum ei auferendam. Itaque si vera esset Interpretum sententia, non minùs inquirere iudex deberet, An sigillorum recognitio

nitio facta esset, aut saltem an fieri posset, id est, An testes & obsignatores viuerent, quàm de illo inquirendum prorsus habet, An à septem testibus obsignatum sit testamentum. Vtrumque enim pertinde ad extrinsecam testamenti formam ac solemnitatem pertinentet. Quamquam non dubito quin recognitio illa quæ non est necessaria in possessorio, necessaria sit in petitorio, Sed hactenus tantùm vt ex testium qui recognoscent fide, licèt minimè ipsi obsignauerint, non ex obsignatorum vita solemnitatis probatio pendeat, & vt mortuis testibus sufficiat comparatio litterarum & sigillorum, non solùm vt Baldus voluit in possessorio, in quo nihil tale lex exigit ad primam testamenti figuram extrinsecam constituendam, sed in petitorio etiam, quod ille negat, Cùm publicari testamentum nihil prohibeat post sigillorum recognitionem titè factam à quocunque tandem facta illa sit, dummodò solemniter & ex iudicis authoritate. Non enim ideò fit publicatio testamenti siue in scriptis, siue per nuncupationem conditum sit vt testamentum valeat, quod vtique & validum & à lege cōfirmatum esse necesse est priusquam publicetur, & vt possit publicari: Sed vt publicati semel testamenti fides non intercidat, quamuis ipsa materia in qua primùm à testatore scriptum testamentum fuit casu aliquo amissa probetur, vt scriptum est in *l. publicati 2. Cod. de test.* Quod verò nostri obijciunt *ex d. cap. 2. Extr. de fid. instrum.* sicut ad testamenta quæ à testibus testamentariis subscripta & obsignata sunt, non pertinet ita prorsus a nostro tractatu alienum est. Multum siquidem refert an alicui instrumento testes inscripti sint duntaxat, vt textus ille loquitur, id est nominati in instrumento quod coram ipsis factum dicitur, an verò subscripserint ipsi & signauerint. Priore casu sola testium nominatio, nec solemne facit instrumentum nec authenticum, sed necessariæ omninò sunt eorum depositiones, ideóque si ante defuncti sint tota instrumenti fides & probatio corruit. At posteriore casu solemnis scriptura est licèt nondum sit publica nec proinde fidem amittit & superueniente morte testium quippe quorum subscriptiones & obsignationes pro depositionibus sint, adeò vt & depositiones dicantur *in dict. l. vltim. C. de edict. D. Hadr. tollend.* Quod & Baldus, vt nihil ignotasse dicitur, benè vidit *ad d. cap. 1. Extr. de fid. instrum & ad d l. vlt. num. 19 & 10.* Illud planè non reprobo, quod frequens vsus induxit, vt eo ipso tempore quo testamentum fit, & post adhibitas subscriptiones atque obsignationes testium, fiat recognitio subscriptionum & signaculorum ab ipsis testibus præsente etiam testatore, Déque ea re instrumentum publicum à Notario conscribatur, vt neque testamenti fides quod suis omnibus solemnitatibus munitum sit, neque recognitionis veritas in dubium reuocari possit. Non enim possit quis hac parte nobis obijcere quod nos Interpretibus obiecimus in præcedentibus, Absurdum esse vt quis dicat testamentum nuncupatiuum probari per instrumentum, siquidem testamentum in scriptis de quo nunc agimus non probatur hoc casu per Notarium, sed per iustas suas leg. bùsque præscriptas solemnitates, id est per subscriptiones & signacula testium, Solemnitates verò per earum recognitionem legitimè factam, ipsa denique recognitio per instrumentum & scripturam Notarij Nec ob id, quòd viuo testatore ea recognitio facta sit, nocere debet, cùm nec quicquam vetet publicari testamentum viuo adhuc & præsente testatore, si testator ita fieri velit vt Baldus tractat *ad l. publicati in pu. C. de testam.*

ERROR VI.

De testamento quod per duos testes probatur factum fuisse coram septem testibus.

DIsputata fuit olim hæc quæstio inter veteres Glossatores postquam Martinus tentare primus ausus est, quod ante ipsum nemo dixerat, Posse testamenti solemnitatem probari per duos testes, quamuis veritas voluntatis non nisi per septem testes, probari possit. Disputationi causam dedit rescriptum Imperatoris Gordiani *in leg. 2. Cod. de bonorum possess. secund. tabul.* cuius verba hæc sunt: *Bonorum quidem possessionem ex edicto Pretoris non nisi secundum eas tabulas quæ septem testium signis signatæ sint, peti posse in dubium non venit. Verùm si eundem numerum adfuisse sine scriptis testamento condito doceri potest, iure ciuili testamentum factum videri, ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri exploratı iuris est.* Sic enim potest posterior pars rescripti à Martino accepta est, vt eundem quidem numerum septem testium in testamento nuncupatiuo adesse oporteat, Sed adfuisse probari tamen possit per duos tantùm testes, quasi hoc ipsum satis apertè Imperator exprimat iis verbis *si doceri potest*, nullo scilicet in eam rem præscripto numero testium per quos id probari debeat, quoniam vbi numerus testium non adijcitur, etiam duo sufficiunt: cùm pluralis elocutio duorum numero contenta sit, *lege vbi numerus 12. D. de testibus.* Etsi autem nouam istam Martini opinionem Accursius noster non probauit, illa potissimùm ratione quæ magna sanè est, statimque occurrit, quòd probari non possit vt probetur solemnitas testamenti, quin hoc ipso probetur voluntas, quia nec potest cognosci qualitas, nisi cognoscatur substantia *lege eius qui in prouincia 41. D. de reb. credit.* Præsertim verò si testes interrogentur, quemadmodum interrogandi sunt, Vnde sciant quod testabatur is quem solemniter testatum fuisse deponunt. Ita enim fiet, vt necesse sit eos deponere de veritate rei, & de substantia ipsa testamenti, quam tamen nec Martinus ipse negat duos testes, probari non posse, Frequentior nihilominus Interpretum schola cum Martino hac parte sentit, Sed eo demum casu nec alio præterea vllo, quo aduersarius confiteatur factum esse testamentum, at neget duntaxat factum esse solemniter, Proptereà quòd hoc casu voluntas testatoris dubia non sit quam adoersarius confitetur, sed solemnitas sola probanda relinquatur. Nam statim atque separari potest causa voluntatis à causa solemnitatis, nemo ex Interpretibus dubitat quin solemnitas per duos tantùm testes probari possit. At rursus alia iis incurrit ratio hæsitandi, quòd si hæres legitimus fateatur conditum esse testamentum, nec nisi solemnitatem neget, testes autem de solemni testamento deponant, de alio testamento videatur facta confessio, de alio autem probatio. Cùm is qui testamentum non solemniter factum confitetur, non possit videri de ipso testamento sensisse quod solemniter factum esse probetur. Nec quod pluralitas testamentorum non præsumatur, ad rem facit. In promptu enim replicatio est, ita demum id verè dici si non ex actis appareat de pluralitate, In proposito autem satis apparere, cùm testamentorum solemne, & non solemne non possint esse vnum & idem numero. Itaque nullum adminiculum, inquit Baldus, recipere testes possunt ex confessione quæ dicta testium non

contingit? Hìc nimirum necessaria fuit subtilitas Bartoli qui *ad l. hæredes palam 21. D. qui testam. facer. poss.* primus docuit, velut remedij loco, interrogandos esse hoc casu testes ante omnia, Verùm plura testamenta testator fecerit? Quo negato consequens fiet necessariò vt non de alio testamento videri possint deponere quàm quod hæres legitimus confessus sit factum esse. Et in hac subtilitate conquiescit Baldus *ad d. l. 2. Cod. de bon. possess. secund. tabul.* quamuis Bartoli traditiones vt plurimùm improbare soleat studio contradicendi, tùm quoque cùm probare potiùs deberet. Indéque infert, non quod alij solent dicere, Duplicem esse probationem, vnam voluntatis, aliam solemnitatis. sed è contrariò nec insubtiliter, quod ante illum fortassis nemo dixerat duplicem esse solemnitatem, vnam voluntatis, aliam probationis. Solemnitatem voluntatis probari debere per tot testes, quot sunt necessarij in facto, id est, ad ipsam voluntatem constituendam, sed solemnitatem probationis per duos testes probari posse. Videamus autem an non æquè nugatoriæ sint traditiones Interpretum & distinctiones. Supponunt enim omnes ac pro certo habent, substantiam testamenti. hoc est testamentum ipsum probari posse per solam legitimi hæredis aut alterius cuius interfit, confessionem: quod ego tam falsum esse semper credidi, quàm quod falsissimum. Nec enim testamentum ex sola testatoris voluntate constituitur, sed ex ea tantùm quæ sit iusta, vt scriptum est *in l. 1. D. qui testam. facer. poss.* id est solemnis & Legibus consentanea, ac proinde non tantú ex voluntate, sed etiam ex solemnitate. Nec rursus solemnitas illa probatur quoquomodo, sed certis tantùm & legitimis modis, id est, adhibito solemni numero testium & eorum quidem testium qui tales sint quales à lege requiruntur, Masculi, puberes, ciues Romani, non domestici, nec fortuiti, sed extranei & rogati. Adeò vt si poneres alicuius testamento adfuisse viginti Senatores qui de eadem defuncti hominis voluntate per eadem verba testificentur, tam perspicuè & conuenienter vt ne dubitari possit de voluntatis veritate, non tamen magis testamentum factum probatúmve dici possit, quia non minùs lex requirit vt testamentarij testes sint rogati quàm vt sint testes, nec pro testibus idoneis habet Senatores, si non sint rogati, non magis quàm si mulieres adhibitæ proponerentur. Vnde est quod qui legatum sibi adscribit etiam de quo aliunde quam per ipsius scripturam indubitatè constet, non idcirco tamen legatum consequitur *lege secunda, Cod. de his qui sib. adscr.* Vt nec tutelam, qui se tutorem scripsit, *leg. ex sententia 29. D. de testam. tutel.* An ideò fortasse ne iniuria fiat voluntati, quódque verendum sit ne ob non adhibitas iustas solemnitates aliud credatur voluisse testator, quàm quod reuera voluerit? Minimè verò. Ponimus enim constare de voluntate tam euidenter puta per ipsius testatoris scripturam, vt sit illa indubitata nec vllomodo ambigua, vt scriptum est *in dicta lege ex sententia.* Sed quoniam nihil vetat & certam esse voluntatem, & non iustam, minúsque legitimam: quod cùm euenit nulla potest haberi ratio voluntatis, quæ nullam rationem habuit legitimæ solemnitatis. Porrò inter cæteros siue voluntatis, siue solemnitatis probandæ modos, nemo vnquam ex Prudentibus nostris dixit numerandam esse legitimi hæredis aut cuiusquam confessionem. Nam quod alias dici solet nullam esse certiorem probationem quam quæ fit per confessionem partis, adeóque quod magis est, exclusis per Constitutionem Principis, aut per statutum cæteris probationibus omnibus, nunquam tamen exclusam illam intelligi, quæ ex aduersarij confessione inducitur, ad quæstionem nostram non pertinet, in qua negamus sufficere probationem voluntatis, si non adsit etiam probatio solemnitatis, quam probationem & ipsam quoque solemnem esse necesse est, vt legi satisfactum dici possit quæ sola testandi facultatem dedit. Ac quemadmodum belle olim & eleganter Marcus Tullius, recusare nos non debere, quominus ea qua nati sumus lege, & conditione viuamus: Ita nec recusare quisquam debet quominus iis quæ à iure præscriptæ sunt legibus, ac solemnitatibus testetur, cùm solius legis beneficio habeat, vt testari possit. Etsi enim priùs data est per legem duodecim Tabularum facultas testandi quàm fuerit iis arctata & coangustata solemnitatibus quæ hodie in testamentis ordinandis exiguntur, quippe quas successu temporis partim edictum Prætoris, partim media Iurisprudentia, ex parte etiam Imperatorum authoritas introduxit, vt Iustinianus refert *in titulo de testament. ordinand.* Sufficit tamen ita coangustatam hodie esse libertatem illam testandi veterem ac plenissimam, vt quisquis nimius ritè nec seruatis solemnibus testatus probatur is neque testatus esse videatur. Proinde si quis dicat cum Interpretibus solam hæredis legitimi aut alterius iusti contradictoris cuiuslibet confessionem posse solemnitatem omnium vicem supplere, vt nihil intersit an testamentum aliquod proferatur, an ex aduersarij confessione factum fuisse probetur, is procul dubio fecerit vt priuati hominis confessio legam authoritate censeatur: quod Papinianus vtique nunquam admitteret, *lege vltima D. de iur. & legit.* Quid si poneres constare per duos testes visam esse testamenti scripturam solemnem suísque sigillis & subscriptionibus munitam, quæ tamen casu aliquo deperdita probetur, An diceremus posse illam probationem sufficere, si modò etiam de sigillorum, & subscriptionum recognitione legitima per eosdem constaret? Et non puto, nam & ita facilè esset fraudem facere legi, & quod directo non licet indirecto probare substantiam testamenti per duos testes. Quid enim prodesset probatum esse testamentum, si nihil eorum probatum esset, quæ testamento continentur? Quòd si fingas testes viuere, qui ad testamentum, siue in scriptis, siue nuncupatiuum adhiberi dicuntur, erunt omnes interrogandi vt per eos probetur, non solùm solemnitas, sed etiam substantia testamenti, præsertim nuncupatiui. Nam in testamento in scriptis difficiliùs illud est, si non manifestauerit iis testator suam voluntatem, quæ alioqui non nisi per scripturam ipsam probari posset.

ERROR VII.

De sententia legis vltima, Codice de fideicommisso, & paragrapho vltimo de fideicommissar. hæred.

NEque verò in toto iure nostro locus vllus est, qui pro Interpretibus contra nos adduci possit, si eum excipias, quem vnum nostri afferunt post Accursium (nam & in hanc sententiam Accursius venit) *ex paragrapho vltimo, Institut. de fideicommissaria hæreditate, & lege vltima Codice de fideicommisso.* Vbi constitutum est, vt si is à quo fideicommissum relictum fuisse dicitur, posteaquam negauerit, confiteatur equidem aliquid à se relictum esse, sed ad legis subtilitatem caute recurrat negans ritè relictum esse, ac eo modo quo relinqui iure debuit, id est interuenientibus quinque testibus, omnimò,

modò fideicommiſſum ſoluere compellatur. Inde namque apparet ſolam hæredis confeſſionem ſufficere ad probandam non modò voluntatem, ſed etiam quod magis eſt, ſolemnitatem, ſi facta ſit poſt infitiationem, Non quaſi confeſſio ante vllam infitiationem facta non ſufficiat ad probandam voluntatem: Sed quia non ſufficeret ad ſupplendam ſolemnitatem quæ interueniſſe negaretur. Sic enim illa Iuſtiniani conſtitutio ſecundùm Ioannis interpretationem vulgò accepta eſt, vt ſi hæres ab initio confiteatur fideicommiſſum relictum eſſe, ſed interuenientibus paucioribus quàm quinque teſtibus, ideóque neget le[illegible] eius præſtationem teneri, non ſit cogendus ſoluere adeóque nec iurare ſi iuſiurandum ei deferatur, tametſi de calumnia priùs iurauerit is, qui fideicommiſſum petit. At ſi neget relictum, non aliter poſſit ad ſolutionem vrgeri quàm ſi deferente iuſiurandum fideicommiſſario iurare noluit, ſcilicet ſi hoc fideicommiſſarius eligat. Si enim alias tentet probationes quas implere non poſſit, audiendus non eſt deferens iuſiurandum poſt alias probationes deſperatas. Si verò negauerit primùm deinde confeſſus ſit relictum, nihil ei proſit quod per quinque teſtes fideicommiſſum probari non poſſit, ſed omnimodo ſoluere cogatur, & ad ſolutionem præcisè vrgeatur. Atque ita nouam Iuſtiniani conſtitutionem conciliant cum eo quod à prioribus Imperatoribus reſcriptum erat *in l. ſi veritas 23. Cod. eod. tit. De fideic.* ſi veritas vel ſolemnitas iuris deeſt, nec amplexus defuncti voluntatem hæres legata dedit, vel tranſactionis cauſa ſtipulanti promiſit, negotiúmque integrum eſt, ad ſolutionem vrgeri eum non poſſe. Ex quo reſcripto manifeſtè apparet ita facere iuris rationem, vt parùm referat, an veritas voluntatis, an ſolemnitas iuris deſit, tùm quoque cùm agitur de fideicommiſſo, quantò igitur magis ſi de teſtamento ageretur? At neque hac parte id eſt quod ad nouam Iuſtiniani conſtitutionem illam attinet conuenit mihi cum Interpretibus. Video enim non de qualibet vltima voluntate loqui Iuſtinianum ſed fideicommiſſo duntaxat, Cuius propria conditio & natura illa eſt, vt ſolemnitas iuris nullas exigat, cùm neque cognitum ſit legibus à quibus ſolemnitatum omnium origo fluxit, ſed ex ſola hæredis fide pendeat, vt idem Iuſtinianus teſtatur *initio eiuſdem tituli de fideicomm. hæred. & titul. de codicill.* Vt proinde mirum non ſit ſolam hæredis confeſſionem ſufficere ad probandum fideicommiſſum, cuius nulla prorſus ſit ſolemnitas, dummodò conſtet de voluntate quæ hæredis fideicommiſſa eſt, de qua porrò non meliùs aut certiùs conſtare poſſit quàm per confeſſionem eius qui fidem ſuam obſtrinxit, ſiue hæres ille ſit ſiue legatarius, ſiue fideicommiſſarius. Nam & à legatario & à fideicommiſſario relinqui fideicommiſſum poteſt, & hos omnes caſus Iuſtiniani conſtitutio ſupradicta complectitur, nec tamen de legato loquitur quod relictum negetur, multò minùs autem de inſtitutione. Et verò non aliam Iuſtiniani mentem fuiſſe quàm in ſolis fideicommiſſis nouum hoc ius induceret, præter id quod conſtitutionis verba ipſa præ ſe ferunt, apparet etiam ex eo quod in ipſo *§. vlt.* præfatus ille prima fideicommiſſorum cunabula ab hæredum fide pendêre, & tam nomen quàm ſubſtantiam accepiſſe, ideóque Diuum Auguſtum ad neceſſitatem iuris ea retraxiſſe, ſubiungit nuper ſe conſtitutionem feciſſe ſuggerente Triboniano, per quam Auguſtum ſuperare contendens diſpoſuit vt fideicommiſſum quod neque per ſcripturam, neque per quinque teſtes probari poteſt, per hæredis aut alterius qui grauatus dicitur, iuſiurandum probari poſſit. Non ergo bona conſecutio eſt, ſi quis ex eo quod in ſolis fideicommiſſis Iuſtinianus conſtituit, argumentum ſumere velit ad probationem teſtamenti, ſiue de legato, ſiue de inſtitutione quæratur. Legum enim omnium authoritas reſiſtit, ne idem de teſtamento dici poſſit, quo nimirum nomine non alia voluntas quàm quæ ſolemnis & legitima ſit ſignificatur. Primúſque hic Interpretum error eſt, quod putant perinde ex hæredis legitimi confeſſione probari teſtamentum poſſe. Secundus verò nec leuior meo iudicio ille eſt, quod fideicommiſſis minùs faueant, quàm faueat Iuſtiniani Conſtitutio: Quandoquidem nolunt poſſe hæredem aliúmve qui rogatus ſit, vrgeri ad ſolutionem ſi ab initio fateatur relictum eſſe fideicommiſſum, ſed ſolemniter relictum neget, at illo tantùm vno caſu quo ſit perfidus & mendax negando primùm quòd fideicommiſſum vllum relictum ſit, poſteà confitendo idipſum quod negauerat. In quo grauiùs puniunt mendacium quàm perfidiam. Qui neque fatetur relictum eſſe fideicommiſſum, ſed negat ſolemniter relictum eſſe, is haud dubiè non modò perfidus eſt, ſed ſuam quoque perfidiam fatetur. Quid enim poſſit dici magis perfidum quàm ſi quis neget teneri ſe id adimplere, quod fidei ſuæ tamen commiſſum eſſe fateatur? Quamuis non ſit mendax hic qui fatetur fideicommiſſum, At is qui primum negauit relictum, poſteà verò idipſum confitetur quod negauerat, etſi ab initio mendax fuit qui veritatem negauit quam ſciuit, minùs tamen poſteà mendax eſt à quo tempore agnoſcit fatetúrque relictum à ſe fideicommiſſum, quàm ſi in mendacio & negatione perſeueraret, Tametſi maneat perfidus, qui ſolutionem fideicommiſſi recuſat prætextu omiſſæ ſolemnitatis. Cur ergo grauius puniatur ob mendacium in quo non perſtat, quàm ob perfidiam in qua perſeuerat? An quia mendacium aliquando iunxit perfidiæ. Nec quiſquam ex pœnitentia nocens eſſe deſinit? vt ſcriptum eſt *in l. qui ea mente 65. D. de furt.* Atqui nec ſine mendacio perfidia vlla eſſe poteſt, nec tam impudens eſt perfidia quæ colorem aliquem licet improbum ex alio mendacio quærit. Denique hoc volo dicere, grauiùs eſſe crimen perfidiæ quàm mendacij, ob idque non mitiùs puniendum, ſed tantò grauiùs quantò impudentior eſt qui ſe perfidum fatetur, quàm qui ab initio mentitur, ideò tantùm ne perfidus videatur. Igitur ſi is qui fideicommiſſum à ſe relictum negauit primùm, poſteà verò confeſſus eſt, ad ſolutionem omnimodo vrgeri debet, vt vult Iuſtiniani conſtitutio. Quidni etiam tenebitur is, qui ab initio confeſſus fuit? An minùs perfidus eſt, qui negare debere ſe fideicommiſſum præſtare quod relictum fatetur, quàm ſi relictum negaret? Aut quid ei prodeſſe poteſt ad declinandam perfidiæ inuidiam, quòd nullis vel paucioribus quàm quinque teſtibus interuenientibus fideicommiſſum relictum dicat, quod ſibi iniunctum eſſe fateatur? Cur enim teſtes in fideicommiſſo probando exiguntur, niſi vt voluntas probetur? Siquidem nulla ſolemnitas in hoc vltimæ voluntatis genere neceſſaria eſt, ſed tantùm veritas. Et quod ſcriptum eſt *in d. §. vlt. de fideic. hæred.* quinque teſtium numerum in fideicommiſſis legitimum eſſe, non eam habet rationem, quaſi vel fideicommiſſa ipſa ſint legitima, vel quod effectu idem eſſet, numerus ille ad ſolemnitatem actus requiratur. Sed quia iuris conſtituti, & ex Theodoſij conſtitutione *in l. vlt. §. fin. C. de codicill.* illud eſt, vt quoties non niſi per teſtes fideicommiſſum probatur, pauciores quàm quinque teſtes non ſufficiant, nec qui falſitatis incurrat minore adhibito teſtium numero, vt Iuſtinianus noſter ratiocinatur *in dicta lege vltima C.*
de

de fideic. Cæterùm ad actum ipsum fideicommissi vtiliter constituendum non esse pro solemnitate necessarium numerum quinque testium, adeòque nec duorum, argumento illud est quod si forte de testatoria voluntate per ipsius scripturam constet, nihil aliud requirimus, vt hæredem vel alium quisquis grauatus est ad fideicommissi solutionem condemnemus. Quod omnium manifestissime probat ille Iustiniani locus, de quo tractamur *in dict.* §. *vltim.* si quis ea verba benè expendat *& neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero possit res manifestari.* Ostendunt enim non esse vtrumque necessarium, sed alterutrum sufficere vt vel ex scriptura scilicet ipsius testatoris, nec enim manu ipsius codicillos scribi prorsus necesse est *leg. Diui 6. codicillos. D. de iur. cod. coll.*) vel ex quinque testium numero fideicommissum probetur: quod etiam constat *ex l. cùm pater 77. §. rationis de legat. 2. leg. & in epistola 22. C. de fideic.* Cùm fides epistolæ constare possit, non modò per pauciores quàm quinque testes, sed etiam sine testibus ex comparatione puta litterarum, Quo casu nihil sanè causæ est, cur non præstari debeat fideicommissum, de cuius veritate dubitari non possit: vt alibi pluribus à nobis comprobatum est. Cur non ergo sufficiet conscientia sola relicti fideicommissi per confessionem eius ipsius, qui grauatur est, testata *l. 2. Cod. eod. tit. de fideic.* Non equidem sola illa conscientia sufficeret ad præbendam fideicommissario persecutionem, hoc est sufficere possit ad dandam ei retentionem vt *in dict. leg. 2.* Nempe quia probanda necessariò voluntas est ab eo qui fideicommissum petit, quod aduersarius relictum esse negat, *leg. post, nam 5. si dies D. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Probatio autem ex aduersarij conscientia erui nulla potest si non ir primùm facto vel dicto aliquo conscientiam suam aperuerit. Sed vbi conscientiam prodidit expressa confessio, nihil aliud inuestigandum superest, quod fideicommissi solutionem temorari possit aut debeat. Cùm ab eo tempore aperta esse incipiat perfidia grauati, qui fidem à se datam testatori frangit, & adimplere recusat quod promisit, in quo vno elucet insignis quædam perfidia. Certè multò grauior quàm si negetur data fides, quæ tamen vere data fuit. Idque Iustinianus etiam noster expressimit non obscurè *in dict. §. vltim.* cùm ait: *si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat.* Parum enim est ad vitandum perfidiæ crimen, quòd hæres fideicommissum à se relictum esse, vel fateatur, vel neget, si non effectu quoquo ipso fidem adimpleat, præstando, quod promisit.

ERROR VIII.

De emendatione dict. §. vltim. Institut. de fideic. hæred.

Dices pro Interpretibus, statim sequi apud Iustinianum *negando rem ita esse subsecutam.* Hæc enim verba sunt quæ Interpretes fefellisse videntur, vt nouam Iustiniani constitutionem coarctandam putauerint ad eum casum quo persona grauata non solùm recuset præstare fideicommissum sed etiam relictum neget. Verùm facilis responsio est, Ideò loqui Iustinianum in negante, quoniam in confitente ratio nulla dubitandi occurrere poterat, quin omninò soluere teneretur. In ea namque re quæ ex sola interrogati fide pendeat, quænam obsecro iudicii parte aduersùs confitentem esse possunt nisi in condemnando? Nihilne ergo interesse, inquies, an is contra quem de fideicommisso agitur fateatur ab initio relictum esse, an verò postquam id ipsum iam negauerit? Videtur enim repugnare quod in fine *d. §. vlt.* scriptum est in hæc verba, *Quod si is a quo relictum dicitur, postquam negauerit confiteatur quidem aliquid relictum esse, sed ad legum subtilitatem recurrat, omninò soluere cogendus est.* Nam quid faceret verba illa *postquam negauerit*, si nihil referret an negasset antea, necne. Et rursum, an non indignior est, qui audiatur recurrens ad subtilitatem legum postquam negauit, quam si non negasset? Nam & alius plerisque iuris partibus sua mendacio pœna constituta est vti ne post mendacium liceat, quod ante licebat, *vt in leg. vlt. D. de rei vendic. Auth. item possessor C. qui potior. in pignor. hab. cum simil.* At respondeo, quod ad supradicta verba pertinet, suspecta illa esse & supposititia, ideòque in editione emendatiore lineis interclusa quomodo esse solent, quæ ex Interpretum glossis in textum irrepserunt. Neque sane dubium apud me est quin addita sint ab aliquo Interprete, qui Ioannis opinionem secutur non aliter condemnandum putauit hæredem confitentem relictum à se fideicommissum quàm si eiusmodi confessionem præcesserit negatio, cuius odio prohibendus ille sit subinde recurrere ad iuris subtilitatem. Sed ego contrà sic sentio, Iustiniani mentem eam fuisse vt duos tantùm casus distingueret, An scilicet is contra quem de fideicommisso agitur, fideicommissum relictum neget, quod neque per scripturam defuncti, neque per quinque testes probari potest, an fateatur, Vt si neget cogendus sit iurare deferente iusiurandum actore, nec aliter cogatur soluere quàm si nec iurare velit: si verò fateatur siue ante, siue post inficiationem, omninò cogatur soluere, id est etiamsi iusiurandum de eo nullum ei deferatur. Quid enim necessarium est deferri iusiurandum ei qui iam fateatur? Aut cur minoris momenti erit spontanea confessio, quàm iusiurandum vrgente ac deferente aduersario, vel præstitum vel recusatum? An non vtroque casu perinde verum est & testem in causa sua esse & iudicem eum qui siue vltrò, siue coactus iuratúsque confitetur? Quæ tamen Iustiniani ratio est, qua potissimùm mouetur, vt conuentum reum obliget ad solutionem fideicommissi quam recusabat. Sed & illud veriùs dici potest, Tam certum fuisse Iustiniano & indubitatum ius illud, quod nos defendimus, De condemnando ad solutionem hærede, qui fideicommissum à se relictum esse fateatur, Vt casum hunc prætermisisse videatur, tanquam de quo non nisi absurdè & ridiculè ferri lis posset, cum non debeant leges esse de indubitato. Nam *in dicto §. vltimo*, iis postremis verbis quæ nos suprà retulimus, Non hoc simpliciter ait, eum à quo relictum dicitur fideicommissum si confiteatur quidem sed ad legum subtilitatem recurrat, omninò soluere cogendum esse, de quo nec anus dubitaret: sed de illo disertè loquitur qui aliquid tantùm à se relictum esse confiteatur, id est minorem quantitatem quàm illa sit quæ petitur, vt intelligamus quod sequitur cogendum eum esse omninò soluere, sic accipi oportere, vt non tantùm eam quam confitetur quantitatem, sed totam illam quæ petitur soluere compellatur. Sic enim explicat illa ipsa Iustiniani constitutio, quæ extat *in d. l. vlt. vers. vel si recusandum existimauerit sacramentum, vel certam partem, aut quantitatem manifestare fideicommissario derelictam voluerit,* sic legendũ est, non vt vulgò *noluerit*) *si forsitã maiorẽ fideicommissa*

fideicommissarius expti t, omnimodo exactioni fideicommi s subisstere & s n ad satisfactionem compelli. Secundum quam inter ... etationem ponendum ... mper est præcedere dela... onem iurisiurandi, quippe quæ non minus relictu... esse contendit, quàm si negaret omnino relictum ... quicquam fuisse. Nisi fideicommissarius ea quantitate contentus esse malit, quā hæres confitetur. Ex eòque magis intelligimus quàm verum sit, quod modò dicebamus abundare apud Iustinianum verba illa *postquam negauerit*. Nam & qui pro maiore quantitate conuentus minorem solam confitetur, etiam nunc negat reliquam quæ petitur, siue antè, siue post delatum iusiurandum neget. Quid ergo attinet quærere an negauerit antea necne, cùm adhuc neget? Quod si confiteatur relictum esse quicquid & quantumcumque illud est, quod petitur, siue post inficiationem, sicuti delatio iusiurandi non est necessaria, ita neque Iustiniani constitutio vlla vt condemnetur ex sua confessione is qui conuenitur. Nec magis permittendum est ei qui negare nunquam voluit, vt ad legum subtilitatem recurrat, quàm ei qui negauit, cùm in fideicommissis non de subtilitate iuris quærendum sit sed de fide dati, quàm non præstare perfidi hominis sit, & à pietatis officio alieni.

ERROR IX.

De differentia fideicommissi, & alterius cuiuslibet vltima voluntatis & ad l. si veritas 23. C. de fideic.

Difficile tantùm illud videtur. Quo iure possit fideicommissum peti, aut quo colore si neque per scripturam probetur, neque per sufficientem numerum testium. Prius siquidem est vt petatur quàm vt conuentus hæres fateatur in iure & apud Prætorem relictum illud esse, siue in totum siue ex parte. Et hinc nimirum apparebit manifestiùs quàm diuersa ratio sit fideicommissi, & alterius cuiuslibet vltimæ voluntatis. Nam in cæteris vltimis voluntatibus bona obiectio est, cùm neque ex testamento, neque ex codicillis agi possit aut pro legato aut pro hæreditaria aliqua portione quin testamentum aliquod solemne proferatur ex quo actionem prætor dare possit, Testamentum, inquam solemne non quod in scriptis factum esse necesse sit, sed quod suas habeat solemnitates siue in scriptis, siue per nuncupationem testatus quis proponatur. At fideicommissa non per actionem petuntur sed cognitione Prætoria & implorato auxilio Prætoris fideicommissarij, apud quem de voluntate disceptari potest etiamsi neque testamentum vllum, neque codicilli, neque testes proferuntur. Interrogato nimirum hærede an non fidem suam testatori eam in rem obstrinxerit, vt vel per spontaneam eius confessionem, vel si neget per delati iurisiurandi acceptationem aut recusationem res expediatur. Idque est quòd noua Iustiniani Constitutio potissimùm induxit, cùm ante à ius ita esset, vt si fideicommissum relictum negaretur, non ideircò deferri iusiurandum posset, Fortasse propter metum periurij, cùm credibile esset facilè peieraturum eum, qui tantæ perfidiæ reus aut saltem suspectus iam tum diceretur. Neque tamen similiter vllo iuris loco constitutum videas vt pro legato quod relictum negatur, iusiurandum deferri possit, neque quia legatum non sicut fideicommissum ex hæredis fide pendet, sed ex iuris ratione ac solemnitate, cuius probationem quoque solemnem ac legitimam esse oportet, in quo tamen numero non magis iusiurandum hæredis, quàm nuda ipsius confessio poni potest, tametsi & iusiurandum deferre velit legatarius, & hæres iurare: Nisi constet factum fuisse testamentum, & quidem in scriptis, puta ex quo hæreditatem adierit ille ipse qui tanquam hæres conuenitur, vt non de testamento sed de solo legato controuersia sit. Etenim potest interdum euenire, vt amissis tabulis nec apparente testamento legatarium se aliquid dicat, qui tamen testamentum non proferat: quo casu iureiurando rem decidi necesse est, sed deferente hærede non legatario, si fortè hæres veritus, ne quid faciat contra voluntatem defuncti aut potiùs, vt se litis molestiæ citiùs subtrahat, malit vltrò deferre iusiurandum actori, quàm eum cogere ad scripturæ exhibitionem, quod tamen facere vtique pro suo iure posset, *dicta l. postquam quinta §. si dies, D. vt legat. seu fideicom. seruand. caus. caueat.* Hoc autem cùm accidit cogitur quidem legatarius iurare vt si iuret, consequatur ex eo testamento legatum, sed si posteà prolato testamento appareat nihil fuisse legatum, erit locus condictioni ne impium lucrum ex periurio suo legatarius retineat, vt idem Iustinianus noster constituit *in lege vltima, Cod. de reb. cred. & iureiur.* Qua ex lege apparet, si non constet factum testamentum in scriptis, non posse de legato quod relictum dicitur iusiurandum deferri, maximè verò per legatarium, quia nec nisi in testamento aut saltem in codicillis testamento confirmatis legatum dari potest, quod nemo fideicommisso perinde dixerit. Hac verò legati & fideicommissi admissa differentia, non erit difficile respondere ad id quod Interpretes obiiciunt ex *dicta lege si veritas*, qua potissimùm mouentur, vt dicant hæredem confitentem fideicommissum relictum quidem sed minùs solemniter, si nunquam negauerit relictum esse, neque ad iurandum, neque ad soluendum cogi posse. Dici enim posset loqui eam legem, non de fideicommissis tantùm, sed etiam de legatis, cùm loquatur de relictis in genere, quo nomine legata perinde ac fideicommissa continentur: Itaque ad omnia quidem referri debere quod lex ait si veritas desit relictum non deberi, hoc est si de voluntate non appareat, sed quod additur idem esse si iuris solemnitas desit, ad sola legata pertinere non etiam ad fideicommissa quæ nullam iuris solemnitatem desiderant. Nec minùs verè dici etiam illud posset Iustiniani Constitutionem de cuius sententia & interpretatione disputamus, sicuti posterior est, ita nouū ius facere quod Diocletiani et Maximiani temporibus, quorum est *dicta lex si veritas*, nondū obtinebat. Sed tamen illa responsio, magis placet, quam & ex Interpretibus plerique probant quos Bartolus refert, vt quod scriptum est *in d. l. si veritas & in l. ex test. 29. eod. titul.* ad ea demùm fideicommissa restringatur quæ relicta sunt in testamento minùs solemni, siue in scriptis illud fuerit, siue per nuncupationem, quod testator putauerit & voluerit valere: quo casu non magis valere possunt quæ in testamento inutili & inualido relicta sunt, quàm testamentum ipsum nisi à legitimis quoque hæredibus fuerint reperita, vt scriptum est *in d. l. ex testamento & in l. generaliter 14. §. ex testamento, D. de fideic. libert. l. 1. C. eod.* Nam nec alia testatoris volūtas fuisse videtur quàm vt ea quę in testamento data sunt, ita demùm valeant si testamentum ipsum valeat totum, quia nec pro parte valere potest, si excipias ius nouum ab eodem Iustiniano nostro constitutum, *Nouell. 115. vt cùm de appell. cognosc. § aliud quoque capitulum*, vnde sumpta est *Auth. ex causa C. de lib. præter.* At cùm extra testamentum fidei hæredis aut alterius commissum aliquid est ab eo qui neque testamentum codicillos facere, sed tantùm relinquere

fidei

fideicommissum voluit, eo nimirum casu Iustiniani Constitutio locum habet quæ induxit vt tale fideicommissum quod neque per scripturam, neque per testes probari potest probetur per hæredis aut alterius qui grauatus dicitur, iuramentum.

ERROR X.

Quid noui induxerit. Iust. in l. vlt. C. de fideic.

NEc est quod cum Accursio quis obiiciat contra hanc interpretationem quod Iustinianus *in d. §. vlt. De fideic. hæred.* loquitur de testatore iis verbis, *si testator fidei hæredis sui commisit.* Quasi testator esse non possit, nisi vbi testamentum aliquod est. Nam imò verò testatorem aliquando generali nomine dicimus omnem eum, qui decedit cum aliqua vltima voluntate, licèt decesserit intestatus: Atque ita Iustinianum accipiendum esse non meliùs probare possim quàm ex eiusdem ipsius Iustiniani verbis *in d. l. vlt. C. de fideic.* vbi scriptum est *si sine scriptura, & sine testibus fideicommisso derelicto.* Quis enim vnquam dixit fieri posse testamentum sine scriptura & sine testibus. Neque aliter rursum idem Iust. *in d. §. vlt & neque ex scriptura, neque ex quinque testium possit res manifestari.* cum enim non id egit testator vt solemniter testaretur, nec vt codicillos faceret, nulla subest coniectura voluntatis propter quam dicendum sit ex tacita eius voluntate fideicommissum corruere quod per se subsistere voluit nullo alio adminiculo, nullisque aliunde probationibus suffultũ. Quamquam non eo magis tale fideicommissum valeret sine scriptura, & sine testibus relictum, si noua Iustiniani Constitutio ius hoc non induxisset, antequàm inauditum sanè fuit vt valeret fideicommissum quod neque per scripturam, neque per testes probaretur. Neque ab hac nostra sententia Bartolus ipse alienus est, nisi quod in eo errat cum cæteris omnibus quod fideicommissa non distinguit hac parte à legatis ait enim Ex voluntate minùs solemni (Adde, quam nec solemné esse testator voluit legata & fideicommissa deberi. Et iterum, Notabilem esse legẽ illam ad hoc quod quando testator solemniter testari noluit, sed confidit de fide hæredis hæres tenetur ad prestationem illius legati & ciuiliter & naturaliter. Quæ tamen sententia sicut in fideicommisso vera est, ita in legato falsa. Nam nec legatum dici potest, quod hæredis fidei cómittitur, seu fideicommissum, cùm ab hæredum fide fideicommissa omnia & nomẽ & substantiam acceperint vt Iustiniano iam diximus. Ideóque non imperatiuis verbis vt legata sed precatiuis fideicommissa relinquuntur, vt Vlp. scribit *in regul, tit. De legat.* Neque quod idem Iustinianus noster legata fideicommissis per omnia exæquauerit *in l. 2. C. commu de legat.* tam generaliter accipiendum est, vt ex eo fœda & nominum & rerum cófusio inducatur, quomodo sanè induceretur si promiscuè legatum quodlibet pro fideicommisso, & vicissim fideicommissum quodlibet pro legato acciperetur. Fateor iura legatorum & fideicommissorum exæquata esse, iamque tum fuisse cùm de solis fideicommissis Iustinianus locus est *in d. § vlt. de fideicom hered.* vt constat ex *§. sed non vsque, Instit. de leg.* Sed hoc quantum ad legata & fideicommissa valida, & in solemni aliqua voluntate relicta, non etiam quantum ad ea fideicommissa de quibus agimus, id est, quæ nec per scripturam nec per testes relicta sint sed quæ ex mera solaque hæredis aut legatarij aut fideicommissarij grauati fide pendeant, id est ad quorum præstationem is qui grauatus est fidem suam obstrinxerit Non enim de aliis fideicommissis loqui Constitutionem, & Interpretes ipsi ferè omnes fatentur, & liquet satis ex verbis Constitutionis, quæ non alia ratione nititur, quàm quòd hæredis fides & religio electa sit, nec ei permitti debeat vt fidem quam dedit, fallat. Itaque non sufficiet allegari a fideicommissario, quòd sibi relictum fideicommissum, si non etiam alleget datam fidem ab eo à quo fideicommissum petit, vt appareat non minùs de grauati perfidia quàm de fideicommisso tractari, ne alioqui nouæ constitutioni locus non fiat: Nec si actor præstereà dicat, non esse hæredem aut alium grauatum nescium voluntatis defuncti quam is fortè declarauerit in præsentia testium, vel pauciorum quàm quinque vel nunc mortuorum. Neque enim fideicommissi conscientia posset sufficere quam perfidia non comitaretur, adeò vt iuramentum purgationis non solùm sufficiat eo casu, vt Baldus voluit, sed neque necessarium sit. Perfidiam autem in proposito non ex eo solo æstimamus si testatoris voluntati non satisfiat, sed si data testatoris fides violetur: quam proinde datam esse allegandum est, priusquàm is contra quem agitur perfidiæ reus dici possit, Et sic nouam hanc Iustiniani Constitutionem accipiendam esse non dubitamus, vt quod ille ait se constituere ad exémplum Augusti, qui primus fideicommissa traxerat ad necessitatem iuris, cùm antea ex hæredum fide ac pudore omnino penderent, de iis ipsis fideicommissis solis accipiatur, quæ nec post illam Augusti legem peti hodie possent si non superasset Augustum Iustinianus in ampliando fauore fideicommissorum. Probationes enim relicti fideicommissi non modò aliquas sed etiam certas & indubitatas Augustus exigebat vt ad fideicommissi præstationem vrgeri posset is, qui fidem suam dedisse dicebatur, neque permittebat vt ea de re iusiurandum deferretur. At Iustinianus sola fideicommissarij allegatione contentus est, vt eum cuius fides & religio electa fuit, adigat ad iusiurandum vel suscipiendum vel recusandum ni soluere paratus sit: Eo nimirum solo casu quo non solùm dicat fideicommissarius relictum sibi esse fideicommissum, sed etiã, quod præcipuum est, Datam fidem ab eo contra quẽ agitur de fideicommisso præstando, Datam, inquam, non modo testatori, sed etiam quod nemo obseruat, Ipsi quoque fideicommissario. Id enim est quod lex ait, *cuius religio & fides à fideicommissario electa est.* Duplex namque perfidia huius est qui fidem dederat duobus, vt vtrumque deciperet, indéque est fortasse, quod singulari quodam iure huiusmodi iusiurãdum à fideicommissario delatum referri non potest, sed omnimodo iurare cogitur is qui fidem dedisse dicitur aut recusare aut soluere: cùm in cæteris causis manifestæ turpitudinis non sit nolle iurare, si modò iusiurandum referatur, *vulg. l. manifestæ. 38. D. de iureiur.* Illud sanè ad inducendam nouę Constitutionis potestatem non exigemus, vt qui fideicommissum reliquit, intestatus decesserit. Nihil enim refert an testamentum aliquod factum sit, necne, etiam solemniter, an minùs solemniter, dummodò fideicommissum quod petitur non in testamento relictum sit, sed extra testamentum sine scriptura & sine testibus, sola grauati fide subnixum, quam is præstiterit & testatori & fideicommissario, Ne per calumniam videatur deferri iusiurandum ab eo qui neque per alios sciat quod inter defunctũ & hæredem aliúmve oneratum quemlibet, secretò gestum esse affirmet.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Sexagesimaoctaua.

ERROR PRIMVS.

De reuocatione testamenti in scriptis per posterius nuncupatiuum Ad leg. nolumus 20. Codice de testament.

CONSTITVTIO est Imperatorum Honorij & Theodosij, cuius tres allatas video interpretationes. Prima fuit Accursij, sic intelligentis, vt testamentum in scriptis solemniter conditum non possit reuocari per aliud posterius testamentum nuncupatiuum, quod non sit solemne, tametsi Princeps aut quis ex potentioribus in eo fuerit institutus. Secunda Bartoli quam & ex recentioribus nonnulli probant, vt testamentum quidem in scriptis alio solemniter facto tolli possit: Nuncupatiuo autem quantumuis solemni non possit, etiamsi in posteriore testamento Princeps, aut potentior aliquis hæres scriptus sit. Tertia est cæterorum ferè omnium iuris Interpretum, vt quamuis per nuncupatiuum testamentum ritè factum perinde ac per solemne in scriptis conditum reuocari possit prius, quod in scriptis ac solemniter celebratum fuerit, Aliud tamen obtineat quoties in posteriore aut Princeps aut alius quispiam potentior inuenitur, ne falsi comminiscendi materiam ea res præbeat, si fortè testes adsint, qui vt Principi, aut alij potentiori blandiantur testimonium ferre parati sint de Principis, aut alterius potentioris institutione ad priorem quantumlibet solemnem voluntatem euertendam. Prima interpretatio parem facit Principis ac cæterorum omnium conditionem, vt neque deterior sit, neque melior ad ruendum testamentum, de quo in aliarum personis dubitari non posset, quin nullius esset momenti. Nemo enim dixerit testamentum solenne prius, reuocari posse per posterius quod non sit solemne, sed ita demum si posterius valeat ipso iure *§.posteriore Instit.quib.mod.testam.infirm.l.si quis priore 29 D.ad SC.Trebell.* Secunda verò interpretatio similiter quidem facit parem Principis & cæterorum omnium conditionem, sed in eo durius agit cum Principe quòd non petitur vt melior eius conditio sit, non magis cùm posterius testamentum valet in quo Princeps institutus est, quàm si non valeret: Cùm tamen minùs inuidiosum videatur si quis dicat euerti testamentum in scriptis per posterius nuncupatiuum ritè ac solemniter factum singulari quodam iure ac fauore Principis, quàm si de posteriore testamento inualido ageretur. Haberet enim illo casu fauor Principis comitem iniuriam, cuius nulla suspicio est cùm posterius testamentum valet, neque aut litis causa aut qua alia mala mente factum dici potest. At tertia interpretatio deteriorem facit causam Principis, quàm cæterorum, denegata Principi facultate succedendi ex posteriore testamento nuncupatiuo quantumlibet solemni, ex quo alius quilibet institutus succederet, dum ne ex potentioribus esset. Distinxi autem Bartoli interpretationem quasi diuersam ab interpretatione Accursij, contrà quàm fieri soleat à vulgo Interpretum qui vtramque pro vna habent, quasi Bartolus non de alio testamenti nuncupatiui genere senserit quàm de quo Accursius, id est quod sit non solemne. Cùm tamen Bartolus non de testamento non solemni loquatur, sed de minùs solemni: quod longè diuersum est, Nuncupatiuum enim tum quoque cùm solemniter factum fuit, semper tamen minùs solemne est quàm quod in scriptis ritè factum proponitur: Propterea quòd longè plures solemnitates exiguntur vt quis scriptis testetur, quàm vt per nuncupationem, adeò vt ob hanc causam testamentum quod fit per scripturam *emphatichos*, solemne dicatur, ad differentiam nuncupatiui, quod nulla formali obseruatione indigere creditur, acsi nullam penitus solemnitatem exigeret, quamuis non minùs in eo necessarius sit numerus septem testium puberum, ciuium Romanorum, & rogatorum *l.in testamentis 26. C.de testament.§.vlt.& passim tot.tit.Inst.de testam ordin.* Etsi autem non ignoro, etiam apud Bartolum dici plerumque minùs solemne testamentum esse quod nullo modo solemne est, In proposito tamen vt exactius ista distingui debeant illud facit, quod non abs re possit quis existimare, Iuri rationi consentaneum esse, nulla quoque in eam rem interueniente constitutione, vt testamentum in scriptis & solemniter conditum non nisi alio æquè solemni testamento posteriore reuocari possit, Ex vulgari ferèque perpetua illa iuris regula, quæ nihil tam naturale esse ait, quàm vt vnumquodque dissoluatur eo ipso modo quo colligatum est. Inde namque fit vt re obligatio contracta, re tantùm dissolui possit, quemadmodum nec nisi verbis contractus qui verbis initus est si non id ipsum quod debetur soluatur: Denique nudo dissensu, quod nudo consensu contractum fuerat, vt scriptum est *in leg.prout 80. D.de solut.* Quò etiam respexisse videtur Iustinianus *in l.testium facilitatem 77. C.de testib.* vbi constituit vt qui ex contractu in scriptis celebrato conuenitur, solutionem allegare nullam possit nisi quam vel in scriptis similiter probet, vel saltem per quinque testes idoneos, cùm extra hanc causam certum sit sufficere duos posse. Quidni ergo perinde dicere liceat, Non esse ferendum vt solemne testamentum in scriptis & cum tanta obseruatione conditum, per aliud posterius dici possit reuocatum si non eædem solemnitates in posteriore interuenerint quæ in priore? Nam quod vulgò nostri obiiciunt non minùs valere testamentum nuncupatiuum iure ciuili, quàm quod in scriptis factum est *d.§.vlt. Instit.de testam ordin.l.hac consultissima 21. §.per nuncupatione Cod.eod* facilem habet responsionem. Verum quidem id esse hactenus vt testatus quis dici possit, ad excludendam scilicet spem legitimæ successionis, sed non ad euertendum æquè testamentum solemne quod cum tanta solemnitatum obseruatione prius factum probetur, *argum. leg.si quando 35.in princip. Cod de inoff.testam* Difficilius siquidem est vt testamentum ritè factum per posterius subuertatur, quàm vt intestati successio impediatur. Maximè verò probabilis videtur hæc sententia si ponas posteriore testamento

Q

testamento nullam prioris mentionem factam esse, scriptósque in posteriore alios hæredes quorum causa minùs fauorabilis videri debeat quàm eorum qui in priore instituti reperiuntur. Tum enim iusta subest suspicio, vel corruptionis testium, per quos testamenti nuncupatiui fides adstruitur, vel recenter prioris voluntatis quasi facto per alicuius importunitatem & suggestionem posteriore testamento per quod non declarauerit testator velle se recessum à priore si prioris illius voluntatis meminerat: Aut etiam quasi posterius testamentum factum sit per obliuionem prioris. Quæ obliuio non est modus faciendi irritum prius testamentum, sed potiùs confirmandi, ne testator reuocandi eius animum videri possit habuisse, cuius nec meminit. Atqui nemo vnquam dixit posse reuocari testamentum sine animo reuocandi. Prius ergo est vt probetur testator memoriam habuisse prioris testamenti, quàm vt dici possit vel reuocasse illud, vel reuocare voluisse, Quamuis in defuncti voluntate interpretanda circa legata, vel fideicommissa quæ ex voluntate nuda æstimantur, potior esse soleat causa posterioris scripturæ post obliuionem prioris factæ *vt in l. Seia 20. D de instr.& instr legat an princ.* Facilè autem obliuio præsumitur non modò si post decennium quis testetur vt *in l sancimus 27.C.de testam.* sed & si testetur, quod plerique faciunt, in ipso mortis articulo, & eo tempore quo humana fragilitas mortis cogitatione turbata memoriam præteritorum retinere non potest, *l.hac consultissima 8 §.at cùm humana fragilitas C.qui testament fac.poss.* Sed neque vult omnimodo reuocare prius testamentum ille qui posterius facit, at ita demùm si posterius valeat, *leg.si iure 18.de leg 3.* Necesse igitur est vt prioris meminerit ad illud siue expressè siue tacitè reuocandum. Nec leue pro huius sententiæ confirmatione argumentum sumi ex eo potest, quod scriptum est *in l.omnium 19.eod.tit.* quæ alia eorundem Imperatorum constitutio est, si quis successorem suum oblatis Principi precibus declarauerit, non eò minùs valere testamentum tanquam ritè ac solemniter factum, quod Princeps nihil ad eas preces aut rescripserit, aut responderit. Cuius rei rationem Imperatores subijciunt, quod voluntates hominum sudire velint non iubere, *Ne post sententiam nostram*, inquiunt, *inhibitum videatur commutationis arbitriũ.* Illa enim ratio subesse videatur quòd si Principis consensus expressus ad testantis preces accederet, eandem solemnitatem in reuocando quoque testamento adhiberi oporteret, vt eodem modo dissolueretur, quo constitutum esset. Visúmque est Imperatoribus longè commodius, & à iuris ratione minùs alienum, vt expressus Principis consensus non adhibeatur in eo testamentorum genere, quam vbi adhibitus fuerit, eius testamenti reuocatio inaudito & irrequisito Principe permittatur. Adeò verum est quod diximus easdem solemnitates in posteriore testamẽto necessarias esse ad prius reuocandum quæ adhibitæ in priore & adhibendæ necessariò fuerunt. Accedat, quod vix vllus in toto iure locus proferri possit quo probetur tractasse vnquam Iureconsultos aut Imperatores de testamento solemni ac per scripturam condito per nuncupationem reuocato. Tractant enim semper de tabulis, nec priores legitimè factas aliter irritas fieri patiuntur, quàm si sequentes iure ordinariæ & perfectæ fuerint, vt loquitur Pertinacis Imperatoris oratio quam Iustinianus refert *in § penult. quib mod. testam. infirm.* Possitque fortasse quis non improbabiliter existimare hoc ipsum esse quod Iustinianus noster significare voluit *in §.sed & si quis eod.tit si quis prior testamento iure perfecto posterius aquè iure fecerit.* Quid enim aliud sibi volunt verba illa, *aquè iure*, quam si scriptum esset, *aequali iuris solemnitate.* Tractari autem eo loco de testamento in scriptis apparet ex sequentibus verbis eius *§.& leg.si quis priore 29. D. ad Senatusconsultum Trebellianum*, vnde locus ille sumptus est, vbi agitur de hæredibus scriptis, aliis quidem in priore, alio vero posteriore testamento. Mihi tamen subtilius totam rem hanc æstimanti probabilius videtur vt ad testamentum solemne quod in scriptis factum fuerit, reuocandum nun minor potestas sit testamenti posterioris per nuncupationem conditi, quam si æquè in scriptis factum esset, In ẽoque conuenit mihi cum frequentiore schola Interpretum, sed cum hac tamen differentia, quòd si posterius per solemnem scripturam factum sit, omnimodo prius reuocatur, & ipso iure, tametsi nulla eius mentio facta sit in posteriore, Si verò per nuncupationem tantùm posteriore loco quis testatus sit, non aliter reuocatum intelligatur prius testamentum per posterius quam si expressi prioris reuocatio in posteriore contineatur, Quod nescio an ex Interpretibus quisquam in hunc diem ante me dixerat. Ac prioris quidem propositionis non obscuram probationem affert hæc ipsa Constitutio, de cuius sententia non disputamus, In qua negari non potest, quin agatur de eo testatore, qui priorem suam voluntatem in scriptis & solemniter declaratam reuocasse dicatur nuda voce, id est nulla scriptura interueniente, sed adhibitis tantùm testibus ad vocem audiendam, probandamque Quo testandi genere non aliud demonstratum videri potest, quàm quod nos nuncupatiuum testamentum appellamus. Quid verò attinebat constitutionem in id edere, per quam prohiberentur iudices hoc casu testimonia huiusmodi admittere si iuris ratio faceret, vt iis etiam admissis nihilominus testamentum prius in scriptis conditum subsisteret, neque per subsequentem nuncupationem quantumlibet solemnem reuocatum videretur? Dices fortasse, Necessariam fuisse constitutionem nonam, Ne aliòqui posuisset dubitari An fautor Principis contrarium ius eliceie deberet, vt per talem nuncupationem hoc vno casu non etiam alio vllo prius testamentum solemne reuocari posset, Legibus licèt reluctantibus, quibus solutos esse Principes non dubitatur, verùm ne hoc dici possit, illud impedit quod non tantùm de Principe instituto loquitur constitutio, sed etiam de alio quolibet priuato qui sit ex potentioribus. Sic enim lex habet: *Nemo itaque nostrum vel potentium nomen horrescat:* & rursum & postremis verbis, *nostro vel etiam priuatorum potentium nomine.* Quis verò tam stupidus fuisset, vt potentiori vlli priuato indulgendum putasset idipsum quod Principi ad inducendam reuocationem testamenti solemnis per nuncupatiuum posterius, si ius commune prohiberet? Sed & iam ante Theodosium Imperator Pertinax constituerat, & supradicta oratione, quam ex Iustiniano retulimus, expressisset, Nunquam se admissurum ex nuda voce nomen hæredis, Quemadmodum refert Iustinianus *in §.vlt.eod tit.quib.mod.test.infir.* Quantò minùs admisisset hæreditatem ex testamento nuncupatiuo per quod ruptum diceretur prius testamentum in scriptis factum? Idque adeò certum est vt non tam negari possit, quàm de illo dubitari, quid noui ab Honorio & Theodosio inductum sit quod ad Principem attinet *in d l.nemum.* De quo in seqq. dicemus. Addo quod scriptum est *in Auth.hoc inter liberos C.de test.* testamentum à parente in scriptis inter liberos factũ adhibita solemnitate de qua in præced. *Auth.quod sine eod.tit.* licèt habeat tacitam clausulã derogatoriã, reuocari tamen expressim posse per subseq contrariã voluntatem siue in scriptis, siue sine scriptis perfectã.

Etsi

Etsi posset responderi eo loco agi de testamento inter liberos minùs solemni quod non vt testamentum, sed vt voluntas intestati defenditur, vt scripsi in *Error. 3 Decad. 35.*

ERROR II.

De facienda mentione prioris testamenti quod reuocatur per posterius minùs solemne.

ILlud ergo pro indubitato habeamus, Posse testamentum solemne in scriptis conditum reuocari per posterius nuncupatiuum ipso iure, dum ne Princeps aut priuatus aliquis potentior in posteriore nominatus proponatur. Quæ tertia & haud dubiè verior nostrorum ferè omnium interpretum, si Accursium & Bartolum excipias, interpretatio est. Sed quod ea sententia nostra addimus quódque cæteri omnes prætermittunt, ita demum id verum esse si prioris testamenti facta mentio sit in posteriore, videamus vnde probari possit Primùm autem me vt ita sentiam mouet ratio illa, siue iuris dicere habeat, siue potiùs voluntatis, quòd non facilè credendus sit prudens testator ab eo testamento, quod cum tanta solemnitate fecerit per scripturam, nec vnquam cancellauerit, recedere voluisse, nulla præsertim voluntatis mutandæ causa extrinsecus superueniente. *arg. d. l. si quando 35. C. de inoff. test.* Adieci *nec vnquam cancellauerit*, quia testamento per ipsum testatorem cancellato dubitandi causa superesse nulla potest quin à tota voluntate quæ eo testamento continebatur, recedere voluerit is qui testamentum cancellauit, sicut è contrario expressa prioris testamenti reuocatio pro cancellatione esse potest, cùm nihil referat an verbis, an factis voluntas declaretur. Et ob id nimirum magna iustáque præsumptio est quod noluerit testator irritas esse tabulas, quas cum incidere posset ac cancellare, penes se integras retinuit non incisas, nec cancellatas nec expressim reuocatas, *arg. l. qui ex liberis 11. §. testamento de bon. poss. sec. tab.* Et apertius *Nouell. 107. De testam. imperf. §. etsi quidem* iis verbis *cui licuit rumpere quod factum est & aliam facere voluntatem, &c.* Nec est quod replices, satis videri testatorem facto ipso voluntatem suã declarare quod nolit prius testamentum valere cum aliud posterius condit, licèt non nisi per nuncupationem: Quandoquidem scis aut scire debet non posse quemquam in paganis decedere cum duobus testamentis. Nam respondebo primùm, non esse locum huic replicationi, cùm testamentum posteriùs factum est per obliuionem prioris, quod necessariò præsumendum est, quoties in posteriore testamento nulla mentio fit, prioris non cancellati & solemnioris, vt suprà diximus. Dices testamentum ritè conditum legẽ quandam esse, nec minoris authoritatis ita volente populo quàm si ab ipso populo lata esset: Atqui per sequentem legem contrariam, omnimodo, & indistinctè tolli priorem: Nimirum, quòd non possit populus priorem aut ignorare aut obliuisci, quorum vtrumque in testatore diuersum est. Quamquam nec facilè est, vt lex vlla posterior abroget priorem cuius non aliqua mentio facta sit in roganda posteriore, licèt verbis posterioris legis circumscribi soleat mentio prioris, propter breuitatem quæ in conscribendis legibus seruanda est ad maiorem earum maiestatem. Neque rursum vna lex facilè solemnior est altera. Deinde respondeo non esse nouum vt in priore testamento subintelligatur clausula derogatoria, quæ posterius non aliter valere patiatur, quàm si prioris mentio & reuocatio expressim facta sit, Quomodo tradere nostri solent de testamento inter liberos. de quo *in dict. Auth hoc inter liberos C. eod. tit. de test.* sumpta *ex d. Nouell. 107. De test. imperf. c. 2.* itémque de testamento in quo pia causa instituta fuit. Quidni ergo similiter dicemus, in omni testamento solemni & in scriptis facto subintelligi clausulam derogatoriam, Si non ad obligandum simpliciter testatorem ne prius testamentum reuocare aliter possit per posterius, quã si prioris expressim mentionem fecerit, saltem hactenus vt ea expressio necessaria sit si reuocare prius velit per posterius non æquè solemne Nam si ponas posterius æquè solemniter & in scriptis factum esse, facilius quis admittat, Prius ipso iure reuocatum esse, quamuis nulla eius mentio facta sit in posteriore, dum ne prioris obliuio interuenerit. Cessat enim hoc casu ratio illa superiùs à nobis allata, quæ vult omnia dissolui eo modo, quo colligata sunt: sicut & cessare illam credendum est cùm prius testamentum nuncupatiuum fuit, posterius autem solemne, & in scriptis, vt probari non ineleganter potest ea *l. vlt. D. de iur. cod.* quia quod solemne est licèt specie differat à nuncupatiuo easdem vtique solemnitates habet quas nuncupatiuum exigit si tollas nuncupationem, quæ ipsa tamen in scriptura eminenter continetur, quoniam plus quàm nuncupat qui hæredis nomen vel scribit vel dictat. Mouent me secundò verba illa huius constitutionis *tanquam patrimonium suum ad res deficiens maluerit peruenire.* Quid enim aliud est quod ait *maluerit*, quàm quod volumus, expressim factam à testatore mentionem prioris volũtatis? Nam nec maluisse quisquam dici potest, nisi ex cõparatione & antithesi voluntatis alicuius contrariæ: Et qui dicit malle se habere principem hæredẽ cùm iam alium priore testamento scripsisset, vtique necesse est vt vel addat vel intelligat, Malle se habere Principem hæredem quàm alium illum priore testamento institutum. Mouet me postremò quod scriptũ video *in lege sancimus 27. eodem titulo*, testamentum legitimè ac in scriptis conditum, non ex solo decennij lapsu reuocari, sed ita demùm si testator in medio tempore contrariam voluntatem ostenderit dicendo nolle se prius testamentum stare, dummodo vel perfectissimo testamento posteriore id declarauerit, vel adhibitis saltem tribus testibus aut apud acta voluntatem suam manifestauerit. Nam si tum quoque cùm à tempore conditi testamenti decennium effluxit ex quo facilè præsumitur obliuio, prioris tamen testamenti mentio facienda est, vt reuocatum videri possit, quantò minùs reuocatum intelligi debet id cuius testator oblitus non sit, & quod non nisi paucis ante mensibus vel annis factum fuerit? Huic enim testatori magis potest imputari cur voluntatem priorem cuius meminerat non expressim reuocauerit, quàm ei qui prioris testamenti oblitus iterum testatur, nulla eius mentione facta. Neque verò contrariam voluntatem declarat, sed aliam potiùs & nouam facit, qui posterius testamentum minùs solemne condit si non adiiciat expressim, pœnitere se prioris & solemnioris testamenti: Adeò vt nec putem sufficere debere generalem illam reuocationem, quæ hodie in testamentis ferè omnibus passim solet inseri ex stylo Notariorum potiùs quàm ex voluntate testantium, & per quàm reuocantur quotquot præcesserunt eiusdem hominis testamenta. Nam quemadmodum superuacua est illa cautio cùm posterius testamentum tale sit, vt possit rumpere prius ipso iure, ita inanis est nullúmque effectum habere potest si quid impediat, ne per posterius testamẽtum prius reuocetur: Est autem quod impediat, cùm prioris testamenti solemnioris expressim,

prrssim, & explicitè facta mentio nulla est ab ipso testarore, quamuis facta sit à notario, Errotem verò & inscitiam stylumque notariorum nostrorum illud omnium apertissimè detegit, quòd tùm quoque, cùm in fine testamenti adiicit clausulam illam generalis reuocationis, præfantur tamen initio instrumenti factum esse à testatore testamentum ne intestatus moreretur. Quasi potuerit vereri ne decederet intestatus qui aliud testameotum iam à se solemniter & ritè factum sciret, ac meminisset. Cúmque omnes qui testantur necesse sit ideò testari, vt vel legitimam intestati successionem excludant, vel prius testamentum quod iam feceruot reuocent, nec possit idem testator in eodem testamento condendo vtramque mentem illam gerere, consequens est vt nihil minùs cogitet quàm de priore testamento reuocando, quisquis simpliciter testatur, nulla prioris testamenti facta mentione, maximè verò si qua causa sit præsumendæ obliuionis. Sed fient ista apertiora ex iis quæ mox subiiciemus.

ERROR III.

De Pertinacis oratione de qua in §. penult. & vlt. Inst. quib. mod. testam. infirm. Ad l. cùm hæredes 7. qui testam fac. poss. l. non dub. 16. C. de testam.

PErtinacis Imperatoris oratio quam Iustinianus refert *in §. pen. & vlt. Inst quib. mod. test. infirm.* duo habuit capita. Primum illud de quo *in d. §. pen.* vt si quis post factum prius testamentum posterius facere cœperit & aut mortalitate præuentus, aut quia eius rei eum pœnituit, non perfecerit, priores tabulæ iure factæ non aliàs irritæ fiant, quàm si sequentes iure ordinatæ & perfectæ fuerint. Alterum de quo *in d. §. vlt.* quo expressetar optimus Imperator non admissurum se hæreditatem eius qui litis causa Principem hæredem reliquisset Neque tabulas non legitimè factas in quibus ipse ob eam causam hæres instirurus erat probaturum, neque ex nuda voce hæredis nomen admissurum, neque ex vlla scriptura cui iuris authoritas desit, aliquid adepturum. Prius caput ad eam quæstionem pertinet quam noa superiore capite tractauimus, De priore testamento per posterius reuocando, Præbétque non leue argumentum, eam fuisse Imperatoris sententiam, vt testamentum solemne in scriptis factum non aliter posset reuocari quàm per aliud testamentum æquè solemniter & in scriptis celebratum, loquitur enim oratio de tabulis & prioribus & posterioribus, vtrisque iure factis & perfectis. Et quanquam dici potest ita locutum Imperatorem ad exclusionem tabularũ sequentium imperfectarum, vt ratio illa subiecta demonstrat, *nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est*, non ad exclusionem testamenti noncupatiui, quod ipsum per se ac sine scripto perfectissimum iure ciuili firmùmque esse potest *§. vlt. Inst. de test. ordin.* Sequentia tamen ostendunt non maiorem habitam fuisse ab Imperatore rationem testamenti nuncupatiui perfecti, quàm testamenti in scriptis imperfecti. Cùm pari iure censeri voluerit Imperatorem scriptum in tabulis non legitimè factis, & Imperatorem institutum nuda voce, id est in testamento nuncupatiuo quantumlibet perfecto. Hoc verò secundum supradictæ orationis caput est, de cuius potissimùm interpretatione nunc agemus, Nudam enim vocem apud Iustinianum intelligo, non quæ suis destituta sit solemnitatibus, quas etiam nuncupatiuum testamentum requirit, de quibus *in lege in testamentis 26. eod. tit.* sed quæ careat scriptura, nec aliter quàm per testes probari possit: in quo valdè imprudenter errauit Accursius, qui eorum verborum hunc sensum esse putat, vt ne quidem nudum nomen hæredis velit sibi arrogare Imperator ex testamento minùs solemni. Nec enim nudum nomen dixit Imper. sed nomen hæredis ex nuda voce. Itaque siue proponeretur Imperator scriptus in legitimis quidem tabulis, sed tamen litis causa, siue non litis quidem causa, sed tamen in tabulis non legitimè factis, siue denique institutus nuda voce testatoris, id est extra tabulas & per nuncupationem siue perfectam, Nolebat optimus Imperator quicquam lucri & commodi ex eiusmodi institutione obtinere, præsertim quod ad ius & nomen hæredis pertineret. Nã de legatis & fideicommissis extra testamentum relictis eadem oratio posteà cauebat iis verbis, *Neque ex vlla scriptura, cui iuris authoritas desit, aliquod adepturum.* Cùm enim de testamento, & hæreditate iam locuta esset oratio, & omnes casus comprehendisset quibus poterat Imperatori hæreditas in testamento dari, reliquum erat vt de legatis quoque ac fideicommissis separatim & extra tabulas relictis aliquid adderet. Nec probabile est quod idem Accursius noster supradicta verba interpretatur de testamento minùs solemni, & in quo aliquid desit ex solemnibus. De testamento enim tam in scriptis quàm nuncupatiuo, & tam perfecto, quàm imperfecto iam satis dictum erat in præcedentibus, nec potuit quicquam adiici citra insulsam repetitionem. Dicendum potiùs est iis verbis significari, codicillos, epistolas, & alias eiusmodi scripturas quæ iuris authoritatem nullam habent & per quas tamen fideicommissa saltem relinqui posse non ambigitur. Certum namque est & in confesso, ius illud aliquando obtinuisse vt Principes neque ex codicillis, neque ex epistolis fideicommissa admitterent vt constat *ex l. 2. C. Theod. de testam. & codicill.* Quod tamen quantum ad codicillos pertinet, de iis accipiendum videtur, qui ab intestato facti sint, non de iis qui ea testamento. Qui enim siue anteriore, siue posteriore testamento confirmati sunt, non carent iuris authoritate, cùm sequantur ius testamenti à quo pendent *l. 3. §. vlt. l. ab intestato 16. in fin. iunct. l. 2. § codicillorum. D. de iur. codicill.* Proinde quemadmodum testatori cuilibet semper licuit hæreditatem Imperatori relinquere testamento in scriptis, & solemniter condito, *l. si quis Imperatorem 6. & seq. C. qui testam. facer. poss. l. ex imperfecto 3. l. non dubium 16. C. de testament.* Ita nec dubitandum est quin & legata & fideicommissa perinde licuerit relinquere Imperatori in codicillis testamento confirmatis, cùm perinde habeantur illa acsi in ipso solemni testamento relicta essent, *d §. codicillorum l. si ita scripsero 38. D. de condic. & demonstr.* In eóque minor sanè fuit potestas codicillorum ab intestato scriptorum, qui sicut ex nullo testamento pendere possunt, ita neque iuris authoritatem vllam habent, vt & Iustinianus noster fatetur *in Institut. titul. D. codicill.* Vnde etiam est quòd legata in iis relinqui nulla possunt quomodo possent in codicillis testamento confirmatis, *legat. vlt. D. de iur. codicill.* sed fideicommissa duntaxat *l. illud 13. paragrapho tractari eodem titulo* Vulgò tamen creditum est, & quod magis miror ab ipso etiam Iacobo Cuiacio *libro. 5. Obseruat. capite 7.* paulatim derogatum esse huic iuri quod Pertinacis oratio primùm induxerat & ex posteriore Imperatoris Valentis constitutione quæ extat *in lege cum hæredes septimo Codice qui testamentis facere possunt*, cœpisse tandem obtinere vt ex codicillis quoque & fideicommissariis epistolis Imperatori relinqui posset, quod & sequentes

Imperatores

Imperatores Gratianus, Valentinianus, & Theodosius confirmasse videntur *in d.l. non dubium* 16 *C. de testam.* Mihi tamen aliud iudicium est, qui video *in d.l. cum hæredes*, non de quibuslibet codicillis & epistolis fideicommissariis agi, sed cum adiectione illa quam nemo observat *iure scriptis*. Quæ adiectio ostendit eam constitutionem ad illos tantùm codicillos pertinere qui & scripti sint, & iure scripti, vt intelligamus exclusos eos, qui vel per noncupationem ac sine scriptura facti sunt, licet testamento confirmati proponantur, (quorum tamen vsus incognitus fuisse videtur ante aliam Theodosij constitutionem quæ extat *in l. vlt. in fin. C. de codicill.*) vel per scripturam quidem sed non iure, id est ab intestato. Nam si ex testamento nuncupatiuo quod per septem testes idoneos & rogatos probatum esset, nolebant Imperatores hæreditatem consequi: moltò minùs credibile esse voluisse illos legata & fideicommissa petere ex codicillis per nuncupationem factis, tametsi quinque testium fide munitis. Ne alioqui plus ponderis & momenti viderentur tribuere codicillis nuncupatiuis quàm testamento nuncupatiuo, maioremque fidem quinque testibus, quàm septem adhibere. Sed & quod in eadem lege additur de fideicommissariis epistolis hoc ipsum probat euidentiùs. Nec enim fideicommissariæ epistolæ olim exigebant numerum quinque testium, vt neque codicilli ante constitutionem Theodosij *in d.l. vlt. Cod. de codicill.* si modò fides epistolæ constaret, neque erat necesse adhiberi testes, nisi si quando fideicommissum nuda voce, vel etiam nutu relictum esset. Qui sensus est *l. & in epistola* 22. in illis verbis *adhibitis testib. C. de fideic.* iunct. *l. nutu* 21. *de legat.* 3. vt alibi docuimus. Iam verò quod pertinet ad *d.l. non dubium* 16. *C. de testam.* Cùm promiscuè loquatur illa tam de hæreditate quàm de legato, & tam de legato, quàm de fideicommisso, non aliam vtique interpretationem recipere potest, quam quæ vniformiter & hæreditati, & legatis & fideicommissis conueniat. Igitur quemadmodum ad eas hæreditates non pertinet quæ nuda testatoris voce, id est per nuncupationem quantumuis solemnem relictæ sint, ita neque ad legata, quæ relicta fuerint in codicillis per nuncupationem factis quamuis solemni testamento quod etiam in scriptis præcesserit aut subsecutum sit confirmatis. Ergo ad ea tantùm legata quæ data sint in codicillis, & scriptis, & confirmatis eo testamento quod in scriptis quoque factum fuerit. Non ergo ad codicillos ab intestato factos, in quibus cùm legata relinqui non possint, licèt fideicommissa possint, consequens est, vt constitutio quæ vt dixi de legatis æquè ac de fideicommissis loquitur, non pleniùs accipi debeat circa fideicommissa quàm circa legata, ac proinde vt non magis pertineat ad fideicommissa in codicillis ab intestato factis data, quam ad legata quæ in eiusmodi codicillis relinqui nullomodo possunt. Illam igitur Pertinacis Imperatoris mentem fuisse fatendum est, vt neque hæreditatem capere Imperator possit ex testamento siue nuncupatiuo etiam perfecto, siue in scriptis imperfecto, neque legata aut fideicommissa ex aliis codicillis aut epistolis fideicommissariis quàm iure scriptis, id est per testamentum in scriptis factum confirmatis. Scripturam enim necessariam esse voluit bonus Imperator, vt conditionem suam deteriorem faceret quàm cæterorum, Ne si aliquid caperet ex ea voluntate, quæ non nisi per testes probaretur, quantumuis esset solemnis, inuidiæ materiam ea res daret, quasi captato lucro ex falsis testibus, quos verisimile esset vt blandirentur Principi in aliorum iniuriam eiusmodi voluntatem commotos fuisse. Adeò facile est fraudem & falsum comminisci ea in re quæ lubrico fidei testium committatur, nec scripturam vllam habeat. Quòd si adsit scriptura testamenti aliqua indubitatæ quidem fidei, sed quæ tamen minùs legitimè facta sit, æquè inuerecundum visum est, ex tali scriptura hæreditatem consequi Imperatorem, quam nemo alius consequi posset. Ne imperio & potestate sua nimis abuti videretur si non legibus viueret, tametsi legibus solutus sit, *dicta lege ex imperfecto, leg. ex imperfecto* 23. *de leg.* Illud verò prorsus inuidiosum si litis causa hæredem se institui patiatur, licèt in eo testamento quod & in scriptis conditum & suis omnibus solemnitatibus munitum proponatur, *lege penultima D. de hæred. instit.* Qui locus cùm ostendat iam ante Pertinacis tempora id obtinuisse, vt Imperator institui litis causa non posset, cùmque Imperator Pertinax ius illud non modò confirmare, sed etiam augere voluerit, Non possum intelligere quid sit quod à Iustiniano scriptum legimus *in d. § vlt. quib. mod. testam. infirm.* Pertinacem oratione sua expressisse, Non admissurum se hæreditatem eius qui litis causa Principem reliquerit hæredem, neque tabulas non legitimè factas in quibus ipse ob eam causam institutus erat, probaturum. Quid enim attinebat addere de tabulis non legitimè factis, in quibus Imperator litis tantùm causa institutus esset, si neque ex iis quæ legitimè factæ essent hæreditatem sibi litis causa delatam vindicare vellet? Nam de iis vtique quarum solemnitati nihil desit, accipienda est prior pars orationis expressa iis verbis: *non admissurum se hæreditatem eius qui litis causa Principem reliquerit hæredem*, sicut & quod scriptum est *in d.l. pen. de hæred. instit.* Alioqui neque magnum quid, Imperatoria majestate dignum esset hæreditatem litis causa delatam omittere, quam nec si vellet adire Imperator posset ex eo quippe testamento quod præterea nullum sit & imperfectum, & ex quo proinde nec delata videri possit hæreditas, quin tantò maior legibus vis fiat, *lege delata* 151. *de verborum signific. d. l. 3. C. qui testam. fac. poss.* Neque rursus negari posset quin eadem sententia bis expressa esset stultéque repetita si quod additur, de non amittendis per Imperatorem tabulis non legitimè factis, de iis accipi deberet in quibus Imperator ob eandem causam, id est litis tantùm gratia, quemadmodum & Accursius explicat, institutus esset.

ERROR IV.

De emendatione paragraphi vltimi Institution. quibus modis testament. infirm.

QVod cùm ita sit, dico irreptitia esse delendáque apud Iustinianum verba illa *ob eam causam* Vt iis sublatis sicut prior pars orationis de iis tabulis omninò accipienda est quæ legitimè quidem factæ sint, sed tamen litis causa, Ita posterior de iis accipiatur, quæ non quidem legitimè ac solemniter factæ sint, sed tamen ne litis causa: quas ideirco saunt Imperatoris validas facere posse faciliùs videbatur. Esset enim minùs odiosus Imperator, qui tabulis non solemnibus hæres institutus dum ne litis causa, hæreditatem nihilominus sibi vindicaret, quàm qui hæres fieri vellet ex solemnibus tabulis, quibus non nisi litis causa institutus fuisset. Hic siquidem non modò contra leges, vt ille, peccaret, quibus solutum se posset aut verè, aut saltem impunè dicere, sed etiam contra bonos mores quos in Principe non solùm bonos, sed etiã optimos esse

esse deceret. Idque est quod Paulus scribit *in dict. l. penult.* inuidiosum esse si Imperator litis causa instituatur. Nec enim calumniæ facultatem ex Principali maiestate capi oportere, vbi eleganter Baldus noster notat Plura priuatis permitti quàm Principi, & Principem magis debere quàm alios ab illicitis abstinere. Et hoc id nimirum videtur Pertinax Imperator in sua illa ratione ordinem hunc tenuisse in recensendis casibus in quibus omnem succedendi viam sibi præriperet, vt ab eo inciperet qui minùs dubitationis habere credebatur, deinde progrederetur ad alios difficiliores, & à communi hominum, nedum aliorum Imperatorum sensu remotiores. Primus ille casus est nullam penitus habens dubitationem, si Imperator instituatur litis & calumniæ causa in tabulis solemnibus ac legitimis. Nam & iam antè, vt diximus, id ipsum vel constitutum fuerat vel saltem receptum *d. l. pen. D. de hered. inst.* Ne calumniæ infamiam incurreret Imperator si se à calumniatore & calumniandi animum gerente institui pateretur: Adeò parum à distat à calumniatore is, qui calumniæ fauet. Secundus casus est, si instituatur Imperator non quidem litis & calumniæ causa, sed tamen in tabulis non solemnibus: qua casu si velit Imperator hæreditatem vindicare, nihil quidem fecerit contra bonos mores, sed tamen vim fecerit legibus, quarum custos potiùs esse debeat, nec minùs exemplo quàm imperio. Neque distinguo an institutus sit Imperator in tabulis non legitimè factis ob eam causam quòd non legitimè factæ essent, cùm testator legitimis successoribus suis fortasse infestus, quos videbat per testamentum ritè factum excludi non posse, puta quòd eo loco & tempore copiam testium non haberet vt *in l. conficiuntur 8. §. 1. D. de iur. codicill.* fuitrum tamen speraret, vt eos excluderet si modò Principem relinqueret hæredem) quem fortasse sensum esse velis eorum verborum, *ob eam causam.*) An verò institutus sit ob quamlibet aliam causam in tabulis non legitimè factis. Nam & ante Pertinacem Imp. Alexand. iam id ipsum constituerat vt ex imperfecto testamento nec Imperator hæreditatem vindicare posset, Non adhibita distinctione illa quam ob causam in eo testamento imperfecto scriptus esset. Quo magis moueor vt verba illa *ob eam causam* quæ distinctionem aliquam & restrictionem necessariò includunt, omnimodo delenda esse existimem. Tertius casus est, si non in tabulis hæres scriptus sit Imperator, sed nuda testatoris voce nuncupatus quamuis testibus septem adhibitis, cæterisque testamenti nuncupatiui solemnibus obseruatis. Hic verò casus est à quo ius nouum facere Pertinax cœpit. Neque enim antea vnquam obtinuerat vt in testamento nuncupatiuo Imperator heres institui prohiberetur: Cùm in hoc non magis legibus quàm bonis moribus vis vlla fiat, si ex eo testamento Princeps succedat, ex quo posset etiam priuatus quilibet succedere. Quid ergo Imperatorem mouere potuit vt ita constitueret? Vna illa ratio quòd Principem maximè deceat eximere se non tantùm à calumnia, sed etiam ab omni calumniæ suspicione: Posset autem facilè suspicio incidere falsi commenti à testibus vt fauerent Principi etiam ignoranti. Quod si eueniret, innocens quoque Princeps ex testium quamuis etiam fortasse innocentium facto læderetur. Licèt enim testes falsi non sint, sufficicit tamen vt falsi esse possint ad hoc ne ex ipsorum testimoniis tanquam suspectis aliquid consequi debeat Imperator Itaque non tantùm ab illicitis hoc casu Imperator abstinet, sed, quod plerumque prudétis est, etiam à licitis, solo metu suspicionis ne quid illicitè factum per alios videri possit Principe quoque ignorante. Quartus denique casus ille est, quo Principi aliquid relictum sit, non in testamento nuncupatiuo, & nuda voce, sed per scripturam, extra testamenti tabulas factam, vt hic casus differat à secundo. Per scripturam, inquam, cui iuris authoritas desit, id est quæ nullo iuris vinculo sustineatur. Cuiusmodi sunt codicilli ab intestato facti, itémque fideicommissariæ epistolæ non iure, id est vt suprà interpretati sumus æquè ab intestato scriptæ. Tametsi ex eiusmodi codicillis & epistolis fideicommissa priuato cuilibet relicta deberentur. In quo sanè iniuriam sibi facit Imperator qui iure communi vti recusat ob hoc solùm ne cui iniuriam aliquam inferre velle videatur. Præsertim cùm si quid ab Imperatore per tales codicillos aut epistolas petitum esset, id ille præstare non recusaret Quomodo in Augusti persona euenisse refert Iustinianus *dict. tit. Inst. de codicill.* cùm ad Augustum Lentulus codicillos primus scripsisset Quanquam erant codicilli illi testamento confirmati, vt ibidem Iustinianus ait. Nos autem de codicillis ab intestato factis nunc inquirimus. Cæterùm honestius visum est Imperatoribus, vt ab eiusmodi fideicommissis abstinerent, non tanquam suspectis, qualia sunt ea quæ nuda voce etiam coram quinque testibus relinquuntur, sed tanquam minùs debitis, cùm non ipso iure debeantur, sed tantùm Prætoris fideicommissarij tuitione, qua indigere Cæsarem ad petenda ea quæ vindicare suo iure nequeat, non minus alienum propemodum ab ipsius maiestate videatur, quam si legibus vim facere vellet Nam & vix est vt non quodammodo vim faciat legibus qui id petit quod non possit legitimè suū aut sibi debitū dicere Non potest autem fideicommissarius quisquis ille sit legitimè suum dicere, aut sibi debitum id quod non nisi ex fideicommisso debeatur *l. 3. D. si vsusfr. petat.* Et hæc quidem ad Pertinacis orationem adnotasse sufficiat. Nunc videamus quid ad eam orationem adiecerit constitutio Imperatorum Honorij & Theodosij *in l. nolumus* 20. *C. de testam.*

ERROR V.

Quid noui ad Pertinacis orationem additum sit per l. nolumus 20. Codice de testam.

QVæ ad Pertinacis orationem interpretandam in superioribus attulimus, magnam dubitandi causam præbent, Quid noui additum sit à posterioribus Imperatoribus, quorum constitutio illa est, quæ extat *in l. nolumus* 20. *C. de testam.* de cuius sententia dicere iam aliquid cœpimus. Nam cùm Imperator Pertinax pro sua verecundia & dignitate casus omnes orationi sua complexus esset, in quibus vel iustum, vel saltem honestum sit Imperatorem à lucris siue per testamentum, siue per codicillos, aut epistolas sibi delaris abstinere: Difficile videtur, dicere quid addi potuerit à posterioribus qui tam sanctum plurimque Pertinacis institutum & propositum constanter, ne dicam pertinaciter retinere voluerunt. Etsi autē illud statim occurrit, quod dicamus: Casum illum à posterioribus Imperatoribus tractari, quo præcesserit testamentum solemne & in scriptis conditum, & aliud secutum sit per nuncupationem factam coram sufficienti & solemni numero testium, qui dicant Principem nuncupatum hæredem fuisse, qui casus à Pertinace pretermissus fuisse videtur. Si tamen propius inspicias vix est vt negare possis ad hunc quoque casum Pertinacis orationem pertinere. Nam si tunc quoque, cùm nullum solemne testamentum præcessit, negat tamen Imperator admissurum se nomen

men hæredis ex nuda voce testatoris, id est ex nuncupatiuo eius testamento quantumuis legitimo, quemadmodum proximo capite interpretati sumus. Quantò minùs credibile est fuisse illum ex nuda voce admissurum hæreditatem, quæ iam alij delata fuerit anteriore testamento solemniter & in scriptis celebrato? At non facilius est, vt testamentum nuncupatiuum, quod vnicum est valeat, & efficax sit ad deferendam siue Principi, siue alij qui in eo institutus sit hæreditatem, quàm vt duobus factis testamentis priore solemni & in scriptis, posteriore verò per nuncupationem posterius possit sufficere ad rumpendum prius? Aut quomodo potest rumpi testamentum prius per posterius, ex quo etiamsi solum esset, adiri tamen hæreditas non posset? Illud siquidem ad rumpendum prius testamentum per posterius omninò exigitur, vt ex posteriore aliquis hæres esse potuerit aliquo casu, quamuis non sit necesse vt hæres aliquis ex eo sit *§. posteriore Institut. quib. mod. testam. infirm.* Sunt qui putent id ipsum à posterioribus Imperatoribus renouatum fuisse quod à Pertinace iam olim fuerat constitutum, nec aliud præterea quicquam inductum. Quam sententiam Iason probauit secutus, ideò Accursij interpretationem existimantis hoc vnum ab Imperatoribus cautum esse *in d. l. volumus*, vt testamentum prius solemne & in scriptis non possit reuocari per subsequens nuncupatiuum non solemne, etiam in quo Princeps fuerit institutus. Mouetur autem Iason vt ita sentiat *ex d. §. vlt. Inst. quib. mod. test. infirm.* quo moueri potiùs debuerat vt contra sentiret, Quasi interpretanda sit posterior constitutio ex antiquiore Pertinacis oratione, Quod si ita esset vtique inutilis & superuacua dici deberet, quæ ad antiquiorem nihil noui adderet: Cùm tamen constitutionis verba præ se ferant constitutum esse aliquid à posterioribus Imperatoribus quod antea non obtinebat. Sed & alius Accursij & Iasonis est, itémque Bartoli si quis cum Iasone & aliis putet Accursij interpretationem Bartolo placuisse, in eo quod putant Pertinacis orationem, qua parte locuta est de voce nuda testatoris, sensisse de testamento nuncupatiuo imperfecto minúsque solemni, quod tamen ita non est. Sensit enim de testamento quod non per scripturam, sed per nuncupationem sine scriptura factum sit, legitimè tamen & perfectè, cùm de tabulis imperfectis minúsque solemnibus iam cauisset, quarum verendum non erat, ne quis diceret minorem esse potestatem quam testamenti nuncupatiui imperfecti, ad Principem aut alium quemlibet instituendum, vt præcedenti capite disputauimus. Quanquam non tantùm Accursij, Bartoli, & Iasonis error ille est, sed cæterorum omnium Interpretum, qui putant ista Honorij & Theodosij constitutione primùm fuisse inductum vt Princeps hæres institutus in testamento nuncupatiuo quantumlibet solemni, succedere ex eo non possit, præcedente alio solemni: Cùm tamen Pertinacis oratione factum id iam fuisset hoc ipso quod expresserat generaliter se nomen hæredis ex nuda testatoris voce non admissurum. Alij sunt, qui existimant nihil noui fuisse inductum ea constitutione circa Principem, sed tantùm circa potentes institutos hæredes in testamento nuncupatiuo posteriore per quod testator prius testamentum solemniter ac in scriptis factum reuocare voluerit. Nec enim de potentibus quicquam expressum erat illa Pertinacis oratione. Sed tamen huic interpretationi obstat, quòd prima, & potissima pars legis de Principe tantùm loquitur. Quod verò de potentibus sub finem legis additur, tralatitiè potiùs & obiter dictum, quàm ex proposito ita constitutum videri debet, ac in consequentiam eius ipsius iuris quod in Principe fuerat constitutum: Quasi eadem hac parte ratio esse debeat Principis, & virorum quadam dignitate apud Principem, & potestate decoratorum. Sic enim Imperatores *in lege non dubium 16. Codice eod. tit. De testament.* Non esse dubium nec incertum sicut Imperatoribus, ita qualibet dignitate vel potestate decoratis viris tam hæreditatem, quàm legatum seu fideicommissum relinqui posse. Quod si ita est, Poterat ergo quod Pertinax in Principe constituerat trahi etiam ad potentes iusta interpretatione, licèt nihil Pertinax de potentibus constituisset: Et consequenter de hac quidem parte nonum ius fecisse posteriores Imperatores videri possunt: Quanquam non ignoro dici posse, a Principe ad potentes viros valere consecutionem affirmatiuè, sed non negatiuè, Id est, posse quidem sicut Imperatoribus, ita & potentibus viris tam hæreditatem quam legatum seu fideicommissum relinqui, quemadmodum scriptum est *in dicta lege non dubium.* Sed non è conuerso similiter dici posse, iis casibus quibus cautum est ne Imperatori quicquam relinqui possit, nec potentibus permittendum esse vt quicquam ex defuncti hominis voluntate arrogent, sibi, & vindicent. Alioqui dicendum esset, neque ex codicillis & epistolis ab intestato scriptis posse fideicommissum aliquod deberi potentioribus, vt neque Principi potest, quòd talibus scripturis authoritas iuris desit vt superiore capite scripsimus *ex dicto paragrapho vltimo quib. mod. testam. infirm. & leg. cùm hæredes 7. Cod. qui testam. facere poss.* Et tamen nullo iuris loco ita scriptum est: Neque verò eadem ratio fuit constituendi eius iuris aduersùs potentiores, quod boni Imperatoris constituerant aduersùs seipsos, vt etiam à licitis abstinere cogerentur, dum ne qua violentiæ suspicio subesset, quomodo subest sanè cùm aliquid petitur ex voluntate vltima quæ non nisi nuda voce testata sit, & quam per testes probari sufficiat, at non similiter cùm fideicommissum petitur ex codicillis aut epistolis non iure scriptis, & quibus authoritas tantùm iuris deest & solemnitas non veritas, vt loquitur *l. si veritas 23. C. de fideic.* id est ab intestato dumtaxat factis, non testamento aliquo aut anteriore, aut posteriore confirmatis. Nec enim scripturæ quamuis minùs solemnis tam suspecta est fides quàm testium etiam ad solemnem vsque numerum adhibitorum. Tametsi scriptura quoque ipsa vt sit solemnis solemnem illum testium numerum exigat, *leg. vltim. C. eod. tit. & §. vlt. Inst. de fideic. hæred.*

ERROR VI.

Quantum intersit an testamentum nuncupatiuum in quo Princeps nominatus est faciat iniuriam hæredi scripto in alio priore testamento, an successori legitimo.

PVto ego nihil noui posteriore ista constitutione inductum esse, nisi id ipsum quod constitutionis verba euidenter præ se ferunt, vt iure ac solemniter scriptæ deficientium & morientium voluntates non conuellantur per posterius testamentum nuncupatiuum in quo Princeps vel quis alius ex potentioribus hæres nominatus sit, nec si tota quanta in eo testandi genere solemnitas necessaria est interuenerit. Nihil enim tale Pertinax Imperator constituerat, sed tantùm negauerat se admissurum nomen hæredis ex nuda voce testatoris: Nempe vt legitimis & necessariis hæredibus faueret, quos hæreditate priuari contingeret si ex testamento nuncupatiuo

succedere Princeps posset. Hanc namque solum finem optimo Imperatori propositum fuisse, etsi Iustinianus non exprimit, constat tamen ex Senatusconsulto quod ad orationem illam factum est, aut potius ex ipsa oratione, cuius si non verba saltem sensum hunc fuisse Capitolinus in Pertinace refert, *legem*, inquit, *tulit vt testamenta priora non prius essent irrita, quàm alia perfecta essent, néve ob hoc fiscus aliquando succederet, ipséque professus est nullius se aditurum hæreditatem, quæ aut adulatione alicuius delata esset, aut lite perplexa, vt legitimi hæredes, & necessarij priuarentur.* Ergo si factum esset prius aliquod testamentum, siue solemne & in scriptis, siue per nuncupationem, & in posteriore nuncupatiuo institutus esset Princeps: Non pertinebat hic casus ad Pertinacis orationem, cùm neque necessariorum, neque legitimorum hæredum fauor vllus in eo versaretur, qui per prius testamentum, quod valere supponimus, iam priuati exclusíque inuenirentur. An quod hæredum scriptorum si extranei sint, minor esse fauor debeat quam legitimorum? Imò maior potiùs esse debet, cùm adnexum habeat fauorem testamenti, qui maior esse solet quàm ipsorum etiam liberorum, *leg. si pars* 10. *D. de inoffic. testam.* propter publicam vtilitatem ad quam maxime pertinet, vt supremæ hominum voluntates exitum sortiantur, *lege* 1. *Codice de Sacrosancta Ecclesia leg. vel negare* 6. *D. testament. quemadmodum aperiantur.* Prætermissus igitur fuit hic casus à Pertinace. Quia cùm quis duobus factis testamentis reuocat prius per posterius, etsi non aliter reuocare prius velle credendus est, quàm si posterius valeat, vt scriptum est *in leg. si iure* 18. *de legat.* 3. Plerumque tamen id agit vt hæreditatem scriptis hæredibus adimat tanquam indignis & voluntatem suam non merentibus, (quamuis non sit ea voluntas in dubio præsumenda, vt concludit Franciscus Mantic. *De coniect. vlt. volunt. lib.* 2. *tit. vlt. num.* 20. post Baldum *in leg. nostram num.* 1. *Cod. de testament.*) Hoc verò eùm euenit licèt posterius testamentum ipso iure non valeat, ademptio tamen hæreditatis valet, non vt ad legitimos successores hæreditas perueniat nisi testator declarauerit velle se decedere intestatum, vt *in leg. miles* 36 *§. veteranus D. de testament. milit. leg.* 1. *§ si hæres, D. si tabul. test. extab.* Sed vt hæreditas etiam inutiliter adempta, nec in alium iure translata auferatur scriptis hæredibus, & fisco vindicetur, quomodo scriptum est *in leg. hæredibus* 4. *C. de his quib. vt indign.* vbi tamen agitur de hæreditate adempta in codicillis, in quibus certum est non magis adimi quàm dari hæreditatem posse, nec si testamento aliquo confirmati proponantur, *leg. quod per manus* 10. *D. de iur. codicill.* Cum igitur prioris testamenti reuocatio in quo extranei fuerant instituti nunquam fiat in legitimorum successorum iniuriam quibus solis fauere aut saltem non nocere Pertinax volebat, sed eorum vel commodo si fiscus succedere aut nolit, aut non possit, vel nullo certè damno si fiscus succedat, quandoquidem excluduntur illi non per fiscum sed per prius testamentum quod extraneos legitimis successoribus prætulerat, consequens fuit, vt nihil de hoc casu pertinax constitueret, qui nihil minùs cogitabat quàm vt extraneis hæredibus priore testamento scriptis faueret, scilicet quod ad posteriorem orationis partem. Nam quod ad priorem quæ prohibebat ne testamenta priora ante fierent irrita, quàm alia perfecta essent, néve ob hoc fiscus aliquando succederet, satis abundéque consulebat hæredibus priore testamento institutis. Non tantùm aduersùs eos qui posteriore instituti fuissent, contra quos nullo illi egebant auxilio cùm ipso iure tuti essent. Præterquam si in posteriore instituti essent ij qui æquè ab intestato succedant successuri, quo casu prius testamentum omnimodo rumpebatur, licèt ex posteriore imperfecto adiri hæreditas non posset, *leg.* 2. *D. de iniust. rupt. & irrit. facto testam. l. hac consultissima* 21. *§. vltim. Cod. de testament.* Sed potissimùm contra fiscum qui sæpissimè vindicabat eo casu bona exclusis legitimis successoribus per scriptos hæredes & scriptis hæredibus per indignitatem quæ ex prioris testamenti reuocatione quamuis perperam facta benè colligeretur, si modò reuocationem ob id factam esse constaret, quòd non putaret testator hæredes scriptos voluntatem suam mereri, vt *in dict. leg. hæredibus, leg. cùm quidam* 12. *l. cùm tabulis* 16. *§. vltim. D. eod. tit. de his quæ vt indign.* quos posteriores iuris veteris locos nemo obseruat, quod ego tamen verissimum puto, supradicta Pertinacis oratione correctos esse. Fuit prima pars orationis, non tam in fauorem prioris testamenti primò & per se quàm in odium fisci quem priores Imperatores locupletari ex priuatorum damnis patiebantur. Posteriore verò eiusdem orationis parte non tam fisco, aut successoribus suis, quàm sibi ipsi bonus Imperator legem dixit, vt ostenderet quantùm distaret ille à Diocletiano, cuius temporibus confiscabantur, inquit Suetonius, alienissimæ hæreditates vel existente vno qui diceret audiuisse se ex defuncto dum viueret hæredem sibi Cæsarem esse: Ideóque nec Senatusconsultum vllum ad posteriorem orationis partem factum est, sed tantùm ad priorem: Quod legem fisco dicere Principe permittente Senatus posset. Ipsi verò Principi etiam volenti non posset, quando Princeps sicuti suprà leges & populum est ita & super Senatum, & in eo plenior fuit oratio quàm Senatusconsultum quod pauci etiam obseruant. Cæterùm si post orationem & ipsis Pertinacis temporibus contigisset prius testamentum reuocari per posterius validum siue in scriptis & solemniter factum, siue nuncupatiuum in quo Princeps fuisset institutus, non recusasset Imperator admittere nomen hæredis etiam ex nuda voce testatoris, si non aliam mentem gerebat quàm quæ supradictis siue Iustiniani, siue Capitolini verbis expressa est, cùm in hoc casu neque odium fisci vllum sit cui nulla ad successionem patet via, quoties aditur hæreditas ex posteriore testamento, neque fauor vllus aut legitimorum hæredum qui per vtrumque testamentum exclusi sunt, Aut institutorum in priore testamento quod reuocatum per posterius fuit. Hoc verò est quod posteriores Imperatores aliqua emendatione ac nouo iure indigere putarunt, Ne minùs liberales quàm pertinax, fuisse viderentur. Itaque constituerunt vt si posterius testamentum non per scripturam probetur, sed tantùm per testes qui dicant Principem in posteriore illo hæredem nuncupatum fuisse, quamuis nihil desit nuncupationi ex solemnibus, nimirum quod & septem testes adhibiti fuerint, & omnes ciues Romani puberes & rogati: Non idcirco tamen prius testamentum solemniter ac iure factum conuellatur, quod conuelleretur vtique alio quolibet extra Principem, aut aliquem ex potentioribus hærede nuncupato, sed perinde succedant ij qui priore testamento scripti fuerant, ac si posterius nullum factum esset, nec ob id quod Princeps ex eiusmodi testamenti nuncupatiuo nolit succedere, locus vllus fisco aperiatur, quasi indignis habendis hæredibus priore testamento scriptis qui supremam non retinuerint defuncti voluntatem. Facit enim Constitutionis authoritas vt posterioris illius voluntatis ex qua indignitatis probationem sumere fiscus vellet, nulla prorsus ratio haberi debeat, cùm nec allegatio eius permittatur, tanquam quæ pro falsa potius habenda sit, Præsumptione, vt nostri loquuntur iuris

&c

& de iure contra quam nulla probatio admitti possit. Siquidem omnibus & priuatis & militantibus lex interdicit, ne huiusmodi perhibeant testimonia, & falsi criminis reos teneri eos vult, qui cùm scriptæ iure ac solemniter extiterint morientium voluntates, non scriptum aliquid sub Imperatorum mentione falsò adstruere moliantur, vt habent verba legis. Ex quibus apparet, non solo falsitatis metu aut suspicionis calumniæ motos fuisse Imperatores, vt nouum hoc ius constituerent, sed potissimùm fauore tuendi prioris testamenti solemniter conditi. Bis enim ratio hæc ab Imperatoribus expressa est. Primum quidem initio legis quæ ait, *nolumus conuelli deficientium scriptas iure ac solemniter voluntates*, Deinde illo etiam loco, *si cùm scripta iure ac solemniter deficientium extiterint voluntates*, Ne possimos dubitare, Nolle illos locum esse Constitutioni, si fortè prius testamentum non per solemnem scripturam, sed tantùm per nuncupationem quantumuis solemnem factum proponatur, quamuis Interpretes nostri, ipso etiam teste Iasone contrà sentiant. Alioqui non erat cur de voluntatibus solemniter ac iure scriptis loquerentur Imperatores si ius idem in nuncupatiuis quoque obtinere volebant: Non quòd difficilius fit vt corrumpantur testes ad probandum testamentum posterius nuncupatiuum in fauorem & adulationem Principis aut alicuius ex posterioribus qui in eo institutur fuisse dicatur, sed quia minus inciuile sit rumpi faciliùs testamentum nuncupatiuum prius, in quo vel nulla vel saltem minor solemnitatum obseruatio interuenerit. Cui consequens est vt negari non possit fauorabilius & aduersus periculum reuocationis potentius esse testamentum quod iure ac solemniter in scriptis factum est, quàm quod per nuncupationem, ob idque tantò difficiliorem esse illius, quàm huius reuocationem Hactenus saltem, vt ex posteriore nuncupatione succedere Princeps non possit, Quasi priore quod in scriptis conditum fuerat reuocato: quod vtique non ambigeretur esse reuocatum si per nuncupationem factum fuisset. Addamus eodem propemodùm exemplo, in hoc quoque difficiliorem esse reuocationem prioris testamenti quod per scripturam solemnem, quàm eius quod per nuncupationem conditum sit, vt prioris testamenti in scriptis facti mentionem expressam fieri oporteat in posteriore nuncupatiuo ad hoc vt prius solemne per nuncupatiuum ipso iure rumpatur, quod tamen necesse non esset, si vel prius testamentum per nuncupationem factum esset, vel posterius æquè solemniter per scripturam, Quemadmodum secundo huius Decadis capite pluribus à nobis disputatum, probatùmque est. Eiusque rei argomento esse potest illa ipsa Pertinacis oratio, Non tantùm qua parte loquitur de prioribus, & posterioribus tabulis prohibens ne aliter irritæ sint priores, quàm si posteriores iure perfectæ sint, sed etiam qua parte fiscum excludit, ne ob id possit succedere quòd testator eà mente fuerit vt priores tabulas reuocaret per posteriores. Certum enim est non ob id solùm posse fiscum succedere quod testator aliud testamentum facere voluerit, nec perfecerit, si non etiam illud concurrat, vt prius testamentum expressim reuocatum voluerit odio hæredum in eo institutorum vt *in d. l. hæredibus 4. C. de his quib. vt indign. d. l. cùm quidam 12. l. cùm tabulis 16. § vlt. D. eod.* Alioqui non potest nocere hæredibus in priore scriptis quod testator aliud facere tentauerit, cùm in dubio ea testatoris cuiuslibet voluntas esse præsumatur, vt non aliter à priore velit recedere quàm si posterius valeat, vt scriptum est *in d. l. si iure 18 de legat. 3.* Nam quod dicimus ex natura rei esse vt prius testamentum ipso iure rumpatur per posterius, eo demum casu obtinet quo posterius valeat, quia nemo potest decedere cum duobus testamentis, nec si eadem persona in vtroque testamento sit instituta *l. Clodius 97. D. de acquir. hæred.* Aut eo casu quo in posteriore testamento instituti sint venientes ab intestato *d. l. 2. De iniust. rupt.* At nos negamus valere testamentum nuncupatiuum posterius in quo nulla sit facta mentio prioris solemniter, & in scriptis celebrati. Et ex eo quod tùm quoque posterius testamentum æquè solemne & in scriptis erat prioris mentio fieri solebat *vt in l. vlt. D. de hæred. instit.* ne dubitari posset, quin non minùs ex testatoris voluntate quàm ex natura rei prius reuocatum esset, colligimus, multò magis solitos fuisse ac debuisse testatores mentionem facere prioris solemniter conditi si quando reuocare illud vellent per posterius nuncupatiuum: Quamuis alioqui necesse id non esset si vtrumque testamentum eiusdem esset generis, hoc est, vel vtrumque nuncupatiuum, vel vtrumque in scriptis.

ERROR VII.

Quid noui pro legitimis successoribus constitutum sit in d. l. nolumus.

SI verum est, vt est, quod proximè disputauimus, Pertinacis orationem de qua *in §. vlt. Instit. quib. mod. testam. infirm.* qua parte professus est se ex nuda testatoris voce nomeo hæredis non admissurum, Accipiendam esse de testamento nuncupatiuo ritè facto, in quo Princeps fuerit institutus, Imperatorum verò constitutionem quæ extat *in l. nolumus 20. C. de testa.* ad eum solum casum restringendam, quo testamentum aliquod præcesserit solemniter & in scriptis celebratum. Difficilius videtur intelligere quid noui fecerit noua constitutio circa legitimos defuncti successores, de quibus tamen loqui Imperatores apertius sanè est, quàm vt negari possit. Ex iis verbis: *Nemo itaque relictus heres, vel legibus ad successionem vocatus nostrum vel potentium nomen horrescat.* Quorum non videtur alius sensus esse posse, quàm vt posterius testamentum nuncupatiuum, in quo Princeps vel alius quispiam ex potentioribus hæres institutus sit, sicuti nō posset rollere & conuellere prius quod solemniter & in scriptis conditum inueniretur, ita nec si sit vnicum, possit ius lædere legitimorum hæredum, qui si nullum factum esset testamentum, vtique suo iure & ab intestato essent successuri. Difficultatis materiam illud præbet quòd cùm aliquod præcessit testamentum, de quo dubitari non possit quin ritè factum sit, siue in scriptis, siue per nuncupationem, nullus quæstioni locus superesse videatur De legitimis successoribus per posterius testamentum, quod solis testibus probetur, vel excludendis vel non excludendis. Siquidem remoto quoque posteriore testamento, superest tamen prius quod impedit ne qua legitimis hæredibus ad succedendum ab intestato via relinquatur. Proinde solis hæredibus testamentis priore testamento solemniter scriptis ea constitutio fauere potuit, & debuit non etiam legitimis successoribus qui prioris, eiúsque solemniter scriptæ voluntaris fauorem nullum possunt obtendere. Quod si dicas cum Castrensi, Iasone, ac cæteris, non minorem vrgere rationem pro legitimis defuncti hæredibus, quàm pro iis qui priore aliquo testamento solemniter scripti proponantur, cùm legitimi heredes pro se habeant & expressam voluntatem legis & tacitum iudicium defuncti quasi tacitè ab eo instituti *l. 3. §. conficiuntur 8. D. de iur. codicill. ab exhæredati 7.16.*

De

De legat. 3. Non ideò tamen facies, vt noua constitutio, quæ solis hæredis scriptis fauore voluit ad legitimos quoque successores extendi debeat, sine quod constitutiones correctoriæ, & ob id odiosè restringendæ sint potiùs quàm per interpretationem ampliandæ tum quoque cùm fauorabiles esse existimantur, Siue potiùs, quod nullus legitimorum successorum fauor esse possit aut debeat contra testamentum ritè factum, siue solemne & in scriptis illud sit, siue nuncupatiuum, Nisi cum hæredes qui se legitimos dicunt, habent pro se aliquam, eámque expressam si non perfectam defuncti voluntatem vt *in l.* 3. *D. de iniust. rupt. & irrit. fact. test. am l. hac consultissima* 21. *§. vlt. C. de testa.* Ac rursum faceret hęc interpretatio vt nihil noui quantum ad legitimos successores inductum dici posset ab Imperatoribus posterioribus, quod non iam multò antè tempore Pertinacis oratio induxisset. Professus enim erat Pertinax, se non admissurum nomen hæredis ex nuda voce testatoris: Non alia de causa quàm vt legitimis successoribus faueret, quos alioqui eiusmodi testamento nuncupatiuo priuari successione cótingeret. His nimirum dubitandi rationibus victus Baldus noster, quem & Alexander secutus est, dixit abundare disiunctionem *vel* in supradictis illis verbis, *Nemo itaque relictus hæres vel legibus ad successionem vocatus*, vt ea sublata supersit sola mentio hæredis scripti, eiusdémque legibus, id est ex legitimo testamento ad successionem vocati. Quam in rem tamen erat commodius dicere sumendam disiunctionem pro coniunctione, addendúmque hoc exemplum ad cætera, de quibus *in l. sæpe.* 53 *D. de verb. signific. & ad l. pen. C. eod.* Nec rursus vllo alio iuris loco sic prudentes aut imperatores locutos videas, vt legibus ad successionem vocatum dicant eum, qui non nisi ex testamento vocatus sit quia licet testamentariæ quoque hæreditates perinde ac legitimę confirmentur per legem 12. tab. *l. lege obuenire* 130. *de verb. signific.* Attamen cùm de hæreditate ex legibus delata simpliciter loquimur, legitimam intelligimus quæ opponi solet testamentariæ, Tantum abest vt testamentariam qnoque comprehendat, Et quod magis est hæreditatem quæ ad nos ex lege duodecim tabularum pertinet, Caius *in l.* 1. *D. de petit. hered.* opponit eique ad nos pertineat ex testamento quod iure factum sit, Quasi ex legibus eæ demùm hæreditates deferri dicendæ sint, quæ ex solis legibus deferuntur, non etiam quæ ex defuncti voluntate. Has enim tam lex defert, quàm confirmat delatas à testatore. Quare nec in hac opinione Baldus conquieuit, sed ad aliam refugit ns interpretationem, ait supradicta verba sic accipi debere vt ad ius prætoriū referantur, & ad bonorum possessionem secundùm tabulas, quam prætor hæredibus scriptis accommodat si modò septem testium signis sint signatæ, *l.* 1. *& pass. D. de bonor. poss. sec. tab.* Omnino improbabilitet. Est enim multò durius & à prudentum omnium sensu alienius, vt ex legibus ad successionem aliquam vocari dicatur is, qui vocatur ex iurisdictione & authoritate Prætoris, cùm Prætor ius quidem facere potuerit, sed legem non potuerit, ideóque nec hæredem *§. quos autem Inst. de bonor. possess.* qui locus probat hoc amplius: Non solùm legem fieri à prætore non potuisse, sed neque legi similem aliquam constitutionem. Et quamuis Prætor nonnunquam per bonorum possessionem ex legibus, *l. vnic. D. vt ex legib. & senatusc. bonor. poss. det.* alia tamen illa possessio est quàm quę ex edicto prætoris defertur secundùm tabulas, vt alibi scripsimus. Explosa igitur vtraque Baldi interpretatione, fatendum est quod initio præfati sumus, difficile esse dicere quid noui constitutum sit ab Imperatoribus in *d. l. nolumus*, circa legitimos successores. Auget dubitationem quòd generaliter scriptum est *in l. cum heredes* 7. *C. qui test. fam. facer. poss.* Cùm hæredes instituuntur Imperator seu Augusta, ius commune illos cum cæteris habere, Itémque quod *in l. non dubium* 16. *C. de testam.* Non dubium nec incertum esse, & Imperatoribus, & qualibet dignitate siue potestate decoratis viris tam hæreditatem, quàm legatum seu fideicommissum relinqui posse. Durum enim sanè videtur adeò generales & indistinctè loquentes leges ad eum casum restringere, quo Imperator institutus sit hæres in testamento solemniter scripto ad exclusionem testamenti nuncupatiui, quod tamen perinde verè ac propriè testamentum & est, & dicitur, atque illud quod in scriptis factum fuit. Atque ita ratiocinatur Ias. *ad d. l. nolumus*, dubius tamen & hæsitans miser quid tandem sentire ac concludere debeat, an pro Imperatore contra legitimos successores vt in eorum exclusionem possit hæres institui etiam per nuncupationem. An potiùs pro legitimis successoribus, ne aliter quàm in scriptis institui possit ad eos excludendos vt neque ad excludendam hæredem priore testamento solemniter scriptum. Sed error Iasonis & cæterorum hac parte in eo est, quod putant Pertinacis oratione aliud nihil factum esse nisi vt ex testamento imperfecto minúsque solemni, nec hæreditatem, nec quicquam aliud capere Imperator possit, Cùm tamen verba ipsa orationis apertissimè sonent, neque ex perfecto testamento nuncupatiuo quod nuda testatoris voce subsistat nec solemni scriptura munitum sit, neque ex scriptura aliqua cui iuris authoritas desit, id est ex codicillis aut epistolis fideicommissariis testamento non confirmatis capere Imperatorem quicquam, debere, quemadmodum suprà interpretati sumus.

ERROR VIII.

Cur de legitimis hæredibus locuti sunt Impp. in d. l. nolumus.

Nihilne igitur noui à posterioribus Imperatoribus inductum est *in d. l. nolumus*, quantum ad legitimos successores, de quibus tamen nominatim lex loquitur: Tentabam aliquando an dici posset, Eo quoque casu quo testamentum solemne ac in scriptis præcesserit, etiam in quo alij quàm venientes ab intestato scripti sint, debuisse tamen fieri mentionem legitimi hæredis, & constitui vt non magis legitimus, quàm scriptus hæres, Imperatoris aut alterius potentioris posteriore nuncupatiuo testamento instituti nomen horresceret. Nempe quoniam fieri potest, & fit plerúmque vt priore testamento quantumuis solemni hæredes scripti, quibus testator hæreditatem posteriore alio imperfecto ademptam voluit, hæreditatem retinere non possint sicuti nec voluntatem testatoris retinuerunt: Quod cùm euenit solet ea res locum facere, non venientibus ab intestato, nisi poenas fuisse illos posteriore testamento institutos, Quo casu prius testamentum tametsi perfectum per posterius etiam imperfectum rumpi constat, *d. l.* 3. *D. de iniust. rupt.* Sed fisco qui aufert hæreditatem scriptis hæredibus tanquam indignis, *l. cùm quidam* 12. *l. cùm tabulis* 16. *§ vlt. D. de his quæ vt indign. l. heredibus* 4. *C. eod.* Quòd si fiscus non succederet, vtique necesse esset hæreditatem redire ad legitimos successores quibus per prius testamentum ablata fuisset. Exclusis enim hæredibus priore testamento scriptis velut indignis alterutrum euenire necesse est, vt hæreditas vel ad fiscum vel ad legitimos successores deuolua-tur.

tur. Videamus ergo an ea Imperatorum sententia sit vt iis qui priore testamento solemniter in scriptis condito extraneum hæredem scripserat in posteriore nuncupatiuo quantumlibet perfecto Principem aut aliquem ex potentioribus instituerit, ea de causa quòd hæredi priùs scripto tanquam indigno hæreditatem omnimodo ademptam vellet, Legitimus successor debeat esse potior, non tantum scripto hærede, sed etiam fisco, atque ita omni casu successio pertineat, vel ad scriptum hæredem, si testator ad aliud testamentum venerit non tam odio ante scripti hæredis, quàm fauore Principis aut alterius potentioris in eo instituti: Vel ad legitimum successorem si hæredem scriptum testator habuerit pro indigno. In summa cùm quisquis testamento ritè condito aliud facit testamentum, ea mente ita faciat vt hæreditatem priùs scripto hæredi adimat, vel in omnem casum, id est siue ex posteriore testaméto adeatur hæreditas, siue non adeatur, Vel in eum saltem euentum quo ex posteriore adiri hæreditas possit, quæ mens in dubio magis præsumenda est, *l. si iure* a 8. *De legat.* 3. videntur Imperatores voluisse vt omni casu non modò Princeps, sed etiam fiscus excludatur. Sed vno casu in fauorem scripti hæredis, cuius nullo odio motus fecit testator ad aliud testamentum faciendum: Alio autem in fauorem legitimi successoris ad quem solum possit hæreditas peruenire excluso Principe & fisco propter authoritatē constitutionis, Excluso autem scripto hærede propter indignitatem, quæ non ex rerentia testatoris voluntate inducitur. Verùm ne sententia hæc probabilis mihi nunc videri possit, illud primùm facit, quod nullum in tota constitutione verbum est de fisco excludendo, sed tantùm de Principe & potentiore: Aliud verò est de Principe, aliud de fisco tractare. Nam neque fiscus tam Principis est, quàm reipublicæ, neque confundi vnquam debet patrimonium Principis cum patrimonio, & vt loquuntur domanio coronæ & reipublicæ. Eaque distinctio exactè obseruata est in supradicta Pertinacis Imperatoris oratione, Cuius prior pars ad fisci, posterior autem ad ipsius Principis exclusionem pertinet, quemadmodum in præcedentibus ex Iulio Capitolino retulimus. Deinde vt maximè Principis & fisci nomina & iura confundere quis velit, quod nisi perineptè facere nemo possit, Non tamen potest huic interpretationi conuenire, quod lex habet de potentiore instituto in posteriori voluntate nuncupatiua. Nam excluso potentiore illo ne possit ex posteriori testamento nuncupatiuo succedere, quid obsecro vetat, quominùs ablata scriptis hæredibus successione tanquam indignis, fiscus succedat suo iure, quomodo antea in omni casu simili succedebat? Non enim possit dicere nihil referre an potentior succedat an fiscus, vt ab exclusione potentioris ad exclusionem fisci argumenteris, quemadmodum posset dicere quisquis ab exclusione Principis ad exclusionem fisci argumentari vellet, parum interesse an fiscus succedat, an Princeps. Cùm nihil prorsus commune habeat causa & ius fisci cum causa & iure potentioris. Alia igitur opus esset constitutione ad fiscum excludendum eo saltem casu quo potentior aliquis in posteriore testamento nuncupatiuo hæres esset institutus. Prætereà cùm expressim prohibeant Imperatores ne possint audiri testes ad probandum testamentum nuncupatiuum posterius in quo vel Princeps, vel aliquis ex potentioribus institutus sit, adeóque vt falsi reos puniri eos velint, qui ea de re testimonium ferant, Dico non magis fieri posse vt iis fides adhibeatur, si dicant testatorem habuisse pro indigno eum quem priore testamento hæredem scripserat, quàm si testificentur hæredem posteriore testamento nuncupatum fuisse Principem, aut aliquem ex potentioribus. Quis enim admittat vt vnum & idem vnius testis testimonium pro parte verum sit, & pro parte falsum? Aut, quod adhuc difficilius est, vt de vno eodémque actu ex parte quis recipiatur in testem, & ex parte non recipiatur? Denique nec illud fieri potest, vt quo casu fiscus aufferret hæredi scripto hæreditatem tanquam indigno, possit hæres legitimus succedere fisco excluso. Nam cùm non possit fiscus hæreditatem auferre scripto hæredi tanquam indigno, nisi quam hæres ille iam sibi acquisiuerit per aditionem (quo modo enim posset hæredi scripto auferri & eripi quod ipse nunquam habuisset?) Aditio autem facta ex testamento nullum legitimæ successioni intestati locum possit relinquere, Prorsus consequens est vt quo casu fiscus hæreditatem scripto hæredi velut indigno auferre posset, nunquam aperiatur via legitimo hæredi ad succedendum in ea hæreditate à qua semel exclusus, in perpetuum exclusus manere debeat. Fateamur ergo quod res est, huiusmodi noua constitutione nihil noui inductum esse quantum ad legitimos successores contra Principem, sed tamen eorum mentionem ab Imperatoribus factam fuisse, vt significarent, non magis in posterum scripto hæredi metuendum esse nomen Principis aut potentioris in posteriore testamento nuncupatiuo instituti, quàm esset antea metuendum legitimo cuilibet successori post Pertinacis orationem, quæ hac de re in fauorem legitimorum lata, iis abundè prospexerat: Nisi quod Pertinacis oratio non nisi de Principe locuta fuerat, nec quicquam de potentioribus cauerat, contra quos tamen æquissimum fuit eandem noui iuris asperitatem produci, Cùm aduersùs potentiores aulicos longè maior & probabilior præsumptio vrgeat, quàm contra Principem, quòd falsos aut saltem suspectos testes vndique conquisituri sint & habituri, si modò iis liceat in euersionem testamenti in scriptis solemniter conditi aut ad exclusionem legitimi successoris nuncupatiuum posterius testamentum allegare. Quemadmodum igitur noua hæc Constitutio fecit ius nouum quod ad potentiores excludendos pertinet, quos neque Pertinacis oratio, neque aliud ius vllum in eum vsque diem prohibuerat succedere ex testamento nuncupatiuo, non solùm si testamentum aliquod solemne in scriptis, sed etiam si nullum præcessisset, Ita & nouum ius hac parte fieri necesse fuit fauore legitimorum hæredum quibus nondum aduersùs potentiorem iniuriam vlla lege consultum erat. Ac si dixissent apertiùs Imperatores, nolle se vt priore solemni testamento scripti hæredes horrescant posthac nomen Principis in posteriore nuncupatiuo instituti, aut alicuius potentioris, sicut nec legitimus hæres potest pertimescere nomen Principis nuda testatoris voce nominati, Post orationem scilicet Imperatoris Pertinacis, eóque exemplo nec nomen vllius ex potentioribus hæredis nuncupati. Nam de potentioribus locuti videntur Imperatores, non tam vt iis ex professo nocerent, quàm in consequentiam eius iuris quod contra Principem ipsum inducebatur, ne melioris conditionis essent potentiores, quàm Princeps, de quo malè si quis suspicetur, is sacrilego proximus videri possit. Quòd si nulla subsit falsitatis suspicio, puta si de testatoris voluntate per indubitatam eius scripturam constet, scripturæ tamen iuris authoritas desit, fortè quòd codicilli sint, aut epistolæ fideicommissario nullo testamento confirmatæ, Non eadem potentiorum, quæ Principis ratio esse debebit, cùm nihil sit hoc casu quod de potentiorum iniuria suspicari possimus. Nec propter suspicionem vllam iniuriæ Pertinax Imp. sibi suísque successoribus ex eiusmodi

scripturis

scripturis quicquam capiendi facultatem vltrò præripuerit: sed quia Imperatoria maiestate dignum putauit, vt qui meri iuris verus & vnicus custos est, nihil ex priuati hominis voluntate consequi possit, quod non ipso iure debeatur, quemadmodum scripsimus in præcedentibus. Quæ ratio in potentiores nullo modo cadit.

ERROR IX.

De testamento nuncupatiuo per instrumentum probato in specie d. l. nolumus.

QVam multa sint in quibus à nostris peccatum est circa interpretationem, *l. nolumus* 20. *Cod. de testam.* apparet satis ex iis quæ hucvsque diximus. Sed nullus grauior, & periculosior error est, quàm qui nunc à nobis proponendus superest & refutandus. Omnes enim me vno magis probant, vt ei constitutioni nullus sit locus, si is qui priore testamento solemniter & in scriptis condito aliud posterius fecerit, in eóque vel Principem vel aliquem ex potentioribus hæredem nuncupauerit, & Notarium adhibuerit per cuius scripturam publicam constet de posteriore, licèt nuncupatiua tantùm testatoris voluntate. Mouentur credo, ex verbis legis, quæ solum casum illum complectuntur quo testamentũ posterius non fuerit scriptum, vt constat ex illo loco: *dum quoddam morientis supremum & non scriptum processisse confirmatur arbitrium.* Itémque ex eo quod paulò post sequitur, *non scriptum aliquid sub nostrorum nominum mentione falsè adstruere moliantur.* Ac quoniam obijci posse vident non maiorem posse fidem esse Notarij redigentis testamentum nuncupatiuum in scripturam publicam, quàm septem testiũ in eo testamento adhibitorum, quos tamen ea de re testimonium dicere expressim lex prohibet, Respondent legem magis confidere de Notario vt loquuntur, quàm de testibus, quòd Notarij persona fidésque publica sit, testium verò non item. Atque ita faciunt vt tam iusta, sanctáque constitutio quam fauorabili & benigna interpretatione extendi melius esset, inanis propemodum & illusoria reddatur, Postquam testamentorum frequentior ille ritus inualuit vt nec aliter ferè testamenta hodie fiant quàm per nuncupationem, Nec per nuncupationem aliter quã adhibito Notario, ne de voluntatis & solemnitatis fide dubitari possit. Neque hanc tantùm constitutionem interpretatio ista euertit penitus & destruit, Sed ipsam quoque Imperatoris optimi Pertinacis orationem, qua parte professus ille fuerat se nomen hæredis ex nuda testatoris voce non admissurum. Si enim proponas institutum fuisse Principem testamẽto alicuius nuncupatiuo, de quo conscriptum sit à Notario publicum instrumentum, non dubitabunt Interpretes affirmare, potiorem hoc casu Principis quàm legitimi hæredis causam esse oportere, nec ad hunc casum Pertinacis orationem pertinere. In quo mihi videtur illi vim facere non tantùm rationi iuris, & æquitati quæ optimos Imperatores mouit, sed, quod magis miror, verbis ipsis nouæ constitutionis. Nam præter id quod apertissimum est Imperatores, *in d. l. nolumus*, cùm de voluntate non scripta loquuntur de ea intelligere non quæ in scripturam redacta non sit, sed quæ solemniter in scriptis celebrata non fuerit, vt testamentum nuncupatiuum opponant testamento in scriptis, Nemo autem nescit testamenta nuncupatiua quæ hodie passim per Notarios scribũtur non eo magis dici posse facta in scriptis, quia nõ ad eorum substantiam scriptura pertinet, sed tantùm ad rei gestæ perpetuam probationem, *l. contrahitur* 4. *D. de pign. l.* 4. *D. de fid. instr.* Me illud etiam maximè mouet, quod ipsa legis verba interpretationem hanc manifestissimè conuincunt. Quid enim obsecro aliud est quod lex ait, *nemo ferre testimonium hunc modum, vel suscipere in gestis huiusmodi voces audeat,* nisi hoc ipsum quod nos volumus, neque per testes, neque per scripturam probari posse huiusmodi voluntatem nũcupatiuam per quam id actum esse dicatur, vt prius testamentum solemniter & in scriptis conditũ euertatur fauore Principis, aut alicuius ex potentioribus instituti. Non quod existimem id genus testamentorum quo nunc vtimur, cognitum Imperatoribus fuisse, vt de eo in hac specie prohibendo cogitare & aliquid decernere debuerint (iam enim probauimus in superioribus, nihil tale vnquam siue prudentibus siue Imperatoribus in mentem venire potuisse.) Sed quia cùm supradictis verbis ea testamenta significẽtur, quæ apud acta fieri solebant, de quibus *in l. omnium* 19. *C. eod. tit. de test.* & quorum tantus fauor erat vt securus esset quisquis actis cuiuscunque iudicis vel municipum, mentis suæ postremum publicasset iudicium, quemadmodũ scriptum est *in d. l. omnium*, Dubitari meo iudicio non potest, quin id quod apud acta fieri prohibuerunt Imperatores *in d. l. nihilominus*, multò magis prohibuerint fieri apud Notarium, cuius scriptura & fides quantumuis publica, tantæ tamen authoritatis esse non potest. quantæ sunt acta iudicialia, sed tantò minoris, quantò inferior est qualitas Notarij, potestate iudicis & dignitate. Ac sanè quid absurdius dici potest, quàm quod volunt Interpretes probari per scripturam Notarij testamentum nuncupatiuum illo etiam casu quo nec per septem integræ fidei & existimationis testes probari posset? Nam si à iuris ratione alienum illud est, vt per solum Notarij instrumentum probetur nuncupatio hæredis, quam in præsentia septem testium factam fuisse Notarius scripserit, si non per eos ipsos testes idipsum probetur, sicuti disputauimus in præcedentibus, An non illud multò alienius est, vt plus fidei scriptu vnius Notarij quàm septẽ testium dicto adhibeatur? Quid enim aliud possit facere scriptura Notarij, cuiuscunque tandem authoritatis eam esse velis, nisi vt tantùm per se sola probet, quantum simul probarent testes omnes in scriptura nominati, & qui ad validitatem actus adhibẽdi fuerunt? Id enim est quod plerique ex nostris passim iactitant, Instrumenti à Notario excepti fidem tot æquipollere testibus quot in eo actu requirũtur. Quamquam non desunt Interpretes qui dicant instrumentum non nisi duobus aut ad sũmum tribus testibus æquipollere, De quo tractare solent ad *l. vlt. C. de fideic.* Sed vtvt sit, Æquipolleat, si voles, instrumentum testamenti nuncupatiui 7. testibus, quia totidem in testamento nuncupatiuo adhiberi testes debent ad probationem voluntatis & solemnitatis. Nunquam tamen à me impetrabis, vt plus credi debeat vni Notario, quàm 7. testibus qui sint omni exceptione maiores. Nam etsi de veritate quærendum esset, nec dicta testium cum Notarij scripto consentirent, nemo dubitaret quin maior testium quàm Notarij fides esse deberet, saltem post institutã ea de causa criminalem falsi accusationem, Vt à nobis tractatum est in nostro Codice *De fin.* 15. *De test.* Cur ergo credemus Notario affirmanti dictum fuisse coram 7. testibus id quod si testes ipsi dictũ iurarent, nihil tamen proficerent, nec quicquam probarent? Addo, etiamsi testes illi omnes Senatores essent & Cõsulares. Omnes enim omninò personas à testimonio in huiusmodi causis dicendo excludere voluerũt Impp. iis verbis, *omnibus enim priuatis & militantibus interdicimus, ne huiusmodi perhibeant testimonia.* Quis porrò ferat, quod Interpretes volunt, magis legem confidere de Notario, cuius persona vilis, & officium

non

non modò ignobile, sed etiam infame volgò esse creditur, quamquam ego in hoc quoque pro notariorum [...] hmatic ne contra interpretes sentio) quàm de Senatoribus aut Equitibus septem Et vero cum tota publicorum instrumentorum vtilitas in eo consistat vt probationem, quod aiunt probatam faciant, nec ad aliud comparata sint, Neque tamen probare quicquam possint sine testibus, An non foerit perabsurdum probari per instrumentum ea, que probari nequeant per eos ipsos testes, qui in instrumento adhibiti & nominati fuerunt? Denique finge testes, quos in testamento nuncupatiuo interuenisse scripsit notarius, instrumento subscripsisse, Quomodo apud plerasque gentes subscribere omnes necesse est, si modò literas norint, An eo minùs valere instrumentum dicemus, vt nuncupationem à testatore factam probare non possit? Quis verò admittat minoris ob id fidei esse instrumentum quod subscriptiones testium habeat? Atqui vult constitutio falsi criminis reos teneri omnes qui tale testamentum suo testimonio voluerint confirmare. Erit igitur instrumentum partim verum, partim falsum. Verum ex qua parte subscriptionem habebit notarij, Falsum autem ex qua parte subscriptiones testium, quod lex vsque adeò pro falsariis haberi vult, vt nulla in contrarium probatio admitti possit. Vel interpretibus ipsis hoc fatentibus, qui præsumptionem hanc iuris & de iure idcirco esse volunt. Ergo nec probatio illa admittenda est, quæ fiat per instrumentum a notario conscriptum. Nam contra præsumptionem iuris & de iure non magis ea probatio admitti potest quæ per instrumentum fiat, quàm quæ per testes, *l. antiqua 23. vers. sed si quidem*. Et ibi glos. *in verb. esse credendum C. ad SC. Vellean. & l. vlt. C. de SC. Maced.* Nec fieri potest vt non pro falso haberi debeat instrumentum, quod non aliis testibus monitum sit, quàm qui circa crimen falsi pro instrumento testimonium ferre nequeant. Taceo quod aperta erit fraudandæ constitutioni via si tam improbabilis hæc opinio reciperetur, vt quod per testes instrumentarios quantumlibet consentiens probari nullomodo posset, probetur tamen per instrumentum, Tantò siquidem facilius erit falsum instrumentum comminisci, cùm testes qui pro instrumenti fide ac veritate audiri non possunt, multò minùs audiendi sint, si contra instrumentum di. ere testimonium velint. Itaque si interpretibus credimus, eueniet vt nulla detegendæ probandæque falsitatis ratio supersit in ea re in qua committendæ nullam subesse Imperatores optimi voluerunt.

ERROR X.

De posteriore testamento nuncupatiuo prior is solemniter in scriptis conditi reuocatorio, in quo aliquid Principi vel potentiori legatum sit, Et quod si pia causa fuerit in eo instituta.

QVæsitum aliquando ex facto fuit. Si is qui prius testamentum solemniter ac in scriptis condiderat, posterius fecerit per nuncupationem, in quo non instituerit hæredem Principem, aut aliquem ex potentioribus, sed tantùm aliquid siue Principi siue potentiori legauerit, vel per fideicommissum reliquerit. An locus sit nouæ Imperatorum constitutioni, quæ extat *in dict. l. nolumus 20. C. de testam.* vt posterioris testamenti nulla prorsus ratio haberi debeat, non magis quàm si vel Princeps vel potentior in eo fuisset institutus. Nec deerant ex pragmaticis nostris, qui dicerent ius antiquum hoc casu obtinere, propterea quod noua constitutio iuris veteris correctoria, & ob hoc ipsum odiosa, suisque limitibus coercenda non nisi de Principe vel potentiore institutuo loqui videatur, in illis verbis, *tanquam patrimonium suum ad nos deficiens maluerit pertinere*, Item quòd absurdum videatur legatum siue Principi, siue potentiori factum, vsque adeò nocere priuato homini per nuncupationem instituto, qui nulla violentiæ fraudisque præsumptione vrgeatur, vt idcirco testamentum corruat, quod haud dubiè valeret si legatum tale nullum in eo relictum proponeretur. Quid enim vetat & testamentum subsistere, & legatum tamen non deberi? Nam & si de interpretanda Pertinacis Imperatoris oratione ageretur, cuius tam frequens à nobis in superioribus habita mentio est, qua parte professus est Imperator optimus, nihil se adepturum ex scriptura cui authoritas iuris desit, *§. vltim. Inst. quib. mod. testam infirm.* id est ne quidem fideicommissum se agniturum ex codicillis & epistolis fideicommissariis non iure subnixis, hoc est, nullo testamento confirmatis, quemadmodum supra interpretati sumus, nemo diceret si per eandé epistolam fideicommissariam, aut per eosdem codicillos ab intestato factos, plura fideicommissa & Principi & priuatis personis relicta essent. Ideò summouendos priuatos ne quicquam ex ejusmodi scriptura persequi possent, quòd nec Principi ius sit aliquid ex ea scriptura consequendi. Quid enim commune habet causa Principis cum iure priuati? Aut quid vetat aliud iuris constitui in persona Principis, aliud verò in quolibet priuato? Denique pro non scripto haberi quod Principi relictum est, non item cætera quæ priuatis præstari testator voluit? Pari ergo ratione dicendum videatur, Posterius testamentum nuncupatiuum in quo priuatus aliquis hæres institutus sit, non eo minùs validum esse debere ad euertendum prius solemniter & in scriptis conditum, quòd in posteriore aliquid relictum fuerit Principi siue legati, siue fideicommissi iure. Præsertim cùm tota vis testamenti ab institutione pendeat non à legato vel fideicommisso, *l. quod per manus 10. D. de iur. codicill. §. ante heredis Instit. de legat.* Vt proinde cum de testamenti iure quæritur non tam legatarij aut fideicommissarij persona inspicienda sit, quàm hæredis instituti. Ego tamen contrà putabam, Primum ex verbis ipsis cóstitutionis, quæ non eum duntaxat casum complectuntur quo Princeps, vel potentior aliquis institutus sit, sed etiam illum quo aliquid Principi aut potentiori relictum proponatur, sic enim habent verba: *non scriptum aliquid nostrorum nominum mentiens falsè adstruere moliantur*, vt intelligamus parùm referre an institutionis an legati aut fideicommissi titulo aliquid Principi vel potenti relictum fuerit. Deinde ex iuris ratione quę vult cóstitutiones sanctas & fauorabiles, qualem hanc esse interpretes omnes fatentur, adiuuandas potiùs benigna interpretatione quam restringendas, *l. hoc modo 64. in fin. De condic. & demonstr.* Maximè verò, cùm non tam metu Principum aut potentiorum odio ius hoc nonum inductum sit, quàm fauore prioris testamenti solemniter in scriptis conditi, cuius euersionem difficiliorem esse debere visum est: Quæ ratio non cessat extraneo herede per nuncupationem instituto, vt neque verba legis si in posteriore testamento nuncupatiuo Princeps aut potentior nominatus fuerit, & relicto aliquo, cuiuscunque tandem nominis, honoratus. Sed me illud præcipuè mouet, quod fieri nequit, vt testes in posteriore illo nuncupatiuo testamento adhibiti testimonium vtiliter ferant de legato quin testificentur etiam de institutione hæredis

dis, sine qua subsistere legato non possunt, nec tandem ut testificentur de institutione, ac nuncupatione hæredis, quin de tota defuncti voluntate testificari eos necesse sit, & consequenter de legato, vel fideicommisso quod Principi aut potentiori relictum fuerit. Ultima enim voluntas unica & indiuidua est, quæ si pro parte tantùm probata sit nullo modo probata intelligitur, ut tractant nostri *ad l. hæredes palam 21. D. qui test. facer. poss. & ad l. 2. C. de bonor. poss. secund. tab.* Corn. post alios *cons. 309. num. 9. part. 4.* Adeò inquit quod si aliqui plus probarent, alij minùs non valeret eorum depositio, & tales testes obiici possent, Bellacomb. *in Commun. Opin. tit. De ult. volunt. & uniuers. testam. dispos. loc. 7. sit. 1 t. n. 3.* Atqui lex pro falsis testibus habet eos qui de huiusmodi legato vel fideicommisso testimonium dicere velint: Ergo euenire necesse erit ut partim veri testes existimari debeant, & partim falsi, Veri quod ad priuati hæredis institutionem pertinet, Falsi quod ad legatum vel fideicommissum siue Principi siue potentiori relictum. Quod tamen quàm non nisi stultè ac ineptè dici possit, præter id quod per se patet, etiam ex iis apparet, quæ in præcedentibus disputauimus. Nisi fortè quis responsurus sit, Eiusmodi legatum vel fideicommissum pro non dicto habendum esse & pro non nuncupato, propter nouæ constitutionis authoritatem, Hæredis verò institutionem non æquè, cùm nulla lege prohibeantur. Idque exemplo eius quod dici solet, cùm tractatur de his quæ pro non scriptis habentur. Nam si quis hæredem scripserit eum, quem scribere iure potuit, legauerit verò ei qui iam tùm mortuus probetur, constat legatum quidem pro non scripto haberi, sicut & si tale quid in testamento scriptum sit, quod intelligi non possit quid significet, At institutionem hæredis & reliqua eodem instrumento contenta nihilominùs per seipsa valere *l. 2. l. si eo tempore 4. D. de his quæ pro non script. habent.* Verùm sunt ista longè dissimilia. Non enim aut noua illa constitutio, quæ extat *in d. l. volumus*, aut alia ulla lex sic loquitur, ut dicat in ea specie de qua agimus pro non dicto nec nuncupato habendum esse quod in fauorem Principis aut potentioris nuncupatum esse dicatur, Adeóque nec pro falso id haberi oportere, quod testes dictum fuisse pro Principe aut potentiore testificentur: Sed, quod multò grauius est, pro falsis habendos esse testes qui ea de re testimonium velint dicere: quæ res cùm personas ipsorum testium afficiat, non minùs eos repellit à testimonio dicendo pro hærede nuncupato quantumlibet priuatus & humilis ille sit, quam pro Principe aut potentiore legatum aliquod aut fideicommissum merito: quia sicuti volũtas testatoris totáque testamenti nuncupatio, ita & testium fides indiuiduũ quiddam est, nec pro parte aut valere aut probari, & pro parte non valere aut non probari potest. Porrò si de legato aut fideic. quod Principi relictũ fuit, testes deponere necesse est, quis dubitat tam facilè futurum, ut reperiantur testes qui de toto reliquo testamento deponant, id est de nuncupatione in fauorem priuati hominis facta quàm si princeps ipse institutus diceretur: Cùm nõ possit tale legatum aut fideicommissum valere nisi aliquo instituto, Eadem igitur facilitate mentientur testes circa institutionem hæredis, atque circa legatum vel fideicommissum relictum Principi aut potentiori cui gratificari volunt. Proinde ne id eueniat, quod alioqui euenire posse Imperatores prospexerunt, necesse est non minùs ad eum casum quo Principi vel potentiori aliquid relictum sit, quàm ad illum quo siue Princeps, siue aliquis ex potentioribus hæres institutus fuerit, nouæ constitutionis potestatem extendere. Illud sanè non improbo, quod interpretes nostri volunt, constitutioni locum esse si in posteriore testamento nuncupatiuo pia causa hæres instituta proponatur. Sic enim Andreas Tiraquell. ex receptissima omnium sententia *in tractat. De priuileg. piæ caus.* An fortè quòd pia causa non rectè potentioribus comparetur? Minimè. Recta enim comparatio est cùm piæ cuilibet causæ iudices fauere semper soleant, & debeant, *l. 3. in princ. D. de alter. iudic. mut. caus. fact.* An potiùs quód in dubio non sit præsumendum piam causam testes corrupturam? Ne hoc quidem: Nam nec in Principem præsertim bonum & probum tam improba præsumptio cadere potest, ut neque in potentiorem qui perpetuò sic vixerit, ut nihil tale de ipsius moribus suspicari meritò quis possit: Sed quoniam non tam facilè fieri possit, ut falsi testes inueniantur, qui piæ causæ gratificari velint, à qua nullam gratificationis suæ ac mendacij mercedem spetare possint: quàm sperarent utique à Principe aut à potentiore licet probo, qui eos fortè vera dixisse existimaret, Nimirum quia non habet pia causa personam, quæ donare vel remunerari, vel denique alienare quicquam possit, sed tantùm quæ accipere, & ærarium augere, Nisi quod quisquis piæ causæ fauet, Deum Opt. Max. remuneratorem sperare debet, Sed ea remuneratio falsos testes allicere, & ad dicendum testimonium excitare non potest, ac potiùs contrariam pro iis præsumptionem inducere, quod non nisi verum testimonium pro pia causa laturi vnquam fuerint. Neque enim mendaciorum & periuriorum remunerator est Dominus, sed bonorum duntaxat operum. Putarem tamen in eo posteriore testamento nuncupatiuo in quo pia causa esset instituta, specialem prioris testamenti in scriptis & solemniter cõditi mentionem fieri oportere, ut prius reuocatum dici possit, quod non tam facilè per posterius minùs sollemne reuocari potuit secundum ea, quæ disputauimus in præcedentibus

ANTONII

ANTONII FABRI I.C.

Decas Sexageſimanona.

ERROR. PRIMVS.

De teſtamento facto ad interrogationem Notarij, aut alterius.

NVNQVAM de hoc quæſiuiſſent Interpretes, An teſtamentom valeat, factum ad interrogationem Notarij niſi pro certo & explorato habuiſſent, Poſſe fieri vt per ſolum Notarij inſtrumentum nullis etiam adhibitis teſtibus teſtamentum nuncupatiuum probetur. Poſtquam enim errore ſuo induxerant vt ſolius Notarij ſcriptura ſeptem teſtium dictis æquipolleret, conſequens erat vt illud etiam inducerent, quod tamen multò abſurdiùs eſt, vt ipſius quoque teſtatoris ſi non perſonam, ſaltem factum & nuncupationem Notarius ſuppleret, ac repræſentaret. Eò ſiquidem tota hæc quæſtio pertinet, an ad teſtamenti nuncupatiui validitatem ſufficiat nuncupatum fuiſſe hæredem à Notario interrogante teſtatorem Titiumne aut Sempronium hæredem eſſe velit, ſi poſtea teſtator ad interrogationem reſpondeat, hoc vnum *volo*, aut quod Itali ſuo modo ſic efferunt, *meſſerſi*. Ita verò quæſtionem propoſuiſſe ſatis eſt, vt appareat & abſurdam eſſe dubitationem, & falſum quod Interpretes ad eam reſpondent, Valere huiuſmodi teſtamentum factum ad interrogationem Notarij. Sic enim vulgò illi poſt gloſſ. *ad l. iubemus C.de teſt* Nam cùm de hoc apud omnes conſtet, Præcipuam teſtamenti nuncupatiui ſolemnitatem in eo conſiſtere, vt hæres palàm nuncuparetur, id eſt ita vt exaudiri à teſtibus ad ſolemnem vſque numerum poſſit, quemadmodum interpretatur Vlpianus *in leg. hæred. palam 21 C. qui teſtam. fac. poſſ.* Quis ſciat teſtatorem, qui alteri nuncupanti annuerit, aut diſertis verbis conſenſerit, pro eo haberi ac ſi palam ipſe nuncupaſſet? Si enim verum eſt, aliud eſſe vendere, aliud verò vendenti conſentire, vt eſt in regula iuris, quantò verius dici poteſt, Aliud eſſe hæredem palam nuncupare, aliud verò, alteri ſiue Notario, ſiue priuato cuilibet palam nuncupanti conſentire? An non vero id eſſet quodammodo teſtari per procuratorem? Siquidem conſenſus ille quem ponimus ſubſequi interrogationem Notarij, nihil niſi approbatio, & vt ita dixerim ratihabitio quædam eſt, quæ porrò majorem vim & efficaciam habere nequit, quàm vt mandato æquiparetur. Idque tantò magis locum habet in ea ſpecie quam tractamus, cùm nuncupatio per interrogationem facta eſt à Notario quem teſtator rogauerit, & adhibuerit ad teſtamentum recipiendum. Quid enim hoc aliud eſt, quàm rogatum videri à teſtatore Notarium, vt ipſe teſtatoris vice nuncupet hæredem? Atqui prorſus inauditum eſt vt quis per procuratorem teſtetur, aut vt qui teſtatur faciat per procuratorem quicquam eorum, quæ per ſe facere debeat: Repugnatque iuris regula quæ neminem patitur lege agere, id eſt legis actionem facere per procuratorem, aut quod effectu idem eſt, alieno nomine *leg. nemo alieno 123. de regulis iuris.* Legis enim actio ſi qua eſt certè teſtamentum eſt, cùm quiſquis teſtatur ſi modò ſecundùm leges teſtetur, hoc ipſo faciat legem, *vulg. leg. verbis 120. de verborum ſignificatione, & § diſponat Nouell. 22. De nupt.* Ideóque conſtantiſſimè prudentes omnes veteres decreuerunt teſtamentorum iura ipſa per ſe firma eſſe oportere non ex alieno arbitrio pendere *leg. illa inſtitutio 32. D. de hæred. inſtit.* Nec minùs leges requirunt quoties nuncupatio hæredis facienda eſt, vt fiat illa ab ipſo teſtatore, quàm vt aliqua fiat *dict. leg. iubemus*, in illis verbis, *nomen vel nomina hæredis vel hæredum ab eo nuncupari.* Et poſteà, *quòd ſi non fuerit factum, & nomen hæredis vel hæredum non fuerit manu teſtatoris ſcriptum, vel voce* (repete & ſupple *teſtatoris*) *coram teſtibus nuncupatum.* Et rurſum, *cùm teſtator hæc non ſcripſerit, ſed nuncupauerit.* Sed apertiùs, & ad rem noſtram accommodatius *in verſicul. quemadmodum*, vbi tractans Iuſtinianus non de teſtamento in ſcriptis, de quo ſolo lex illa facta eſt, ſed de teſtamento nuncupatiuo ſumpta ab eo ſimilitudine, ſcribit ille, in hæc verba: *Quemadmodum enim in elogio, quod ſine ſcriptura conficitur, neceſſe eſt teſtatorem voce exprimere nomen vel nomina hæredum.* Nec ſanè aliter fieri poteſt vt falſitatibus via præcludatur, quæ cùm in omnibus omnium hominum actibus periculoſiſſimæ ſunt, tum maximè in teſtamentis, *dicta lege iubemus, lege vltima, Cod. de fideicom.* Et miror Baldum *ad dictam legem iubemus, numero ſexto, in fin.* Pro ſuæ & communis opinionis confirmatione, hac vna ratione moueri, quòd fides Notarij auferat omnem ſuſpicionem falſitatis. Id enim ſi ita eſſet, quid aliud requiri oporteret, niſi vt teſtamentum factum eſſet, coram Notario, nullis quoque adhibitis teſtibus. Quandoquidem ſolemnis ille & tam magnus ſeptem teſtium numerus non ad aliud inductus eſt ex legibus, quàm ne tam facilè eſſet falſum in teſtamento committi, *dicta lege vltima, C. de fideicom.* Neque tamen hactenus quiſquam dixit ſolam Notarij fidem & ſubſcriptionem poſſe ſufficere abſque teſtibus, aperiúſque eſt in contrarium textus, *lege hac conſultiſſima 8. Cod. qui teſtamentum fac. poſſ.* In cuius ſpecie, id eſt in teſtamento cæci & ſeptem teſtes requiruntur, & tabularius vnus, quem nos hodie Notarium appellamus, aut ſaltem vnus alius teſtis pro tabulario, ſi tabularij copia haberi non poſſit, vt intelligamus non ſolùm pro ſeptem teſtibus tabularium haberi non poſſe. ſed neque in computando numero qui ad peragenda teſtamenti ſolemnia neceſſarius eſt maiorem ferè tabularij & Notarij quàm alterius teſtis cuiuſlibet rationem habendam eſſe. Et magis miror quod ibidem Baldus addit, Notario qui ad teſtamentum adhibetur committi totam ſubſtantiam veritatis, vt ſubinde inferat, Ei ergo ſtandum eſſe. Primum enim falſum eſt committi Notario totam ſubſtantiam veritatis quæ haud dubiè in teſtamento nuncupatiuo ſolis teſtibus committitur, ad quorum fidem pertinet, vt ea omnia referant quæ à teſtatore per ſe ipſum nuncupante audiuerunt, déque iis ſolis teſtificentur. Et quamuis eo iure vtamur quoties de teſtamento nuncupatiuo inſtrumentum aliquod conſcriptum

est, vt ad probationem sola instrumenti fides sufficiat, neque testes in instrumento nominatos eam iorem audiri necesse sit, ab errore tamen fine Pragmaticorum, siue Interpretum potiùs quam a iure ia vius fluxit, vt documus in superioribus. Deinde cùm in testamentis omnibus siue in scriptis, siue per nuncupationem fiant, non modò veritatis substantiam adesse, sed etiam requisitas solemnitates interuenire oporteat Debuit Baldus dicere, quod tamen vere rectéque dicere non potuit, soli Notario committi totam substantiam solemnitatis: Quæ cùm non à testatore pendeat, sed à lege, Ineptus sanè fuerit qui putauerit inspiciendum cui solemnitas commissa sit a testatore, ac non potiùs coi commissa sit à legibus, leges porrò de testibus sol s loquuntur præsertim quoties de testamento nuncupatiuo tractant, de tabulario verò nunquam, extra casum *d. l. hac consultissima*, quæ agit de caeci testamento tantùm. Denique cùm veritas sit hac parte duplex, vna voluntatis, alia solemnitatis, neutra committi Notario potest, sed multò minùs ea quæ est voluntatis, & quæ nihil aliud est quam testatoris voluntas ipsa, cuius nuncupatiuo si alterius quàm testatoris ore fiat, vtique fatendum sit testamentum non valere, neque tanquam factũ ab eo qui testatus dicitur, quia non ipse nuncupauit, neq; tanquã fctũ à nuncupante, quia non suo nuncupauit nomine sed alieno, nec de sua pecunia, sed de aliena, quod fieri nullo modo potest, *d. l. verbis legis, & l. conficiuntur octaua. §. si post factum, D. de iur. codicillor.* Quare nec Interpretes hanc sententiam probare audent, nisi restrictam pluribus, vt vocant, limitationibus. Inter quas vna illa est vt ita demùm habeat locum si testator articulatè loqui possit eo tempore quo ad interrogationem alterius respondet, non etiam si iam tum articulatè loqui posse desierit. Sic enim Franciscus Mantica ex communi aliorum sententia, *libr. secundo De coniecturis vltimarum voluntatum titulo sexto numero secundo & quarto, versicul. sed vt quæstio, &* 20. In dubio autem nolunt præsumi, quòd articulatè loqui testator potuerit, præsertim si in extremis co stitutus fuerit, nisi cùm testamentum in gratiam venientium ab intestato factum proponitur, vt tractat Salycetus *in dict. leg iubemus.* Nam nec in dubio præsumitur sanæ mentis esse qui in extremis constitutus est, etiamsi ad interrogationem responderit per monosyllabum *sic*, nisi alia subiiciat verba denotantia sanam mentem ac bonum intellectum testantis, vt loquitur Calcan *consil. 91. in fin.* quem refert Gabriel *in commun opin. libro quarto, titul. de testament conclus. secunda, numero sexto.* Probàtque Mantica, *vbi supra numero nono.* Addens, Eum qui languet in extremis, mortuo similem esse, ideóque maximum eo tempore subesse periculum ne falsitas committatur, Quomodo scriptum est *in dicta leg iubemus* Alia limitatio est à plerisque, licet non ab omnibus probata, vt supradicta opinio procedat si testamentum ad alterius interrogationem factum vnicum sit, non etiam si aliud præcedat, de cuius reuocatione tractari oporteat Nec enim tam facile est vt prius testamentum solemniter perfectum tollatur per posterius quod non nisi ad interrogationem alterius factum fuerit, Castrens. *ad dictam legem hac consultissima, § at cùm humana fragilitas. Cod. de testament.* & alij quos refert Gabriel. *dicta conclusion. secunda, numero septimo*, Nisi, inquit ille, *numero nono*, aliunde constet de voluntate testatoris, quòd expressè testamentum reuocare voluerit, ex Carolo Ruin. *consil.* 12. *numero vndecimo, volumine secundo.* & Socio Iun. *consilio* 144. *numero quinquagesimo tertio, versic. nec demùm obstat quòd hæc fuerint, volumine secundo.* Tertia est, Si dictante testatore scripserit Notarius: qui posteà interrogauit testatorem, An velit ita testatum esse. Nam si dictantibus consanguineis vel aliis quibuslibet Notarius scripserit, magis probant Interpretes vt tale testamentum etiam ad Notarij interrogationem factum non valeat, Quæ fuit sententia Pauli Castrens. *ad dict. §. at cùm humana fragilitas.* Ac quamuis non desint qui contrariam Cyni opinionem *in dicta lege iubemus*, sequi malint, Receptior tamen illa est quam Paulus Castrensis induxit, vt testator Gabriel vbi *suprà numero secundo in fin* Nisi, inquit, constaret rogatum fuisse Notarium ab ipso testatore, ex Cornelio *consil. 304. numero decimosexto, & sequent. volumine primo, & ad dictam legem iubemus in fin.* Aut adiectam esse clausulam codicillarem de expressa voluntate testatoris ex Guidens. *cautel. 2. de hered institut.* Quarta, præcipuique momenti limitatio est, si interrogatio facta sit ab ipso Notario, non item si ab alia persona suspecta, puta si ab hærede aut ab aliquo ex agnatis vel cognatis, vel affinibus, vel denique amicis hæredis in eo testamento instituti. Sic namque Cynus *ad dictam legem iubemus*, & alij permulti quos congerit Gabriel. *dict. conclus. 2. num.* 16. in cuius fine post alios recensitos non paucos quibus contraria opinio magis placuit, inter quos potuit nominare Boërium *decis. 35. num. 6.* Concludit hanc esse magis communem, sublimitandam tamen, nisi testator explicitè voluntatem suam declarauerat per prius. Quasi eo casu nihil causæ sit cur de ipsius voluntate dubitari oporteat, Ex Marian. Iunior. *d. cons. 144. num. 53. & sequent.* Item, nisi testator rogauerit Notarium vel testes vt suo testamento interuenirent, Ex Corn. *in dict. leg. iubemus in fin.* Tertiò, nisi testator tale testamentum per se dictasset, & posteà ad interrogationem alterius respondisset *sic*, vel, *omnia sibi placere* ex Baldo *in dict. leg. iubemus in fin.* Quæ tamen sublimitatio ad primam pertinet, in eóque continetur. Quartò, nisi testator consensisset in clausula codicillari. Quo casũ volunt talem dispositionem valituram in vim fideicommissi ex Guald. *caut 1. de hæred. instit.* Adeóque si facta esset per verba commonia ex Bald *Nouell. in leg. 1. §. si quis ita, D. de verb. oblig.* Quintò, nisi in eo testamento ad interrogationem alterius facto instituti sint venientes ab intestato ex Hieronymo Grat *consil. 90. volum. 2.* Refert & probat Gabriel. vbi *suprà numero* 22. Atque ita quidem Interpretes nostri tradunt, & limitant, & sublimitant.

ERROR II.

Si Notarius ad cuius interrogationem factum est testamentum rogatus sit à testatore, aut si testator ipse testamentum dictauerit.

AT ego meram verámque iuris rationem secutus, quæ tot limitationes non nouit, indistinctè defendo, Nunquam valere huiusmodi testamenta ad interrogationem alterius facta, nec magis si Notarius ille sit qui interrogauit, etiam si constet adhibitum eum, & rogatum à testatore, quàm si vel hæres ipse institutus, vel aliquis ex eius amicis testatorem interrogasset. Non enim solum hoc obseruandum est, quod vnum Interpretes obseruant, Verùm deficiat voluntas, sed etiam præcipuè Verùm adsit solemnitas, Paria enim sunt quoties de testamento agitur, Deficere veritatẽ, &

& Deficere solemnitatem. *l. si veritas* 25. *C. de fideic.* Solemnitas verò haud dubiè deficit, quoties is qui hæres institutus dicitur neque scriptus fuit, neque nuncupatus, ab ipso testatore. Nec possum videre quo vel iuris vel æquitatis colore interpretes hoc nouum & toti Iurisprudentiæ nostræ incognitum testandi genus magis probent cùm testator voluit per nuncupationem testari, quàm cùm testari voluit in scriptis: quo casu fatentur omnes non valiturum testamentum quod ad interrogationem alterius, etiam notarij factum esset. Gabriel. *dict. concl.* 2. *nu. vlt.* post Ioan. Andr. *in addit. ad Speculat. tit. de testam* §. 1. *vers. quid si is & decis. Neap.* 143. *in antiquis.* Quasi verò nuncupatio hæredis minor solemnitas sit aut minùs necessaria in testamento nuncupatiuo, quàm scriptura testatoris in testamento in scriptis, aut quasi faciliùs permittendum sit testatori vt testando per nuncupationem, non tamen nuncupet nomen hæredis, quàm vt testando in scriptis, non illud scribat manu propria Quod tantum abest vt verum sit, vt è contrario remissa sit testantibus in scriptis necessitas scribendi propria manu nomen hæredis, *Nouell.* 119. *vt sponsalit. largit. cap.* 9. §. *quia verò.* Vnde sumpta est *Authen. & non abseruato eo. C. de testam.* Nunquam verò remissa sit, necessitas nuncupandi hæredis propria voce si quis per nuncupationem testari velit. Nam nec prisca consuetudo ita ferebat vt in testamento in scriptis nomen hæredis propria testatoris manu scriptum esse oporteret. *l. hac consultissima* 21. *C. de test am l. seruus* 28. *D qui testam. facer. poss.* cùm tamen semper obtinuerit vt in testamento nuncupatiuo nomé hæredis à testatore palam nuncupati necesse esset *d. l. heredes palam* 21. *D. eod.* Neque verò casum illum excipio, qui ex omnibus quos interpretes congerunt, minimam dubitationem recipere testator ipse testamentum dictauerit notario à quo postmodum sit interrogatus, Aut ante notarij interrogationem declarauerit quomodo testari vellet. Nam cùm neque dictatio, neque declaratio illa testamentum sit, sed quid præparatorium testamenti longéque aliud sit Testari, aliud verò Testari velle frustrà est si quis præparando testamento eas solemnitates adhibeat, quas lex adhiberi vult in actu ipso testamenti. Nec nisi fauore cæci per nuncupationem testantis receptum vspiam video vt testamenti chartulam à testatore ipso dictatam sufficiat exhiberi testatori coram testibus à notario. Qua de re expressim facta est Iustini constitutio in *d. l. hac consultissima* 8. §. *at cùm humana fragilitas C. de testam.* quæ tamen non contenta est nuda & simplici responsione testatoris ad interrogationem notarij. Sed illud prætereà omnimodò exigit vt postquàm tenor scripturæ omnibus innotuerit, testator elogium se profiteatur suum agnoscere, & ex animi sui sententia disposuisse quæ lecta sunt: Hoc etiam addito vt in fine subscriptio sequatur testium, necnon signacula omnium tam testium, quàm notarij vt lex ait, aut si notarius & tabularius in eo loco nullus sit, alterius qui in notarij & tabularij locum, & in octauum testem adhibendus sit. Cùm verò in solo cæci testamento nuncupatiuo ita nominatim cautum & constitutum fuerit, non est dubitandum quin alio iure in omnibus cæterorum omnium testamentis vti debeamus Quamquam multò apertior res est si ponas neque dictatam, neque aliter declaratam à testatore voluntatem suam priùs quàm à notario interrogaretur. Tunc enim dubitari meo iudicio non potest quin testamentum factum videri debeat, non solùm ad suggestionem alterius (quod nec Baldus diffitetur *ad d. l. iubemus num.* 6. cùm ait talem interrogationem suggestionem quandam esse potiùs quàm voluntatis requisitionem. Quasi verò tam licitum sit suggerere testamétum, quàm testatoris affectionem blando sermone aut benè merito aliquo prouocare vt *in l. vltim. D. si quis aliq. testar. prohib. l. captatoriae* 71 *D. de hered instit.*) Sed etiam quod absurdiùs est, per interrogantem ipsum qui hæredem nuncupat, potiùs quàm per testatorem qui tacito hæredis nomine respondet simpliciter ad alterius interrogationem. Neque rursus distinguo an interrogatio facta sit à notario an ab hærede, aut ab alio quem hæres ipse forrassis subiecerit. Quis enim nescit tam esse facile ille qui testatoris hæreditatem captat, vt subiiciat notarium quàm alium quemlibet ad interrogandum testatorem? Aut cur non æquè dicamus testatorem interrogatum à notario respondisse tam breuiter vt se à molestia redimeret potiùs quàm quod ita disponere vellet An non perinde molestus est notarius ac alius quilibet, cùm semimortuum testatorem & in extremis constitutum interrogat, An non approbet illud testamentum quod in charta iam scripta continetur? Denique quis hodie magis suspectus est, quàm notarius quoties suspicio aliqua interuenire potest ne quid falsi circa testamentum excogitetur? Aut à quibus prærerquàm à notariis falsa testamenta conscribi & confingi audimus? Idque sanè ita euenire necesse est, postquam inualuit ex interpretum errore vt solius notarij fides pro septem testibus habeatur nec aliud quicquam præter notarij subscriptionem ad voluntatis, & solemnitatis probationem requiratur: quod certè Papinianus vel huius periculi solius metu, nunquam admitteret.

ERROR III.

De testamento condito per relationem ad aliam scripturam.

TEstamento ad interrogationem alterius facto de quo proximè diximus, non valde absimile illud est, quod per relationem ad aliam scripturam factum esse proponitur, De quo iam dicendum aliquid nobis est. Nam & interpretum nostrorum communis sententia illa est, vt hoc quoque testamenti genus valeat si modò alia illa scriptura ad quam testator se retulit certa sit, & indubitata, vt dubitari nequeat quin ea ipsa sit de qua testator sensit, Nec tantùm si testatoris ipsius manu scripta probetur vt voluit Bartolus *ad l. ita scripsero* 38. *de condic. & demonstr.* saltem per comparationem literarum quam hoc casu sufficere respondit Carol. Ruin. *cons.* 11. *num.* 7. *vol.* 3. Sed etiamsi alterius manu scriptam eam esse constet vt contra Bart. defendit. Castrens. *ad d. l. si ita scripsero*, & alij quos refert ac sequitur. Ant. Gabriel. *libr* 4. *commun. opin. titul. de testam. conclus.* 11. *num.* 7. Mouetur autem in hanc sententiam interpretes vnica ratione illa quòd nihil referat an testator explicitè nomina hæredum expresserit, an implicitè per relationem ad aliam scripturam, cùm vtroque casu testatoris voluntas certa sit, & explorata. Rationem verò hanc probant ex variis iuris locis quibus id ipsum non obscurè probari arbitrantur. Primus est *in dict. l. si ita scripsero*, vbi Paulus scribit si in testamento ita scripsero, *Quantum codicillis Titia legauero.* licèt codicillis legatum explicetur, tamen ex testamento valere solámque quantitatem in codicillis delatam esse. Nam & apud veteres, inquit, legata talia fuere, *Quantum ei per epistolam scripsero, Quantum ex illa actione detraxero, hæres dato.*

Alius locus est *in l. quem heredi 25. D. de reb. dub.* vbi Celsus ait, si testator in testamento suo ita scripserit *Quem hæredi meo dixero velle me liberum esse, liber esto*: Aut ita, *Cui vt dare damnas sit hæres meus dixero, ei hæres meus dare damnas esto*, testatoris voluntatem si quibusdam argumentis apparebit de quo dixerit adimplendam esse. Sed omnium accommodatissimus in hanc rem textus interpretibus videtur apud Papinianum *in l. asse toto 77. D. de hæred. instit* in cuius specie cum asse toto non distributo ita scriptum esset, *Quem hæredem codicillis fecero, hæres esto*, & Titium codicillis hæredem testator instituisset, Non dubitat Papinianus quin Titij institutio valeat, Ideo quòd licèt codicillis dari hæreditas non possit, hæc tamen ex testamento data videtur. Quamuis non plus ex hæreditate Titius habere debeat, quàm quantum ex hæreditate residuum mansit. Nec sanè potest negari, quin locus ille probet apertissimè, Posse testamentum in scriptis ita fieri vt tamen hæredis nomen scribatur in alia scriptura etiam minùs solemni, vt puta in codicillis, Nempe si ea scriptura quam testator codicillorum nomine donauit, & ad quam se retulit, solemnitatem habeat codicillorum, id est non pauciores quàm quinque testes vt Castrensis tractat ad *l. si ita scripsero*. Alioqui non potest videri scriptus in codicillis hæres, qui institutus est in ea scriptura quæ codicillorum nomen non mereantur. Cæterùm si testator relationem habuerit ad aliam scripturæ speciem, quæ nomen aliud certę solemnitatis nullum habeat, idem meo iudicio, iuris erit, nec minùs valebit institutio tanquam quæ non tam per illam scripturam facta sit quàm in testamento, tametsi extra testamentum, nec nisi per scripturam illam fuerit declarata. Non enim maior hac parte potestas est codicillorum quàm alterius scripturæ cuiuslibet minùs solemnis, quandoquidem non magis per codicillos quàm per epistolam aut aliam scripturam quamlibet hæreditas dari potest. Illud tamen semper adesse oportet, vt scriptura illa sit indubitata, nec hæsitandi causa vlla subsit quin ea ipsa sit, de qua testator senserit Sed & illud omninò requiri puto, vt hęredis nomen quod in testamento scriptum non est, alicubi scriptum sit. Nam cùm testamentum siue in scriptis, siue per nuncupationem factum ab institutione sola vires accipiat: *l. quod per manus 10. D de iur. codicill* quomodo fieri obsecro potest vt in scriptis testatus videatur ille qui hæredis sui nomen nullibi scripserit? Quare si ponas testatorem in testamento solemni per scripturam condito ita scripsisse, *Quem Titio dixero velle me hæreditatem mihi esse, ille hæres mihi esto*, non puto valiturum testamentum vt ex eo possit hæres esse is quem testator Titio dixerit quàuis manifestè constet quem Titio dixerit velle se sibi hæredem esse. In quo que obseruo differentiam inter institutionem, & legata. Etsi enim non magis legata extra testamentum dari possunt quàm hæreditas relinqui, Nihil tamen vetat ita relinqui legatum in testamento in scriptis vt relatio fiat non ad scripturam aliquam, sed ad id quod testator voce nuda aliqui dixerit: Vt *in d. l. quem heredi*. Et ratio est quia cùm non perinde ex legatis sicut ex institutione testamento ęstimetur, fieri facile potest, vt legata debeantur tanquam ex testamento in scriptis, etiamsi neque in eo testamento scripta sint, neque ad aliam scripturam relata, sed tantùm voce alicubi nuncupata. Quemadmodum è conuerso fit interdum vt testamentum sit nuncupatiuum, Legata vero scribantur in codicillis quos idem testator postea fecerit per scripturam *vt in l. vlt. D. de iur. codic.* Neque defuerunt, qui hanc differentiam inter nos obseruauerint inter institutionem & legata, ac fideicommissa singularia quæ vocant illi particularia, De quibus solis tractat Bart. *ad d. l. si ita scripsero*, non etiam de institutione, vt & Castrensis bene vidit, & Ias. *ad l. certum 6. num. 1. post. princip. D. de reb. credit.* Quorum tamen sententia non obtinuit. Probatum enim est magis communiter nihil hac parte institutionem à legatis differre vt testatur Iul. Clar. *lib. 3. sent. in §. testamentum quæst. 4. n. 3. vers. sed pone & quæst 36. num* 2. quod & Castrens. ipse sensit *in d. l. hac consultissima 21. §. per nuncupationem C. de testam.*

ERROR IV.

De differentia testamenti in scriptis & nuncupatiui cùm agitur de testamento facto per relationem ad aliud.

SEd nescio an adhuc quisquam obseruauerit differentiam, quæ iudicio meo constituenda est in huiusmodi quæstione inter testamenta in scriptis & nuncupatiua. Non enim sicuti valere diximus testamentum in scriptis in quo per relationem tantùm ad codicillos æquè scriptos hæres aliquis scriptus sit *d. l. asse toto*, Ita possumus admittere testamentum nuncupatiuum valere, In quo hæredis nuncupatio palàm & coram solemni numero testium non aliter facta sit, quàm per relationem ad aliam nuncupationem alio loco, & coram aliis testibus factam: Tantũ abest vt existimemus posse valere testamentum nuncupatiuum in quo facta sit nuncupatio per relationem ad aliquam scripturam, quomodo valere interpretes volunt, cùm nec testamentum in scriptis valere possit in quo non sit scriptus hæres nisi per relationem ad nuncupationem quemadmodum iam diximus. Differentiæ autem huius ratio illa est, ni fallor, quòd non sicut in testamento nuncupatiuo hæredes palam nuncupandi sunt, id est, ita vt eorum nomina à solemni testium numero audiantur *d. l. hæredes palam*, sic vllo iuris loco proditum est in testamento in scriptis hæredum nomina palam scribi, oportere, hoc est præsentibus, videntibus & scientibus iis qui ad signandum testamentum adhibentur: Cùm non eo minùs valeant huiusmodi testamenta in scriptis, quod hæredum nomine à testibus ignorentur, vt scriptum est *in d. l. hac consultissima 21. C. de test am.* In id enim præcipuè comparatus est vsus testamentorum in scriptis, vt secreta possit esse voluntas testatoris, & ipsis quoque testibus testamentariis incognita, Propter quam causam olim secreta & mistica dicebantur vt superiore Decade monuimus Quòd si in hoc quoque testamentorum genere illa tamen dubitandi causa suberat ne valere viderentur, si quando ita fierent vt testes quæ in eo essent scripta, nescirent, vt ostendit supradicta Theodosij constitutio in illis verbis, *nec ideò infirmarò quod testes nesciant quæ in eo scripta sunt testamento.* Quis non videt diuersum planè ius esse in testamento nuncupatiuo, nec valere illud posse si quo casu sic fiat vt nomina hæredum in eo nuncupatorum à testibus ignoretur? Nam quod interpretes respondent, posse nuncupationem fieri palam, & tamen non explicitè fieri sed implicitè & facta relatione ad scripturam aliquã, vel aliam nuncupationem, Ego planè fateor me non intelligere. Quid enim aliud est *palã* quid fieri, quàm explicitè fieri, & ita vt nulla re alia opus sit ad assequendam eius quod palam fit, plenissimam cognitionem? Aut quænam interpretatio dictionis huius apertior esse potest, quam quæ ab Vlpiano traditur *in d. l. hæred palam*, Nuncupandos esse

hæredes palam, ita vt exaudiri possint eorum scilicet nomina: Palàm, inquit, non vtique in publicum sed vt exaudiri testator possit cùm hæredes nuncupat. Quomodo autem fieri potest vt vel exaudiatur testator hæredes nuncupans vel exaudiantur nomina hæredum nuncupatorum si nominatio implicitè tantùm fiat, id est nullo expresso nomine, & per relationem ad aliquam scripturam, aut ad aliam nuncupationem? Itaque si verum est, vt est, contradictoria hæc esse, Implicitè quid fieri & explicitè, fatendum est meo iudicio non minùs implicatæ contradictionem vt palam fieri dicatur id, quod non nisi implicitè fiat. Quicquid enim fit implicitè, & per relationem ad aliud, id vt obscurè fiat, necesse est. Ergo non palam, Potest quidem id quod certificatur per relationem ad aliud æquè certum esse acsi digito vel oculis demonstratum esset *d.l.certum 6. de reb.credit.* Sed æquè notum, & quod idem est, æquè palam esse non potest Porrò hæredis institutio quæ per nuncupationem fiat, non tantùm certa esse debet, sed certæ personæ, quod vtique per relationem ad scripturam aliqui posset æquè contingere, sed etiam testibus palam significata, quod certè nisi per explicitam nuncupationem fieri nullomodo potest: cùmque pro testamenti nuncupatiui forma illud præscriptum sit vt palam & explicitè nuncupationem fieri oporteat, repugnat sanè vt possit fieri per relationem ad aliud, secundum id quod ipsis quoqoe interpretibus vulgò placet, expressionem quæ est de forma non posse fieri per relationem, neque per æquipollens *cap.pen.* vbi Abb. *per ill.text.extr.de iureiur.* cum aliis quam pluribus quos congerit Gabriel. *dict.concl.11.num.9.* Quamuis ille ibidem subiiciat non probari sibi hanc rationem. Propterea quòd inquit, nomen hæredis pro forma exprimi debeat in testamento nuncupatiuo, & tamen exprimi possit per relationem ad aliud. In quo sanè petit principium vt nemo non videt, ac si quid mei iudicij est, supponit falsum. Et verò si nuncupatiuo implicita sufficeret ad testamenti nuncupatiui validitatem, sequeretur vt quoties testamentum in scriptis factum esset, quod tamen ex aliqua causa valere non posset, puta ob defectum alicuius solemnitatis, defendendum nihilominùs esset iure testamenti nuncupatiui. Nam cùm inter cæteras testamenti in scriptis solemnitates vna illa sit, vt testator coram septem testibus dicat suum esse testamentum quod offertur, vt habet Theodosij constitutio *in dicta hac consultissima*, testamentum autem esse non possit nisi in quo hæres aliquis institutus sit, negari certè non potest, quin omnia qui testatur in scriptis, & scripturam quam profert asserit suum esse testamentum, hoc ipso nuncupet hæredes suos per relationem ad eam ipsam scripturam, indéque nimirum est quod veteres etiam cùm de testamento in scriptis loquebantur, hanc testamenti nuncupationem appellabant quæ fiebat per ea verba solemnia quæ superiore Decade retulimus ex Vlpiano *in Fragment. titul. 20. Hæc vti his tabulis cerifve scripta sunt, ita do ita lego, ita testor. Itaque vos Quirites, testimonium perhibetote.* Perinde igitur est acsi diceret, *hos nuncupato heredes quorum nomina in his tabulis continentur*, nec quicquam vel amplius vel apertiùs in hac posteriore formula, quàm in superiore continetur. Erit ergo hoc testamentum in scriptis etiam nuncupatiuum, si nuncupationem sufficit implicitè fieri per relationem ad aliquam scripturam vt volunt interpretes. Maximè verò cùm iisdem placeat, quod nos sequenti capite refutabimus. Nihil repugnare quominùs vnum & idem numero testamentum censeatur vtriusque testamenti iure & in scriptis & nuncupatiui, quasi sint hæ testamentorum species differentes ac diuersæ magis quàm pugnantes. Atqui negat Theodosius valere testamentum in scriptis si non omnes suas habeat solemnitates quæ necessariæ sunt, vt eo iure valere possit. Non ergo patitur vt valeat iure nuncupatiui testamenti. Alioqui esset hoc imponere legem verbis non rebus, cum lex dicat tale testamentum pro infecto & imperfecto haberi oportere. Atque ita iam ante nos benè ratiocinatus est Paul Castr. *ad d.l.si ita scripsero*, Cui tamen placet addere quod in supradicta Theodosij constitutione sequitur *in §.ex imperfecto*, Ex imperfecto testamento non defendi voluntatem defuncti nisi inter liberos. Nam cùm inter liberos non testamenti iure defendatur sed tanquam vltima voluntas intestati, vt & *in §.vlt eiusd leg.& in l.vlt. C.fam.ercisc.* vt pluribus ostendimus *Dec.35.* Multò igitur minus dici potest ex testamento in scriptis quod eo iure imperfectum, & pro infecto habendum sit, conseruari voluntatem iure testamenti nuncupatiui etiam inter extraneos Quod tamen protsus consequens esset dicere, si quis cum interpretibus vellet contendere, Testamentum nuncupatiuum valere In quo hæres nuncupatus sit implicitè per relationem ad scripturam.

ERROR V.

De testatore qui certum testandi genus elegit, an ad illud se adstrinxerit.

NEque responderi potest quod Castrensis sul quodammodo immemor respondet pro Bartol. *in d. §. per nuncupationem*, Theodosium *in dict. leg. hac consultissima*, de eo testatore tractare qui se adstrinxerit ad certum & determinatum illud genus testandi in scriptis, Cùm ponat rogatos à testatore testes vt subscriptiones suas & signacula adhibeant, quæ testamentorum in scriptis propria solemnitas est. Nam cùm fateatur Castrensis quod nemo vnquam negauit, esse hanc vnam ex præcipuis solemnitaribus testamentorum in scriptis vt testium signacula & subscriptiones adhibeantur, deque iis adhibendis testes rogentur, eueniet necessariò vt nonquam possit fieri locus sententiæ interpretum, qui nuncupationem illam implicitam sufficere volunt ad validitatem nuncupatiui testamenti. Quia semper verum erit eum, qui in scriptis testatus fuerit se adstrinxisse ad certum illud testandi genus: Nisi eo demum casu, quo poneres testatorem expressim cauisse vt testamentum valeret omni meliori modo, quæ vulgaris notariorum nostri temporis clausula est, aut apposuisse iuramentum, quod æquipollere aiunt ei clausulæ, cuius eam potestatem mirabilem esse volunt, vt si quod ago non valeat vt ago, valeat saltem vt valere potest. Ita enim ex communi Doctorum sententia tradit Mantic. *lib.1. De Coniect. vlt.volunt.tit.7.numer.4.* Scilicet si constet clausulam illam non modò scriptam fuisse à notario, sed etiam dictaram & expressam à testatore, ex Paris. *consil.19. cum praced.& subseq.volum.3.*& Grammat *decis.61. num.72.* Et tamen fatetur ibidem Mantica non esse hunc casum de quo dubitant interpretes, cùm nullam omnino dubitationem recipiat: Sed illum solum quo testator nec se restrinxerit ad testamentum in scriptis, nec supradictam clausulam adiecerit, neque tamen hæredum nomina explicitè nuncupauerit, sed tantùm implicitè. Nam si testator qui neque restrinxit se ad testandum in scriptis, neque expressit vt testamentum valeret omni meliori modo, explicitè tamen voluntatem suam testibus aperuerit, Admittit Mantica *num. 6.* commu-

nem Doctorum scholam concludere testamentum vt nuncupatiuum sustineri debere si non valeat tanquam in scriptis conditum. Ratione illa quòd in dubio non sit credendus testator se voluisse restringere ad vnam tantum speciem testandi & elegisse viam per quam iudicia sua impugnarentur *arg. l. 3. D. de testam. milit.* quodque actus sic debeat intelligi vt valeat potiùs quàm pereat, *l. quoties 12. D. de reb. dub.* Denique quòd in dubio pronunciandū sit pro testamento *cap. vlt. Extr. de re iudic. l. si pater 10. De inoff. testam.* Quæ tamen rationes omnes periude locum habent si hæredis nuncupatio facta sit implicitè per relationem ad certam scripturam atque si explicitè facta esset, Cur enim vno casu potiùs quàm alio præsumamus prudentem testatorem se restrinxisse ad certum genus testandi, eàmque viam elegisse per quam testamentum euertatur? Cùm si interpretibus credimus nihil omnino referat an hæres nuncupatus sit explicitè, an implicitè, quod ad hoc, vt nihilominùs vtroque casu hæres palam nuncupatus intelligatur? Præsertim cùm nec abborreat a natura testamenti in scriptis vt hæres palam nuncupetur, si modò concurrant cætera quæ ad testamentum in scriptis sunt necessaria *dict. l. iubemus 29. C. de testam.* Non nego, eum qui subscriptiones & signacula testium adhibet, hoc ipso non obscurè voluntatem suam declarare, quòd in scriptis testari velit. Sed nego consecutionem si quis ex eo inferat, Velle igitur illum se adstringere ad certum hoc testandi genus, ne testamentum valere possit tanquam nuncupatiuum si quo casu fieri posset, vt quod iure testamenti in scriptis non valeret, iure nuncupatiui defenderetur. Nam & in specie *d. l. 3. de test. milit.* tractat Vlpianus de eo milite qui destinaverat & voluerat communi iure testari, nec eo minùs tamen ait, Non statim videri eum beneficio & priuilegio militari renunciasse, & voluisse vt neque iure militari valeret testamentum, si iure communi valere non posset. Subiicitque rationem illam perelegantem *nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda iudicia sua.* Quibus verbis ostendit *eligere* dicendum eum non qui hoc vult, aut etiam qui hoc mauult quàm illud, sed eum demùm qui hoc ita vult aut mauult, vt illud prorsus nolit. Proinde vt quis dicatur elegisse viam testandi in scriptis, non sufficit vt voluerit testari in scriptis, idque maluerit quàm testari per nuncupationem, Adeóque tametsi verbis disertis, quod magis est, id expresserit; sed illud omnino requiritur vt dicat nolle se testari per nuncupationem. Sic dicimus Eum qui facto iure testamento aliud posterius facit, Velle quidem hoc ipso reuocatum esse prius testamentum, quippe qui sciat se cum duobus testamentis decedere non posse, & tamen non ideò quisquam benè dixerit. Velle ipsum adeò se restringere ad posterius testamentum, vt prius valere nullomodo velit. Nam imò verò credendus est, non aliter reuocatum velle prius quàm si posterius valeat, quippe qui ad secundum accedat testamentum non vt decedat sine testamento, sed vt cum alio testamento, *leg. si iure 18. de leg. 3.* Ergo si ita ius esset, quomodo esse volunt Interpretes, vt idem numero testamentum possit saltem sub disiunctione valere vtróque iure, & tanquam in scriptis, & tanquam nuncupatiuum, vtque implicita quoque nuncupatio haud secus, quàm explicita prosit ad essentiam testamenti nuncupatiui constituendam: nihil certè causæ est, cur dicamus testatorē, qui coram septem testibus declarauit, velle se in scriptis testari, ob eàmque causam subscriptiones, & signacula testium adhiberi iussit, hoc ipso voluisse adeò se restringere ad certam illam speciem testandi, vt si testamentum valere non posset tanquam in scriptis factum, nec tanquam nuncupatiuum id valere pateretur, tametsi ratio iuris pati posset. Non igitur ex testatoris voluntate proficiscitur quod ait Theodosius *in d. leg. hac consultissima*, Testamentum quasi in scriptis factum si eo iure valere ob aliquas solemnitates omissas non possit, pro imperfecto iofectóque habendum esse vt consequenter nec nuncupatiui iure defendatur, sed ea mera iuris potestate quæ non patitur vt idem testamentum possit disiunctim & sub alternatiue valere & tanquam in scriptis, & tanquam nuncupatiuum. Nec rursus vt nuncupatiuum testamentum dici vllo modo possit quod implicitam duntaxat contineat nuncupationem. Idque non tantum ex supradicta Theodosij constitutione probari optimè potest sed etiam ea Iustiniani *Nouell. 127. vt sperfalit. largit. cap. 9. §. quia verò.* Vnde sumpta est *Aut. & non obseruato eo* posita *ad d. leg. iubemus. 29. C. de testam.* vbi Iustinianus scribit Euersa fuisse multorum testamenta ob prætermissam nouam illam solemnitatem quam ipse induxerat per *dict. leg. iubemus*, vt quisquis testari in scriptis vellet, proprium nomen hæredis vel manu propria scriberet, vel ore proprio coram testibus nuncupare cogeretur. Quænam enim poterat subesse ratio euertendi testamenti in quo hæredem testator ore suo nuocupauerat, tametsi aliquid ea subscriptionibus & signaculis testium deesset, quominùs valeret saltem iure testamenti nuncupatiui cùm explicita nuncupatio facta esset, Adeóque licèt non nisi implicitè facta proponeretur, si ita ius erat vt nuncupatio qualibet etiam implicita sufficere posset, ad stabiliendam vim testamenti nuncupatiui? Nam si pro ratione afferas solam voluntatem testatoris in scriptis testari volentis, iam diximus non ideò consequens fore vt beneficio testamenti nuncupatiui statim renunciare voluerit is qui testari voluerit in scriptis. *Ex d. leg. D. de testament. milit.*

ERROR VI.

De testamentorum in scriptis & nuncupatiui incompatibilitate.

Admittamus ergo, quod res est, neque posse testamentum valere quasi nuncupatiuum, quod in scriptis facere testator voluit, aut contrà, cùm sint ista planè contradictoria, Velle quem testari in scriptis, & non in scriptis, quod posttemum sit testando per nuncupationem, neque vllo casu fieri posse vt nuncupatio, quæ implicitè tantùm facta sit, maximè verò si per relationem ad aliquam scripturam constituere possit testamentum nuncupatiuum. Prætetquam in specie. *lege hac consultissima 8. C. qui testam. facer. possunt.* id est cùm agitur de testamento cæci, in quo specialiter constitutum est à Iustiniano, vt sufficiat chartulam, quam tamen cæcus ipse dictauerit, recitari à tabulario coram septem testibus, quorum subscriptiones & signacula itémque tabularij, aut si tabularius eo loco nullus sit, octaui alicuius testis subinde adhibeantur. Nam quod lex ait sufficere hoc casu vt testator suum se elogium agnoscere profiteatur, & ex animi sui quæ lecta sunt disposuisse sententia, nihil sanè aliud nisi implicitam nuncupationem significat, quam proinde hoc casu sufficere fatendum est. Sed ab eo quod specialiter in testamento cæci constitutum fuit, ad cætera cæterorum testamenta nuncupatiua argumentari nullo modo possumus, Cù vt est in vulgari nostrorū brocardico, leges speciales & correctoriæ nunquam sunt excedendę, Ne quidem ex identitate, adeóque, vt loquantur

loquuntur, maioritate rationis. Itaque frustrà erit si dicas, Nuncupationem implici tam quæ potest in testamento cæci sufficere, multo magis in alterius cuiuslibet testamento sufficere debere, in quo minor subsit suspicio falsitatis. Replicabo enim non idem in aliorum testamentis constitutum esse. Aut si eam constitutionem ad consequentias trahere velis, Easdem igitur solemnitates adhibendas fore in huiusmodi testamentis nuncupatiuis, quas in cæci testamento adhiberi Iustinus voluit: Omnes scilicet illas quæ in testamento in scriptis adhibendæ essent, & hoc amplius tabularij, aut alterius pro tabulario, testis octaui signaculum & subscriptionem: Nec enim minor cautio sufficere posse visa est ad remouendam falsi suspicionem quoties accidit vt vel testator videre testes non possit, vel testes audire nuncupationem palam ab ipso testatore faciendam. Etsi hoc quoque in Iustini lege notatu & obseruatione dignum est quod inter cæteras solemnitates requirit Iustinus hanc primam & præcipuam, vt testator ad se conuocatos testes omnes edoceat se sine scriptis testari velle, quamuis alioqui omnes eas solemnitates interuenire necesse sit, quæ in testamento in scriptis exiguntur, Ita vt si ea solemnitas prætermissa sit, non magis valere testamentum possit, quàm si qua alia prætermissa esset. Quod tamen sine ratione constitutum videretur, si tam facile esset quàm esse volunt Interpretes vt valeret testamentum tanquam nuncupatiuum etiam de quo nihil tale dictum fuisset. Exigimus itaque vt quisquis testatur, hoc primùm testes edoceat an in scriptis, an sine scriptis testari velit, quia si in scriptis testari se velle dixerit, nunquam fieri poterit, vt testamentum quod eo iure valere non potest ob aliquam solemnitatem omissam valeat iure nuncupatiui. Sicut è contrariò si testator dixerit se sine scriptis testari velle, & aliquid sit quod impediat ne testamentum iure nuncupatiui valere possit, nunquam eueniet vt defendatur iure testamenti in scriptis. Nec si testator expresserit velle se vt testamentum suum valeat omni meliori modo, aut etiam apertiùs, quomodo nostri temporis Notarij exprimere solent, Velle se vt si testamentum non valebit iure testamenti in scriptis, valeat iure nuncupatiui. Nec enim eius clausulæ effectus vllus esse potest, ne quidem ex voluntate testatoris Inter contradictoria, cuiusmodi hæc esse suprà diximus. Testari in scriptis, & sine scriptis: Nec quod testamentum nuncupatiuum possit recipere omnes solemnitates testamenti in scriptis vt *in d.l.hac consultissima 8.C.qui testam fac.poss.* aut testamentum in scriptis recipere etiam solemnitatem apertæ & explicitæ nuncupationis, *d.l. iubemus 29.C.de testa.* ad rem quicquam facit, vt ideò testamentorum toto genere distinctorum iura confundi oporteat. Differentia enim quæ est inter hæc testandi genera non tam ex adhibitis solemnitatibus æstimanda est, si adhibendi necessitatem tollas (nam quæ in testamento in scriptis, non eædem in testamento nuncupatiuo necessariæ sunt aut contrà) quàm ex voluntate & electione testatoris: Qui sicut vtram velit testandi viam eligere potest, ita vnam eligendo alteram sibi præcludit necessariò, nec facere potest vt non se adstringat ad certum illud genus testandi quod elegerit. Neque simile est quod suprà diximus de milite, qui cùm posset testari iure militari, maluit testari iure communi: Quem constat non ideò se adstrinxisse ad genus illud testandi, vt si testamentum iure communi valere nequeat, ideò minùs iure militari defendatur. *d.l.3.de testam.milit.* Non enim contradictionem implicat, vt quis velit iure communi testari, & in subsidium, si testamentum eo iure valere non possit, velle etiam testari iure militari, Quia testamentum militare non differt genere aut specie à cæteris testamentis, sed tantùm priuilegio, cùm omnia militaria testamenta necesse sit vel in scriptis fieri, vel sine scriptis. At manifestam implicat contradictionem vt quis & in scriptis, & sine scriptis testari velit, quemadmodum pluribus à nobis probatum est *in Errore nono, Decad. 36.*

ERROR VII.

De potestate clausulæ codicillaris in fauorem legitimi hæredis, & cur minùs possit clausula omni meliori modo, vt testamentum ex scripto fiat nuncupatiuum.

OBijciet fortasse aliquis nec insubtiliter, non minùs implicare contradictionem, vt quis velit & testatus decedere, & intestatus in totum, Nec eo minùs tamen posse fieri per clausulam codicillarem, vt si testamentum valere non possit, defendatur voluntas ab intestato iure codicillorum, vt *in l. Lucius 88. alias l.codicillis § vlt.de legat.2. leg.1. D.de iur.codic. l.vlt. C.de codicill. l.generaliter.24.§.ex testamento D.de fideic.libert. l.5.C.eod.* Quidni ergo similiter licebit facere saltem per adiectam expressim clausulam, *omni meliori modo*, vt testamentum quod valere non potest tanquam testamentum in scriptis, valeat tamen iure nuncupatiui? Respondeo longe dissimilem esse istorum rationem, quia etiamsi maximè quis testatus decedere velit, fieri tamen facilè potest vt inuitus decedat ab intestato, siue quod testandi facultatem & testium fortè copiam non habuerit vt *in l. conficiuntur 8. §. 1. D.de iur.codic.* siue quòd aliquid omiserit ex solemnibus, Nemo enim facere potest quin leges in suo testamento locum habeant, *vulg.l.nemo potest 55. de leg.1.* Idcòque prudenter facit paterfamilias, qui vt sibi suæque voluntati aduersùs tale periculum prospiciat adiubet in testamento clausulam codicillarem, vt in eum casum quo testamentum non valeat, etiam ab intestato, & eo quo fieri potest modo, voluntas conseruetur. Quod cum facit non ideò tamen moritur intestatus, quia voluit, sed quia nullum condidit sitis iustum testamentum. Neque enim cuiusquam voluntatem lex requirit vt is moriatur intestatus. Neque testator hic voluntatem legis ad suam accommodat, sed quod necessarium est, suam potiùs ad legis voluntatem. At nemo siue in scriptis, siue per nuncupationem, & absque scriptis testatur inuitus, sed is demùm qui sic voluit. Nec rursus quemadmodum lex dat legitimum hæredem inuito, si non priùs condito rite testamento anteuertat ille potestatem legis, Ita dici potest, cuiusquam testamentum aut in scriptis, aut sine scriptis fieri per legem, quamuis testamenta omnia quoquomodo facta fuerint, necesse sit, ad hoc vt valeant, confirmata per legem esse, *l.lege obuenire 130.de verborum significatione.* Testator enim ipse est qui testatur & testando legem facit, non lex quæ subsequitur tantùm & confirmat iustam defuncti voluntatem. Vnde fit vt testamentum, quod quis facere voluit, aut in scriptis, aut sine scriptis, lex confirmet eo tantùm iure ac modo, quo factum est: non alio quo factum non est, licèt fieri potuerit, tametsi hoc quoque testator velle se expressent. Debétque sibi testator imputare, si cùm sciret aut scire deberet, nullam se nisi ex legibus testandi facultatem habere, aliter tamen testatus est quam testari ex legibus debuit, siue in scriptis, siue absque scriptis testari voluerit.

Non

Non enim vtroque modo teſtandi facultatem habuit à lege, vt vtroque teſtamenti genere ſiue coniunctim, ſiue diſiunctim vteretur, ſed vt eligeret, atque vt eligendo ad certam illam & electam teſtandi ſpeciem ſe adſtringeret, exemplo eius, quod de variis actionibus legatorum nomine legatario conceſſis ſcriptum eſt *in l. cùm filius 76. §. variis de legat 2.* Non ea mente datas eſſe legatariis plures actiones vt pluribus ſimul vti poſſint, ſed tantùm vt laxior eis facultas agendi ſit, poſſintque ex vna quæ interim fuit electa, legatum petere. Nam nec neceſſitas vlla eſt permittendi, vt quis poſſit iiſdem verbis & in ſcriptis & ſine ſcriptis teſtari, cùm apud ſe priùs deliberare ac inſpicere debeat, qui teſtaturus eſt, an ſolemnitates omnes adhibere poſſit quæ in hoc, aut in illo teſtandi genere deſiderantur, & vtro modo teſtari magis ſibi expediat. Quis enim cogebat eum teſtari in ſcriptis, ſi videbat poſſe ſe tutiùs teſtari ſine ſcriptis & per nuncupationem? An non ſatis eſt, patere illi viam quam ipſe elegerit? *l. ſi mulier 21. §. vltim. D. quod met. cauſ. leg. vlt. Cod. de codicill. l. quod in herede 9. §. eligere, D. de tribut. act.* Proinde non tam vtitur poteſtate ſibi à legibus data, quàm abutitur is, qui expreſſim profitetur teſtari quidem velle ſe in ſcriptis, ſed ita tamen vt ſi eo iure teſtamentum valere non poterit, valeat iure nuncupatiui, aut etiam contrà. Nec eſt quod talem voluntatem lex confirmet eius hominis cui leges ipſæ ludibrio eſſe videantur, *arg. l. vltim. §. vlt. C. de bon. quæ liber.* quíque inuocando leges vt eo modo quem elegerit ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem teſtari poſſit, leges tamen contemnat, non adhibendo eas ſolemnitates quas adhiberi leges volunt ab omnibus, qui eo modo teſtantur, *arg. l. auxilium 37. in fin. D. de minor.* Denique quoties de teſtamentis agimus quæ non à ſola teſtatoris voluntate, ſed à legum authoritate potiſſimùm pendent, non tam inſpiciendum eſt quid teſtator voluerit, quam quid ſecundùm leges velle & potuerit & debuerit. Nec ipſi diffitentur Interpretes, Non poſſe quem ita velle teſtari ſimul & in ſcriptis, & ſine ſcriptis, vt vtroque iure teſtamentum defendatur. Nos verò hoc tantùm addimus, Non poſſe fieri ne quidem ex teſtatoris expreſſa voluntate, vt teſtamentum tanquam in ſcriptis factum ſi eo iure non valeat, ſuſtineatur tanquam nuncupatiuum, Aut è conuerſo vt quod quaſi nuncupatiuum factum eſt defendatur iure teſtamenti in ſcriptis eo caſu quo eueniat ex aliqua cauſa ne iure nuncupatiui valere poſſit, Alioqui eſſent ſtulti teſtatores omnes qui præfatentur ſe hoc vel illo modo teſtari velle, cùm eſſet ſemper tutius vtroque teſtari. Et parum prouidi fuiſſent prudentes noſtri veteres qui ex duplici illo teſtandi genere ſpeciem vnam teſtamenti expeditiorem & tutiorem non induxiſſent, quemadmodum ex triplici iure, legis ſcilicet duodecim tabularum, Edicti prætorij, & Conſtitutionum Imperialium ius teſtandi in ſcriptis compoſuerunt teſte Iuſtiniano noſtro *in Titul. de teſtam. ordin.* Sed animaduerterunt illi prudentiſſimè, Ridiculum eſſe teſtatorem & indignum planè cui faueatur qui electa vna teſtandi via, ſubinde ad aliam decurrat, quamuis non niſi ſub illa conditione, ſi contingat teſtamentum non valere eo iure quo teſtari voluit: Cùm non niſi per eum ſtet quominùs valeat eo iure ſcilicet quia non adhibuit requiſitas ſolemnitates quas adhibere vtique potuit. Nam ſi non potuit, tantò indignior eſt cui ſubueniatur, non ob id ſolùm quod ex legibus contra leges teſtari voluerit, ſed etiam quòd eum aliam teſtandi viam quæ ex legibus obuia patebat, eligere primùm poſſet, neglexit tamen, & aliam ſibi præcluſam fruſtrà eligere maluit. Planè ſi poſt electam teſtandi viam vnam, vt purà in ſcriptis, malit poſtea teſtari per nuncupationem quaſi mutata voluntate, Non negamus id ei licere, ſed alio in eam rem teſtamento opus eſſe contendimus. Nec niſi vnum & idem numero teſtamentum & tanquam in ſcriptis & tanquam nuncupatiuum valere nullomodo poſſe defendimus.

ERROR VIII.

De clauſula, Omni meliori modo, *an ſuppleat omnes defectus ſolemnitatis, & incapacitatem teſtantis.*

EX iis quæ proximè diximus, apparet quàm falſum ſit quod omnes Interpretes noſtri non ſolùm pro vero, ſed etiam pro indubitato habent, Teſtamentum quod tanquam ſolemne & in ſcriptis factum ſit ſi eo iure ob aliquam ſolemnitatem omiſſam valere non poſſit, defendi tanquam nuncupatiuum, cùm in eo appoſita eſt clauſula, *Omni meliori modo.* Quod ex aliorum non minùs quam ex ſua ſententia tradit Mantica *lib. 1. De coniect. vlt. volunt. tit. 7. nu. 4.* Nam ſi ne tum quidem fieri hoc poteſt cùm teſtator expreſſim cauit, vt valeret teſtamentum tanquam nuncupatiuum ſi tanquam in ſcriptis valere non poſſet, propter incompatibilitatem nimirum iuris ac voluntatis, quemadmodum modò diſputauimus, Quantò minùs admittendum eſt, vt hunc effectum habere poſſit clauſula illa, *Omni meliori modo*, quæ nihil tale continet niſi per interpretationem? Prius enim eſt vt quæramus, An poſſit teſtator aliquid velle, quam vtrùm id ipſum voluerit, aut dixerit. Certum autem eſt neque clauſulam illam, *Omni meliori modo*, neque codicillarem, aut aliàs huiuſmodi ſi quæ ſunt ſupplere poſſe defectum voluntatis, ſed tantùm ſolemnitatis vt tractant noſtri, *ad l. Lucius 88. aliàs l. codicillis § vlt. de l. 2. & ad l. 1. D. de iur. codicillor.* ſiue voluntas deficiat ex parte teſtantis, ſiue propter prohibitionem iuris tali voluntati reſiſtentis. Nihil enim eſt quod minùs velle quis dici poſſit, quam quod etiamſi maximè velit, velle tamen non poſſit, cùm id omne quod lex fieri prohibet pro impoſſibili habeatur, *l. filius 15. D. de condit. inſtitut.* Sed neque ſolemnitatum omnium defectum ſupplere poſſunt huiuſmodi clauſulæ. Nam & interpretes ipſi fatentur poſt Bartolum *ad l. illud 13. § tractant D. de iur. codicillor.* nunquam ex iis ſuppleri defectum ſolemnioris voluntatis. Finge teſtatorem qui id agebat vt per nuncupationem teſtaretur, expreſſim diſpoſuiſſe vt omni meliori modo valeret teſtamentum, ſi iure nuncupatiui valere non poſſet. Non idcirco poterit defendi tanquam teſtamentum in ſcriptis, nec ſi ponas omnes in eo ſolemnitates interueniſſe, quæ in teſtamento in ſcriptis interuenire debuerunt, ſolámque hæredis nuncupationem defuiſſe quæ in teſtamento nuncupatiuo tam neceſſaria, quam in teſtamento ſolemni ac in ſcriptis non neceſſaria eſt: Nimirum quia longè maior ſolemnitas in teſtamento in ſcriptis quàm in nuncupatiuo requiritur, nec credibile eſt teſtatorem qui huiuſmodi clauſulam adiecit vt ſolemnitates ſuppleret quarum defectum in eo actu verebatur, cogitaſſe de alia voluntatis ſpecie quæ plures maioréſque ſolemnitates exigeret. Quod in codicillari clauſula minorem certè habet dubitationem. Huius enim clauſulæ nomen ipſum oſtendit, non aliam eſſe voluntatem eius qui in ſuo teſtamento eam adhibet, quàm vt ſi teſtamentum valere non poſſit iure teſtamenti, defendatur iure codicillorum:

&

& consequenter iure voluntatis minùs solemnis, cùm nullam iuris solemnitatem codicilli desiderent, nisi quod numerum quinque testium requirunt post Theodosij constitutionem *in l. vltim. C. de codicill.* quæ hoc ius primùm induxit, à Iustiniano posteà confirmatum *in l. cum antiquitas 28. ad fin. C. de testament.*

ERROR IX.

De codicillis factis per nuncupationem.

Illud quoque, ni fallor, à Theodosio inductum est *in dict. leg. vltim.* quòd possint codicilli fieri tam sine scriptis quàm in scriptis cùm toti iurisprudentiæ veteri fuisset incognitus vsus & inauditum nomen codicillorum sine scriptis & per nuncupationem factorum, vt iam in præcedentibus non semel diximus, repugnante scilicet nomine ipso codicillorū propriáque nominis significatione. Quia codicilli ex tabulis ceratis illitis fiebant, sic dicti quasi per diminutionem quòd breuiores essent codicibus vt in sinu gestari possent, & ad differentiam testamentorum quæ in tabulis grandioribus scribebantur, vt notat Francisc. Hotom. *ad instit. de codicill.* Vt proinde tam ineptum sit dicere Codicillos aliquos fieri sine scriptis & per nuncupationem, quàm si quis non testamenta sed testamentorum tabulas distingueret in eas quæ in scriptis fierent, & eas quæ sine scriptis & per nuncupationem Quod omnino ridiculum esset, Tabulas enim testamenti quoties dicimus, testamentum in scriptis semper intelligimus: Nunquam verò testamentum nuncupatiuum, quippe quod tabularum vsum non modò non exigit, sed nec admittit. Ideóque nimirum Marcianus *in l. Diui 6. §. codicillos eod. tit. de iur. codicill.* mouet non esse necesse codicillos scribi manu ipsius codicillantis, vt significet necesse tamen esse vt scripti fiant. Et *in l. 3. eod. tit.* bene Vlpianus, *plerique pagani solent*, inquit, *cùm testamenta faciunt per scripturam, adijcere velle se hoc etiam vice codicillorum valere.* Cur verò per *scripturam?* Nisi quia testamentum nuncupatiuum cùm fiat sine scriptura non potest valere iure codicillorum qui scripturam omnimodo Vlpiani temporibus exigebant. Ideóque dubitandum non est quin hodie possit is quoque qui per nuncupationem testatur adiicere clausulam codicillarem, postquàm Theodosio placuit vt etiam sine scriptis fieri codicilli possint. Sed & illud noui à Theodosio inductum est *in d. l. vlt an fin. C. de codicill.* vt quinque testes illos quos in codicillis adhiberi voluit, cùm anteà nulli requirerentur eodem tempore adesse & interuenire necesse sit, adeóque subscriptiones suas accommodare cùm codicilli in scriptis fiunt: Ad exemplum scilicet testamenti in scriptis. Postquam constitutionem negari sanè non potest quin aliquam eámque satis magnam solemnitatem ordinationis codicilli desiderent, præsertim si in scriptis fiant, nec satis mirari possum quod in contrarium Iustinianus scribit *in §. vlt. Inst. de codicill.* Nisi quòd toto illo tit. tractat de codicillis accommodatè ad ius vetus, quod haud dubiè tale erat vt nulla penitus solemnitas in codicillis præter scripturam exigeretur, dummodo scripturæ fides constaret: nec meminit constitutionis Theodosianæ quæ prima, vt diximus, hoc ius nouum fecit. Vtut sit illud etiam hodie verum manet longè minorem solemnitatem in codicillis requiri quàm in testamento siue in scriptis, siue nuncupatiuo, siue numerum testium respicias, qui maior in testamentis adhibendus est, siue qualitatem, cùm neque masculos, neque rogatos esse in codicillis necesse sit, quomodo in testamentis. Itaque tametsi non possint hodie codicilli opponi testamento tāquam voluntas nō soléris solemni, vt olim, opponi tamen possunt tāquam voluntas minùs solemnis magis solemni. Quod sufficit vt per clausulam codicillarem possit iure codicillorum conseruari voluntas, quæ testamenti iure defendi non potest: Siue ex testamento aliquo præcedente, siue ab intestato tantùm codicilli facti videantur.

ERROR X.

In quo potentior sit clausula Omni meliori modo, quàm codicillaris, aut in quo infirmior.

Neque minorem clausulæ *omni meliori modo* potestatem esse fatendum est, ad supplendum solemnitatis defectum hactenus vt voluntas solemnior quæ tanquam talis valere non potest, saltem tanquam minùs solemnis conseruetur. Imò plus, potest clausula *omni meliori modo* hac parte, quam codicillaris, quoniam codicillaris si sola sit nec aliam comitem habeat, quomodo habet plerùmque ex hodierno stylo notariorum, nihil aliud facere potest nisi vt testamentum conuertatur in codicillos, & institutio directa in fideicommissum. At illa *omni meliori modo* potest voluntatem conseruare etiam iure donationis causa mortis si eo iure possit valere voluntas, quæ nec codicillorum iure valere posset. Quod tamen quonam demùm casu contingere possit, difficile videtur dicere. Siquidem nec minore quàm quinque testium numero vnquam contenta est donatio causa mortis, si nostris credimus *ad leg. vlt. C. de donat. caus mort.* & hoc amplius exigit præsentiam donatarij quam codicilli non requirunt *l. inter mortis 38 D. eod.* Quomodo igitur fieri potest vt iure donationis causa mortis valeat illa voluntas, quæ nequeat valere iure codicillorum? Maximè verò cùm placeat donationem non minùs quam codicillos speciem vnam constituere vltimæ voluntatis. *ex d. l. vlt. C. eod.* Sed habent interpretes, quod respondeant, allato exemplo de filio familias testante cum authoritate & consensu patris. Nam constat non posse huiusmodi testamentum valere iure testamenti quia lex duodecim tabularum, quæ testandi facultatem ciuibus Romanis dedit, de solo patrefamilias non etiam de filio familias locuta fuit *leges qui in potestate 6. D. qui testament. facer. poss.* Nec rursus iure codicillorum, quia certum illud quoque est non alium posse codicillos facere quàm qui testari etiam posset *lege. Diui 6. §. codicillos lege conficiuntur 8. §. codicills D. de iur. codicill.* Et tamen volunt omnes defendi hanc filijfamilias voluntatem iure donationis causa mortis, non solùm si filiusfamilias testator id nominatim expresserit, qui casu minorem aut potiùs nullam penitus dubitationem apud eos habere creditur, sed etsi simpliciter & generaliter dispostuerit vt valeat testamentum omni meliori modo, si tamen concurrant cætera quæ ad mortis causa donationem necessaria existimantur, id est sufficiens numerus testium & præsentia donatarij. Quòd si ita est, latiùs hercle patet clausula *omni meliori modo* quam codicillaris, de qua nemo dubitat quin supplere nequeat incapacitatem, quæ sit in persona testantis, vt tractant omnes *ad d. lege 1. D. de iur. codicill.* Nempe quoniam, vt diximus, paris eiusdémque potestatis est licet dissimilis voluntatis testamentum & codicillos facere posse. At secundum interpretes fieri potest donatio causa

cauſa mortis etiam ab eo qui teſtari non poſſit: cùm extra omnem ſit dubitationem poſſe filium familias donare cauſa mortis ſi modò conſenſus patris accedat *l. tam is 25. §. filius familias D. de mort. cauſ. donat.* Mihi tamen traditio hæc non modò ſuſpecta, ſed etiam falſa ſemper viſa eſt Nec enim magis fieri poſſe arbitror, vt ſiue filius familias, ſiue quiſquis alius teſtari non poteſt, poſſit donare cauſa mortis, quàm decedere cum codicillis aut alia qualibet vltima voluntate, nec ſi interueniat conſenſus & authoritas patris: Quia cùm vltima quælibet voluntas egeat legis confirmatione ad hoc vt poſt obitum diſponentis valere: atque effectum habere incipiat, nulla poteſt eſſe hac parte inter vltimas voluntates differentia, ſempérque verum eſt nulla vnquam lege permiſſum eſſe filio familias vt poſſit decedere cum aliqua ſpecie vltimæ voluntatis. Et longè alia Iureconſulti ſententia eſt *in d. §. filius familias*, vbi non de alia donatione tractat, quàm quæ facta ſit à filio familias ex peculio profectitio de conſenſu patris, ac proinde quæ non tam à filio ipſo mortis ſuæ cauſa, quàm à patre mortis cauſa filij facta eſſe videatur, quemadmodum pluribus à nobis tractatum & comprobatum eſt *in Error 7. & ſeq. Decad. 43.* Non igitur caſus vllus dari poteſt, in quo clauſula *omni meliori modo* magis quàm clauſula codicillaris ſuppleat incapacitatem teſtantis. Quin etiam ſi verum amamus, facilius eſt vt clauſula codicillaris quàm vt clauſula *omni meliori modo* conſeruet voluntatem iniuſto & inutili teſtamento declaratam. Qui enim vult teſtamentum ſuum valere omni meliori modo, vtique nihil aliud exprimit quàm vt teſtamentum valeat omni eo meliori modo qoo teſtamentum valere poteſt, puta vt ſi non valeat iure communi valeat iure militari, *vt in l. 3. D. de teſta. milit.* aut ex alio priuilegio, fortaſſis teſtamenti inter liberos, aut ruri, aut peſtis tempore facti. Itémque ſi Interpretibus noſtris plus quàm ioris rationi tribuas, Vt teſtamentum ſolemniter & in ſcriptis conditum ſi eo iure valere non poſſit valeat tanquam nuncupatiuum, vtrumque enim teſtamentum eſt, niſi teſtandi modo & iure iſta differunt. Cæterùm vt is qui teſtamentum ſuum omni meliori modo valere voluit illud etiam voluiſſe videatur vt valeat iure codicillorum, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato factorum, non magis fieri aut dici poteſt, quàm vt teſtamentorum & codicillorum nomina iuráque confundantur: quod nunquam ferendum eſt *l. ſi idem 7. C. de codicill. §. codicillis inſt. eod.* At is qui in teſtamento non ſatis ſolemni clauſulam codicillarem adhibent non ſolùm apertiſſimè ſed etiam aptiſſime ſignificat velle ſe non modò teſtamentum facere, verùm etiam codicillos, ſi teſtamentum teſtamenti iure quo factum eſt valere non poſſit: In quo nihil abſurdi aut contradictionis eſt, niſi fortè cum interpretibus noſtris tam malè loqui velis vt dicas, teſtamentum ſuſtineri per clauſulam codicillarem, quaſi verò poſſit facere clauſula codicillaris vt teſtamentum valeat iure teſtamenti, ac non potiùs vt teſtamentum conuertatur in codicillos & inſtitutio in fideicommiſſum *l. quærebatur 19. De teſtam. milit. d. l. vlt. C. de codicill.* Quid ergò? Voluntas quæ teſtamento minùs ſolemni declarata fuerat, conſeruatur per clauſulam codicillarem, ſed iure codicillorum non teſtamenti, atque ita ſemper verum eſt euerti periodéque nullius momenti eſſe teſtamentum, in quo appoſita eſt clauſula codicillaris, acſi appoſita in eo non fuiſſet. Idque nos etiam alio huius Chiliadis loco iam docuimus. Quemadmodum & illud quod tamen hic repetere non piget, non tantam vim eſſe debere huiuſmodi clauſularum, quantam eſſe volunt interpretes. Cùm vt plurimùm neque dictantibus teſtatoribus, neque ex ipſorum aperta expreſſáque voluntate teſtamentis inferantur, ſed ex notariorum ſtylo, non ſolùm etiamſi de eo nihil teſtator dixerit, ſed etiam quod abſurdius eſt, etiam ſi talis teſtator proponatur qui clauſularum iſtarum, neque vim, neque vſum intelligat, quam vix notarij ipſi ſi paucos ex iis excipias bene percipiunt. Quomodo autem fieri poteſt vt ignorantis voluntas aliqua eſſe intelligatur? Quare non ſine cauſa ex ipſis quoque interpretibus plerique diſtinguunt. An dictante ipſo teſtatore huiuſmodi clauſulæ inſertæ ſint, an ex ſtylo tantùm & de capite notarij, vt loquuntur, ſicuti diximus in ſuperioribus ex Mantic. *li. De coniect. vlt. volunt. tit. 7. num. 5.* poſt Paris. *conſ. 59. & ſubſeq. vol. 3.* Grammat. *decif. 62. numero 75.* Quamquam multò ſatius eſſet omnibus iſtis dubitationibus & diſtinctionibus viam præcludi, reuocato velut per poſt liminium iure illo quod prudentum noſtrorum & Imperatorum temporibus ſemper obtinuit, vt non alia teſtamenta valerent quàm quæ vel in ſcriptis ſolemniter, vel apud acta, vel coram Principe facta eſſent, vel ſine ſcriptura quidem & per nuncupationem, ſed ita vt per ſolemnem teſtium numerum, non vt paſſim hodie fit, per ſolam notarij ſcripturam, quamuis publici inſtrumenti fide munitam, quæcunque à teſtatore dicta & nuncupata eſſent, probari oporteret.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Septuagesima.

ERROR PRIMVS.

De negligentia hæredis rogati restituere hæreditatem. Ad leg. mulier 22. §. sed enim D. ad SC. Trebellianum.

ADMITTVNT quidem Interpretes omnes, quod verissimum est, hæredem rogatum de restituenda hæreditate non teneri de leui culpa, sed tantùm de dolo, culpáque lata quæ dolo proxima sit. Ita enim ex Neratio scribit Vlpianus *in l. mulier 22. §. sed enim ad SC. Treb.* Vbi ex hoc infert si serui decesserint, vel aliæ res perierint, non cogi eum reddere, quod non habeat. Sed tamen errant vulgò in eo interpretando, quod sequitur apud Vlpianum eodem loco. *Sed etsi eam distrahere deberet non fecit, lata culpa, non leui, & rebus suis consueta negligentia, huiusmodi rationem reddet.* Sic enim post Accursium intelligunt, vt fideicommissario teneatur hæres etiā illius negligentiæ nomine quàm in rebus suis adhibere consueuerit si modò ea sit magna, propterea quòd, inquit Accursius, negligentia quæ in propriis rebus culpanda & reprehendenda, in alienis punienda ac coercenda est, *l. si constante 24. §. si maritus. solut. matrim.* Hoc verò primum est, in quo mihi videntur errare. Nam neque de magna magis quam de leui negligentia Vlpianus supradictis verbis loquitur, Neque quantacunque negligentia sit hæredis in conseruandis rebus hæreditariis, eius rationem reddere vllam debet, si probetur æquè negligens in rebus suis. Leuis enim culpa illa est, si quis minorem quam circumspectiores homines diligentiam in rebus suis adhibere solitus, non minorē tamen in alienis quàm in suis adhibeat, *§. item is cui Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Nec repugnat Vlpianus *in d. § sed enim* Sunt namque verba quæ retulimus sic accipienda, vt dictio, *leui*, non ad culpam referatur ad differentiam latæ de qua sunt præcedentia, sed ad negligentiam de qua sunt quæ statim sequuntur, ac si scriptum esset paulò clariùs, *non leui negligentia, & rebus suis consueta*, vt sint ista quodāmodò synonyma, Leuis negligentia hæredis, & ea quæ ipsi in suis rebus consueta est. Error Accursij fuit quòd putauit verba illa, *leui culpa*, apposita esse, vt latæ culpæ opponerentur, de qua dictum fuerat affirmatiuè per ablatiuos eos absolutos, *lata culpa*, quæ distinguenda sunt per virgulam ab iis quæ immediatè præcedunt, *si eam distrahere deberet non fecit*, supplendo, *idque*, aut quid aliud simile, vt appareat orationem esse affirmatiuam, quæ ponat latam culpam, non quæ illam excludat. In hunc sensum, *si hoc ipsum quod non distraxit, cum distrahere deberet fecerit per latam culpam, non per consuetam rebus suis, id est, per leuem negligentiam.* Nam & qui non facit quod facere debet, facit hoc ipso contra id quod facere debet, vt est in iuris regula, *l. qui non facit 121. D. de reg. iur.* Secundùm quam interpretationem nemo non videt adiectionem illam, *& rebus suis, consueta negligentia*, quam Accursius accepit pro affirmatiua, negatiuè sumendam esse, cùm regatur ab ea ipsa negatione quæ præcedit dictionē, *leui*, ac proinde hanc Vlpiani esse sententiam, vt si hæres cessauerit in distrahendis rebus hæreditariis, quæ posteà perierunt, & ea cessatio non aliam causam habuerit, quàm quòd in suis quoque rebus ita negligens esse consueuisset, non debeat huius culpæ rationem reddere, tanquam quæ non possit dici, nisi leuis culpa & non lata, quantacunque fuerit negligentia. Sequitur apud Vlpianum, *sed etsi ædes vstæ sunt culpa eius, reddet rationem.* vbi benè additum est *culpa eius*, quia licèt vix sit vt incendium fieri possit sine culpa inhabitantium, *l. 3. §. 1. de offic. præfect. vigil.* fieri tamen facilè potest sine culpa patrisfamilias, *l. si vendita 10. D. de peric. & commod. rei vendit. l. si modò nulla 59. de leg. 1.* Quo casu non esset æquum teneri hæredem ex facto & culpa fortassis seruorum hæreditariorum, quos vendere aut permutare etiam vt meliores compararet, nec potuit, nec debuit. Addit Vlpian. *Præterea si qui partus extant & partuum partus, quia in fructibus hi non habentur.* Hoc verò non habet dubitationem si cum Interpretibus sic intelligas vt & partus & partuum partus venire debeant in restitutionem, quia non sunt in fructibus, *l. vetus quæstio 68. D. de vsufr. l. in pecudum 28. D. de vsur.* qui si in fructu essent, vtique in restitutionē non venirent, *l. in fideicommissaria 18. D. ad SC. Treb.* Sed cùm in toto hoc §. non de illo quærat Vlpianus quid veniat in restitutionem, aut quid non veniat ex iis rebus hæreditariis quæ extant, sed è contrario si res hæreditariæ aliquæ perierint an restituere debeat hæres id quod non habet, & cuius culpæ rationem reddere, Facilè suspicor mendum subesse in hoc versic. & legendum *erant* pro *extant*. Hoc sensu vt si in hæreditate partus aliqui erant, & partuum partus, qui decesserint aut alio modo perierint, cùm eos distrahere debuisset hæres, & neglexisset non per leuem & rebus suis consuetam negligentiam, sed per latam culpam, eorum quoque nomine rationem culpæ reddere debeat. Ratio enim illa optimè congruit, *quia in fructibus hi non habentur.* Nam si in fructibus essent, adeò pleno iure ad hæredem pertinerent, vt etiamsi per latam ipsius culpam periissent, nihil tamen eo nomine hæredem præstare oporteret, quandoquidem tametsi nihilomagis restituerentur, *d. l. in fideicommissaria.* At quia non sunt in fructibus quemadmodum restituendi essent si extarent. Ita si perierint distinguendum necessariò est, an perierint lata culpa hæredis an leui, vt priore casu teneatur hæres culpæ reddere rationem, quia si distraxisset non æquè periissent eorum pretia, *l. item si verberatum 15. in fin. D. de rei vindic.* Posteriore verò casu non teneatur. Cæterùm si ponas extare, nihil est de quo quæri possit an eius nomine rationem culpæ reddere hæres debeat, de quo tamen solo Vlpianus hîc quærit. Subijcitur apud Vlpianum, *sed & ipse si quem sumptum fecit in res hæreditarias, detrahet.* Quibus verbis significat Vlpianus præcedentia omnia eò tendere, vt hæres oneretur, & in hoc primùm versiculo incipere tractari de commodo hæredis, vt sciatur non quid præstare debeat, sed quid

possit detrahere. Ex quo confirmatur tantò apertiùs verum esse quod modò diximus, superiorem versiculum de iis partubus intelligendum non qui extent, sed qui extare desierint post neglectam lata culpa eorum distractionem. Qui enim extant licèt restituendi sint fideicommissario, tanquam qui sint in fideicommisso, hoc ipso quòd non sunt in fructibus, nullo tamen incommodo præstantur, nec si potuerint & debuerint distrahi, culpa tamen aliqua in eo punitur, quia neque vllum ex ea culpa damnum fideicommissario contingit, cui partus ipsi partuúmque partus restituuntur. At cùm partus perierunt, quærendum necessariò est cui perierint, ac proinde an culpa aliqua hæredis intercesserit, & si qua intercesserit an talis ea sit cuius ratione reddere hæredem oporteat, id est an lata sit an leuis. Porrò si quem sumptum hæres fecerit in res hæreditarias, dubitari non potest quin æquum sit, vt eum detrahat, id est vt tanto minus ex hæreditate restituat. Nam & cuilibet iusto possessori qui petitione hæreditatis a vero hærede conuenietur, idem tribuendum esset *l. si quid possessor 31. §. sicut autem D. de hæred. petit.* Hic autem plus quam bonæ fidei possessor est cum sit hæres & dominus, nec solum ante, sed etiam post restitutam quoque hæreditatem *§. restituta Inst. de fideic. hæred.*

E R R O R II.

De emendatione vers. quod si sine dict. § sed enim, Et de sumptibus factis ab hærede ad conseruandas res hæreditarias ad legem vbi purè 19. § vltimo ad Senatusconsultum Trebellianum.

POstremum quod in hoc §. sequitur illud est *Quod si sine facto eius prolixitate temporis ædes vsu acquisitæ sint æquissimum erit nihil eum præstare cum culpa careat.* Hic autem versiculus est qui mihi corruptissimus videtur, & interpretatione potissimùm indigere, simulque emendatione. Primùm, quia non sine facto hæredis acquiruntur alteri res hæreditariæ, quæ vel vsu acquiruntur, vel longa possessione acquiruntur. Facit enim aliquid hæres, qui negligens est in vsurpanda vsucapione, quam vsurpare & interrumpere deberet, *l. qui non facit 121. De reg. iur.* Adeò vt alienare dicatur Is quoque qui patitur vsucapi, *l. alienationis 28. de verb. signif.* Tertiò, quæ secunda mea ratio est, aptari ad hunc casum non potest ratio illa quam affert Vlpianus vt probet nihil debere eo casu hæredem præstare, quòd culpa careat. Non enim culpa caret cui tanta tamque damnosa negligentia imputari potest, cùm potuerit & debuerit esse diligentior ad impediendam vsucapionem. Tertiò non possunt ista simul stare vt ædes & prolixitate temporis & vsu acquisitæ sint. Vsu enim acquisitas esse nihil aliud est quàm esse vsucaptas. Vsucapio autem si ius Pandectarum inspicias, quod Vlpiani temporibus obtinebat, non prolixitatem temporis exigit sed biennio concluditur, quod non magis prolixum quàm longum tempus dici potest. Nihil enim inter hæc distat, & vtroque nomine significatur decennium inter præsentes, & vicennium inter absentes, *l. super longi t. C. de præscript. long. temp. l. vnic. C. de vsucap. transform. iunct. l. si vna fideicommissa 16. § Arr io. quib. C. à quib. manu. liber. non sunt.* Rursum si è contrario velis hunc locum intelligere de ædibus non vsucaptis sed longa possessione acquisitis, præter verba illa, *prolixitate temporis*, facies vt non satis propriè ac parùm recè locutus sit Vlpianus, cùm dixit eas vsu acquisitas. Non enim sicut per vsucapionem ita per longi temporis possessionem acquirebantur olim dominia, sed tantùm exceptio ad elidendam vindicationem, quæ exceptio eam ob causam præscriptio longi temporis appellabatur *d. l. super longi & tot. tit. De præscript. long. tempor.* facit *l. penult. de mor. infer.* iunct. *l. . eod. l. sunt personæ 43. de relig. & sumpt. funer.* Primusque Iustinianus fuit qui contrarium ius induxit transformata vsucapione in longi temporis possessionem, & vtriusque iuribus permixtis *in l. vnic. C. de vsucap. transform.* His nimirum tot rationibus victus cogor dicere loqui Vlpianum in hoc versiculo de ædibus non vsucaptis aut longo tempore possessis, sed sola temporis prolixitate absumptis, & pro *acquisita*, reponendum esse *absumpta*, delendamque dictionem *vsu*, tanquam ineptissimam, additamque ad interpretanda illa verba *prolixitate temporis*, cum vulgatæ lectionis mendum iam inualuisset, ac legi cœpisset *acquisita* pro *absumpta*. Quasi paria sint ædes vsu acquisitas esse, & temporis prolixitate absumptas, quod tamen non ita est, vt diximus. Cæterum emendato errore vulgatæ lectionis, appareat nullius sensus esse dictionem *vsu*. Non enim vsu consumuntur ædes, quæ prolixitate temporis corrumpuntur, sed potiùs non vsu, cùm experientia quotidiana compertum sit tantò faciliùs ædes corruere & fieri deteriores, quantò rariores ac pauciores sunt, qui eas inhabitant. Opponit autem Vlpianus vstis ædibus, de quibus paulò ante dixerat, ædes collapsas sola temporis vetustate: quam ædificiorum ætatem vocat Papinianus *in l. domus hæreditarias §. de leg. 1.* Et in vstis quidem ædibus ponit Vlpianus distinguendum esse an culpa hæredis incendium contigerit an non: Sed in collapsis vetustate sola, indistinctè ait nihil debere hæredem præstare, quia culpa caret cùm factum ipsius nullum in eo interuenerit. Quæ ratio vt supra attigimus, nullo modo aptari potest ad eum casum, quo ædes acquisitæ sint per vsucapionem. Cum in dubio sit magis quodammodo interueniat, qui rem hæreditariam vsucapi passus est, quàm vt culpa omni modo carere existimetur. Quidni enim litem contestatus est & rem euicit, ne vsucapio compleri posset? Quare nec Accursius ipse hoc dissimulare potest, qui distinguendum esse vult, An culpa hæredis aliqua intercesserit in eo quod vsucapionem non vsurpauit, an nulla, Et rursum vt casum aliquem comminiscatur, in quo sit hæres extra culpam, supponit impedimentum fuisse, ob quod de facto ne posset agere, quod prorsus diuinatorium & commentitium est, adeóque alienum à mente Vlpiani qui de eo hærede tractat quem certum sit culpa carere, quod nun de alio dici generaliter & indistinctè potest, quàm de eo qui passus sit ædes collabi sola temporis vetustate sine vllo facto suo. Nec enim huic imputari quicquam potest, ne illud quidem cur eas non refecerit, quas putamus vetustate & prolixitate temporis tam caducas fuisse, vt nouas fieri facilius fuerit minúsque dispendiosum, quàm refici corruentes. Alioqui si reficere ædes minore damno potuit, imputandum est ei cur necessarios in eam rem sumptus non fecerit, Si modò ex ipsa hæreditate habuit, vnde faceret, cùm facere aut facere deberet ita ius esse vt qui in conseruandis rebus hæreditariis sumptus facti sunt ab hærede ante restitutam hæreditatem, imputentur hæredi nec est, ei computentur vt tantò minus restituere debeat cùm restituit hæreditatem. Sic enim intelligendum est quod Paulus scribit *in l. vbi purè 19. § vltimo, eodem titulo, ad Senatusconsultum Trebellianum.* Non quomodo accepiunt nostri passim post Accursium, vt hi sumptus damno cedant hæredi, aut vt distingui

distingui oporteat, quomodo distinguunt ij omnes, sumptus facti sint in præsentem, an in perpetuam rei vtilitatem, *ex l. tertia, §. nos generaliter. D. de impen. in reb. dotal. fact.* Nam cùm ipsum *seruandi & conseruandi* nomen habeat tractum temporis, adeò vt si testator eo vsus sit, aptum existimetur ad inducendum fideicommissum, *l. filiam 16. in fin. D. de auro & argento legato.* Consequens est vt non possint dici sumptus facti ad conseruandas res hæreditarias nisi qui facti sunt ad perpetuã earum vtilitatem, quos proinde nunquam æquum est compensari cum fructibus. Vt nec illos qui facti sunt in rebus distrahendis quas distrahi oportuerit, *lege vltima, §. in computatione, C. de iur. deliber.* Nec enim vlla præsens vtilitas est rerum quæ distrahuntur, nisi vt pretium ex ea distractione redigatur. Quod porrò venit in fideicommissum, *leg. planè si filium 94 §. secundo, de legatis primo, leg. quidam ita 25. § si quis filium in fin. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Et consequenter sumptus ad distrahendum factos, hæredi à fideicommissario restitui oportet, tanquam quorum vtilitatem solus fideicommissarius non etiam hæres sentiat. Quemadmodum igitur in sumptibus qui ad distrahendas res hæreditarias facti sunt, distinctio illa Interpretum habere locum non potest. An ad præsentem duntaxat, an verò ad perpetuam vtilitatem facti sint, ita neque in iis quos hæres ad hæreditariam rerum conseruationem fecerit, cùm de vtroque sumptuum genere simpliciter & indistinctè Paulus loquatur. Quare nec Accursius in hac distinctione conquiescit, sed quasi minùs sibi satisfaciens, aliam affert quæ tamen longè improbabilior est, licèt solemne illi sit eas posteriores afferre quas probabiliores putat, nisi cum aliud apertè scribit. Ait enim, hæredem dixisse Paulum pro fideicommissario, quòd post restitutam hæreditatem quamuis ille qui restituit hæres remaneat, is tamen cui restituta est incipit esse hæredis loco. *§. restituta, Instit. de fideicommiss. hæreditat.* Etiã vult eundem sensum Pauli loquentis de hærede, & Vlpiani loquentis de fideicommissario. Quod sanè non modò improbabile est, sed etiam ridiculum. Nunquam enim adeò impropriè loquuntur Iureconsulti vt hæredis & fideicommissarij nomina confundant, quæ non minùs iure quàm sono verborum distinguuntur: Tum verò maximè cùm de hærede tractandum est in comparationem fideicommissarij, aut de fideicommissario in comparationem hæredis, vt *in dict. leg. vbi purè, §. vltimo.* Addit idem noster Accursius *ad dict. §. sed enim in fin.* vt probet carere culpa hæredem qui passus est vsucapi ante restitutionem ædes hæreditarias, simile esse quod Vlpianus scribit *in leg. si quid possessor 25. §. penult. D. de hæred. petit.* non posse imputari prædoni cur passus sit debitores hæreditarios liberari, vel pauperiores fieri. Sed sunt ista longè dissimilia. Rationem enim idem Vlpianus eo ipso loco subiungit, quòd non potuerit prædo conuenire debitores hæreditarios cùm actionem ipse non habuerit qui verus hæres non fuit: quæ Papiniani etiam ratiocinatio est *in Lectores 39. in princ. D. de administr. tut.* At non idem dici potest de hærede rogato restituere hæreditatem. Hic enim post aditionem & ante restitutionem hæreditatis cùm sit hæres verè ac dominus habet vtique vindicationem rerum omnium hæreditariarum per quam possit assequi vt res illæ hæreditariæ ab aliis bona fide possessæ, needum vsucaptæ sibi restituantur. Proinde si non agat, certè non caret culpa, cuius rationem illam reddere æquum est si ex ea negligentia contigerit vt postmodum vsucapio ante restitutionem compleatur: Nisi suppleas & diuines cum Accursio, de facto, vt ipse loquitur, impeditum fuisse hæredem ne agere potuerit, quamuis de iure habuerit actionem. Quod etsi permittam tibi, nihil tamen aliud assequeris, nisi vt cogas me fateri, Adhibendam esse hoc casu distinctionem quam tamen fateare necesse est, ab Vlpiano adhibitam nullam fuisse. Sed de illo casu quo negligens fuerit hæres in conueniendis debitoribus hæreditariis, separatim tractandum est capite sequenti.

ERROR III.

De actione subsidiaria, quam dant Interpretes contra debitores hæreditarios liberatos tempore ex negligentia hæredis, ad legem si hæres institutus septuaginta, paragrapho vltimo, eodem titulo ad Trebellianum.

SI temporalis actio relicta sit in hæreditate quam hæres institutus alteri restituere rogatus est, tempus quo experiri hæres ante restitutam hæreditatem potuit, imputabitur ei cui restituta fuerit, inquit Pomponius *in l. si hæres institutus 70 § vlt. D. ad SC Treb.* Sensus est, nec is obscurus, Currere tempus fideicommissario etiam priùs quam sit ei restituta hæreditas, & quamuis nulla ipsius propria negligentia sit, imputari tamen ei negligentiam hæredis. Ratio est, quia cum hæres antequam restituerit hæreditatem, agendi facultatem habeat, & quidem solus, non etiam fideicommissarius qui ante restitutionem sicuti non habet res hæreditarias in bonis eas alienare posset, ita nec actiones vllas exercere potest, *l. ait Prætor 7. §. quid sit autem de iur. delib.* Non alterius quàm hæredis negligentia vlla esse potest, cuius rationem haberi oporteat in fauorem debitorum hæreditariorum, qui temporali duntaxat actione tenentur, vt tantò citiùs liberentur, nec enim ratio vlla est, cur debitoribus hæreditariis eripi debeat commodum præscriptionis, quod ex lapsu temporis nanciscuntur, cùm per eos non steterit quominùs eo tempore conuenti sint ab hærede, qui conueniendi potestatem habuit, licèt futurum ex eo sit, vt fideicommissarius ignorans lædatur, qui scilicet tantò minus temporis habiturus est ad eos post restitutam hæreditatem conueniendos. Quamquam si post hæreditatis restitutionem ipse quoque negligens sit in agendo, cùm ei superfuerit tantùm temporis quantum necesse fuit ad contestandam litem, & perpetuandam actionem: Erit sanè quod ipsi quoque imputetur quare non fuerit diligentior, nec ipsi tenebitur hæres ob priorem suam negligentiam quam purgare ipse per diligentiam propriam si voluisset, vtique potuisset. Quid ergo si ante restitutam hæreditatem totum tempus præterierit intra quod proponi potuerat, & debuerat hæreditaria actio illa temporalis? Amissa erit actio non tantùm hæredi, sed etiam fideicommissario, quia verum est dicere debitores tempore liberatos esse, nec alias actiones per hæreditatis restitutionem transire posse in fideicommissarium, quàm quæ restitutionis tempore saluæ sint hæredi, in quarum numero ea esse non potest, quæ iam tum sit tempore sublata. Idémque est si restitutæ hæreditatis tempore supersit actio, & aliquid temporis ad eam instituendam, sed minus quàm necesse sit ad litem contestandam, ita vt fideicommissarius non propria negligentia, sed temporis angustia impediatur ne possit litem cõtestari, sicq; cogatur pati vt dies

actionis exeat, vt *in l. ab hostibus 15 §. vltimo, & l. sequenti, D. ex quibus caus. maior.* Non enim eò minùs verum est petere temporalem actionem cùm per debitores hæreditarios nihil factum sit quominùs siue ab hærede, siue à fideicommissario conuenirentur, tametsi hæredis solius non etiam fideicommissarij negligentia interceßerit. Sed vtroque isto casu tenebitur fideicommissario hæres, vt negligentiæ, & culpæ suæ rationem reddat perinde acsi ædes hæreditarias culpâ sua vel igne absumi, vel vsucapi passus esset, cùm & incendium & vsucapionem prohibere potuisset. Quod & Accursius & cæteri omnes bene tradunt *ad dict. §. vltimum, ex l. mulier 22. § sed enim eod. titul.* De cuius sententia & emendatione scripsimus in præcedentibus. Tenebitur autem hæres non alia actione quàm ex fideicommisso, vt scilicet fideicommissum adhuc peti possit quasi nondum restitutum, tametsi omnia restituta sint præter actionem istam temporalem, vt euenit quoties aliquid deest restitutioni ex eo quod restituere hæres debuit, *dicta lege si hæres 70. §. primo, l. debitor 59. versicul. neque fideicommissum, eodem titulo.* Atque in hoc, vt dixi, omnes Interpretes consentiunt. Sed quid si hæres non sit, soluendo? Iidem putant dandam esse illo casu actionem subsidiariam aduersus debitores quamuis liberatos acsi nondum essent liberati, Actionem inquam vtilem & ex illa æquitate, Ne consequantur illi lucrum ex negligentia hæredis in præiudicium fideicommissarij. Sic enim Castrensis quem cæteri sequuntur *ad d. §. vltimum.* Vbi addit, quod magis est, idem admittendum esse si fortè ideò teneri hæres non possit, quod non fuerit in culpa lata, cùm non nisi latæ culpæ, nomine teneatur. Monetur autem Castrensis *ex l. vltim. D. de eo per quem fact. erit*, in cuius principio Vlpianus scribit ex illo edicto aduersus eum qui dolo fecit quominùs quis in iudicium vocatus sistat, in factum actionem competere quanti actoris interfuit eum sisti. In quo iudicio, inquit, deducitur si quid interest actoris ob eam rem, Veluti si reus tempore dominium rei interim sibi acquisierit aut actione liberatus fuerit. Tum subiicit, *Planè si is qui dolo fecit quominus in iudicio sistatur soluendo non fuerit, æquius erit aduersus ipsum reum restitutoriam actionem competere, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, & actor damno afficiatur.* Mouetur etiam *ex leg. planè si filium 94. § prima, de legatis primo.* Vbi Iulianus tractans de eo qui hæreditatem ex qua seruus eius institutus erat, restituere alteri rogatus, eum seruum ante aditionem alteri vendiderat, quærit an hæreditatem restituere cogendus sit is, ad quem hæreditas ex emptione serui hæredis scripti peruenerit. Et ait compellendum esse ad fideicommissi restitutionem eum qui seruum suum hæredem scriptum vendidit, cùm precium hæreditatis quam restituere rogatus est, habeat. Is autem, inquit, ad quem hæreditas ex emptione serui hæredis scripti peruenitet, ex causa cogendus erit fideicommissum præstare, id est, si dominus ille serui hæredis scripti soluendo non erit. Mihi tamen neque vera videtur ista Castrensis & nostrorum sententia, neque ex supradictis locis bene probari. Quid enim potest imputari debitoribus hæreditariis qui tempore liberati sunt, vt post eam liberationem recidant in obligationem & adhuc conueniri possint, acsi non essent liberati? Aut quomodo fieri potest vt extincta & finita tempore actio ressuscitetur? Scio tempus non esse modum tollendæ obligationis, *l. obligationum ferè 44. § placet D. de oblig. & action.* quo argumento videtur vti Accursius *ad dict. l. vltim. de eo per quem fact. erit.* Sed separanda est hac parte obligatio ab actione. Obligatio quidem semel contracta non potest ipso iure tolli & finiri temporis, quia nec ab initio potest obligatio constitui ad tempus vt scriptum est *in dict. §. placet*, vbi ratio additur, quoniam id quod semel deberi cœpit non nisi certis & legitimis modis deberi desinit inter quos tempus non est. At actio temporalis finitur tempore ipso iure, ne fieri potest vt post tempus ipso iure competat, cùm ab initio eam legem, naturam, & conditionem habuerit vt certo illo tempore finiretur, puta si actio sit redhibitoria ex ædilitio edicto, vel prætoria quæ vel quia rei persecutionem non contineant, vel qua alia ex causa sit annalis vt actio de dolo, *l. in honorariis 35. de oblig. & action.* Alioqui dicendum esset, omnes actiones sui natura & ipso iure esse perpetuas, nullas verò temporales nisi ope exceptionis, quod falsum est. Sunt enim actiones quædam temporales, sic dictæ quòd certo tantùm tempore viuant, post quod tempus cùm sint mortuæ & peremptæ necesse esset illas ressuscitari vt exerceri possent. Erant autem olim temporales solæ honorariæ, non etiam ciuiles, vt Iustin. scribit *in titul. de perpet. & tempor. action.* Hodie verò etiam ciuiles post *leg. 3. & 4. Cod. de præscriptione triginta vel quadraginta annor.* Cùm ergo temporales actiones, quæ relictæ sunt in hæreditate restituenda, finitæ & mortuæ reperiuntur, eo tempore quo restituitur hæreditas, fieri certè nequit, vt fideicommissario vnquam vel competant, vel dentur, quandoquidem in eum translatæ non sunt per restitutionem hæreditatis, non id solùm quod transferri non possit actio quæ iam nulla est tanquam tempore finita & extincta, vt dixi sed etiam, quia cùm nostri velint eam actionem non nisi in subsidium dari aduersus debitores liberatos, & ita demùm si hæres aut non sit soluendo, aut in lata culpa esse non probetur, prius est vt contra hæredem agi oporteat aut saltem agi possit, quàm vt de actione ista subsidiaria tractetur. Priùs ergo esset vt actio illa quæ contra heredem eo casu competit, transferretur in fideicommissarium quam vt translata dici posset illa quam interpretes dant contra liberos debitores. Atqui fieri non potest vt hæres transferat contra se ipsum actionem vllam, præsertim quæ non competierit defuncto, & cuius causam dederit negligentia hæredis quam ille admiserit post mortem defuncti adeóque post aditam hæreditatem. Hæreditariam enim actionem esse necesse est vt in fideicommissarium translata intelligatur per restitutionem ex Trebelliano *l. 1. l. is atamen 27. §. qui ex Trebelliano ad SC. Trebell.* Adeò vt si quas actiones hæres acquisiuerit post aditionem, quamuis dependeant à contractu defuncti, & quas ideò in fideicommissarium transire æquum sit, speciali tamen cessione opus sit ad eas transferendas: Non sufficiente scilicet in eam rem potestate Senatusconsulti, vt in eleganti specie *l. si hæres pecuniam 75. eod.* Ergo multò minùs fieri queat, vt per restitutionem ex Trebelliano transeat in fideicommissarium actio vlla contra hæreditarios debitores, neque directa, quam ponimus tempore sublatam esse, neque vtilis & subsidiaria, quia non est hæreditaria: cùm non competat nisi ob negligentiam & egestatem hæredis, qui nec ea cedere potest, cùm tantùm absit vt ipsi possit dari, vt nec eam interpretes dent fideicommissario nisi in subsidium eius qua hæres ipse tenetur. Illud verò longè absurdius est quod Castrensis addit æquè dandam actionem hanc subsidiariam aduersus debitores hæreditarios, si hæres nõ fuerit in culpa lata. Etsi enim verum est non teneri hæredem fideicommissario

propter

propter deperditas res hæreditarias, aut deteriores factas nisi lata culpa interuenerit *d.l.mulier 22. § sed enim D.ad SC.Treb.* Attamen tantò minùs æquum est ob negligentiam hæredis teneri debitores iam liberatos cùm hæres ipse non teneatur. Nam licèt æquum esset teneri eos in subsidium vt nostri volunt hoc ipsum tamen quod dicimus teneri quem in subsidium non illud est, Ita demùm teneri si alius non teneatur, sed hoc potiùs è contrario ita demùm teneri si alius teneatur quidem, sed efficaciter conueniri non possit, vel quia non sit soluendo, vel qua alia de causa, vt in iis ipsis legibus quas pro sua sententia Castrensis adducit, Id est *in l.vlt.D.de eo per quem fact.erit.& d.l.planè si filium 94 §.1.de legatis primo.* de quarum tamen sententia & ratione paulù fusiùs tractandum nobis est.

E R R O R IV.

De sententia & ratione legis vltimæ in principio, D. de eo per quem fact. erit.

EX edicto, inquit Vlpianus, aduersùs eum qui dolo fecit, quominus quis in iudicium vocatus sistat, in factum actio competit quanti actoris interfuit eum sisti: In quo iudicio deducitur si quid actor amisit ob eam rem. Veluti si reus tempore dominium rei sibi interim acquisiuit, aut actione liberatus fuerit. Planè si is qui dolo fecerit quominùs in iudicio sistatur soluendo non fuerit, æquum esse aduersus reum ipsum restitutoriam actionem competere, Ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, & actor damno afficiatur. Verba sunt hucvsque Vlpiani, ex quibus solent nostri more suo inferre generaliter, Actionem tempore amissam semper restituendam esse aduersùs eum qui ob alienam negligentiam liberatus est, si is qui negligens fuit, non sit soluendo, Ne alioqui eueniat vt aliena culpa & negligentia ei noceat, cui nihil potest imputari. Quam tamen propositionem generaliter veram non esse apparet satis vel ex eo solo quod proximè disputauimus in persona debitoris hæreditarij, qui cum non nisi temporali actione teneretur liberatus fuit tempore per negligentiam hæredis, qui actionis tempus exire passus sit ante restitutam hæreditatem. Hunc enim negauimus posse vllo casu conueniri à fideicommissario quamuis nullum habituro regressum aduersùs hæredem negligentem, siue quod sit extra latam culpam, cuius solius nomine teneatur. Debet ergo supradicta Vlpiani sententia & ratiocinatio specialiùs intelligi, & ad eum casum restringi quem vlpianus tractat, aut ad alium similem, id est in quo reus non tantùm lapsu temporis liberatus sit, sed etiam dolo malo alterius, & citra culpam eius qui agere potuit, quem lex ponit egisse, congruo tempore, ac tam opportunè vt actionis peremptionem impediturus fuerit, si reus qui in iudicio sisti debuerat, dolo alterius retentus non fuisset. Hoc enim casu nemo non videt apertè iniquum esse vt in damno moretur actor cui nihil imputari potest, cùm suo tempore Instituerit actionem, Itémque vt lucrum sentiat reus ex dolo Impedientis, quamuis non fuerit ipse particeps doli. Qui dolus vnius alteri sicut nocere non debet, ita neque prodesse. Prodesset autem, si reus iudicio exemptus adeò liberaretur tempore vt nullo casu posset conueniri ab actore, nec si aliam indemnitatis consequendæ rationem actor esset habiturus. Dices, Hac ratione si bona sit, perinde posse defendi: Non debere igitur reum tempore liberari, quamuis dolosus sit soluendo, Cùm non possit ei liberatio contingere quin lucrum hoc ipso sentiat ex dolo alieno, ac proinde quin dolus alienus ei prosit. Sed respondebo, Tum demùm esse iniquum vt dolus vnius alteri prosit, cùm vtilitas quæ ad alterum perueniret proximam & immediatam causam haberet à dolo alieno, Itémque cùm ex dolo alius damnum pateretur. Quid enim refert eius qui dolum passus est quòd lucrum ex eo dolo aliquod sensurus sit aduersarius, si nullum ipse ex eo damnum patiatur? Siquidem dici solet quod & verissimum est, id quod vni prosit nec alij noceat facilè permittendum & indulgendum esse, *leg.in creditore 38.D. de euict. l. 2. § item Varus in fin. D.de aqua & aqua pluu. arcend.* Atqui neutrum horum in proposita specie accidit cùm is soluendo est, qui dolo malo fecit ne in iudicio reus sisteretur. Nam ex vna parte verum est liberari reum ipso iure, non tam quòd alius ille dolum admiserit, quàm quia præterierit tempus intra quod exerceri actio & potuit & debuit: Et ideò licèt alterius extranei dolus in ea re interuenerit qui amittendæ actionis causam dederit, Non idcirco tamen actio potest aut perpetuari aut in longius tempus extendi quàm ipsius natura, & conditio ferat. Proinde finiri eam tempore, & ipso iure quasi morte extingui necesse est: Nam & finiretur, etiamsi nullius dolo interueniente tempus præteriisset. Non ergo propter dolum immediatè finitur, sed quia tempus eius præteriit, quamuis hoc ipsum quod tempus præteriit, acciderit propter dolum. Ex altera verò parte nullum ex eo dolo damnum patitur actor, si possit indemnitatem plenissimam consequi ab illo, per quem factum est, quominus reus in iudicio sisteretur. Æquè enim paratam actionem habiturus est aduersùs illum, imò paratiorem quàm aduersùs alium, qui in iudicio sisti debuit, cùm poterit actio quæ tempore finita est longiorem habere, magísque perplexam & implicitam facti quæstionem. Igitur deficit hoc casu æquitas quæ suadeat vt aduersùs reum tempore liberatum detur actio restitutoria, quamuis ita futurum sit vt ex tertij dolo reus lucrum sentiat, cùm non etiam illud concurrat vt ex eo dolo actor damno afficiatur. At cùm is qui dolum admisit soluendo non est, æquitas maxima pro actore facit vt ei succurrendum sit per restitutoriam actionem aduersùs reum tametsi tempore liberatum: Sed non tam quòd dolum passus sit à tertio, quàm quòd nihil sit quod ei possit imputari, quæ res præcipuè fauorabilem eum reddit. Alioqui si ratio illa vnica sufficeret ad restituendam actionem quæ tempore finita esset, quòd tertij dolo ea peremptio actionis contigisset, eueniret procul dubio vt dolus ille tertij noceret reo, cuius scilicet liberationem impediret, dum id ageremus ne actori dolus idem noceret. Tam autem absurdum & iniquum est nocere illum reo, quam actori, nisi cùm pro actore illud quoque concurrit, vt nihil ei queat imputari. Nam licèt ponas nec ipsi reo imputari quicquam posse, vt proinde par vtriusque causa esse videatur, & consequenter fauorabilior conditio rei quàm actoris ex vulgata iuris regula, Ideò tamen fauemus hac parte potius actori quàm reo, quòd certat actor de damno vitando, reus verò de lucro captando, cùm sit species quædam acquisitionis liberari ab obligatione & actione, *leg.si pupilli 66.in fin.D.de solut. l. species 11. in princip. D. acceptilat.* Item quoniam aliter posito iure, fieret, vt dolus tertij noceret actori, reo autem non tam noceret, quàm non prodesset. Restituta namque actione aduersùs reum qui propter dolum tertij fuit tempore liberatus, non fit durior conditio rei quàm fuisset ante dolum admissum, sed ea ipsa quæ tùm erat. Itaque nullum aliud ex ea restitutione actionis sentit damnum, nisi quòd

impeditur ne lucrum illud retineat, quòd alioqui ex lapsu temporis quo finita erat actio percepisset. Nihil autem in eo absurdi est, vt dolus tertij non prosit reo, cui non aliter prodesse posset, quàm si & innoxio & diligenti actori noceret. Id enim consequens est iuris regulæ, quæ ait dolum vnius alteri, neque lucro neque damno esse oportere. Neque contrarium est quod suprà admisimus, non esse iniquum vt aliquando etiam dolus vnius alteri prosit. Iam enim monuimus eo demùm casu admitti hoc posse, quo sine alterius incommodo & detrimento id fiat, Vt euenit cùm is, cuius dolo malo reus sisti prohibitus est, soluendo esse reperitur, ob idque indemnitatem actori plenissimam præstare potest. Enimverò cùm debitores hæreditarij liberati sunt per negligentiam hæredis, qui temporalis actionis diem exire passus est, nihil tale est quòd tractari possit. Nam cùm hæres ille sit qui solus agere potuit, & debuit ante restitutam hæreditatem, ei verò possit imputari cur non egerit (actionum enim temporalium vtilia plerunque sunt tempora, nec aliis currunt quàm qui agendi & experiendi potestatem scientes habuerunt, *leg. cùm sex 55 D. de ædil. edict. l. 1. D de diuers. tempor. præscript.*) nulla prorsus ratio est cur ei debeat restitui actio, ne si agere ille velit priusquam hæreditatem reddat, puta quod fideicommissi dies nondum cesserit, quia est quod ei imputetur: Adeò vt nec actio de dolo possit hoc casu competere in eum qui dolum admiserit, nisi in hoc ipso admissus sit dolus vt dies actionis exiret, *l. 1. §. idem Pomponius refert. D. de dolo, & §. pen. eiusdem legis.* Etsi autem non similiter potest ratio hæc obijci fideicommissario, cui sanè imputari nequit cur non egerit antèquàm actionem haberet: hoc ipsum tamen est quod facit vt tantò minùs restitutoriam actionem istam postulare possit: Cùm nec de eo quæri oporteat, An aliquid ei imputandum sit, cur non egerit, qui agere etiamsi maximè voluisset, tamen non potuisset. Nec enim vllæ ipsi actiones competierunt, aut competere potuerunt, nisi ex die restitutæ hæreditatis. Quam ob causam fatendum est, neque actionem vllam videri eum amisisse, qui actionem illam finitam tempore nunquam habuit, *l. non videtur rem amittere 83. l. non potest videri 108. de reg. iur.* Prius enim erat vt inciperet habere actionem, quàm vt habere desineret, *l. Titio vsusfructus 96. de condict. & demonstr.* Cur ergo, aut quo iure, vel iuris colore possit fideicommissarius petere, vt sibi restituatur actio, quàm inops & egenus hæres tempore, perire passus est, cùm eam ipse non amiserit? Quis vnquam audiit, restitutoriam actionem alij competere vel dari, quàm qui pristinam amisit? Non enim amissam esse actionem sufficit vt restitui debeat, nisi ille ipse amiserit qui eam restitui petit. Et hoc sanè est quod Castrensem fefellit non animaduertentem, Aliud esse, Actionem simpliciter amissam dicere, Aliud verò amissam esse ab eo qui restitutoriam postulet: quod posterius tamen omninò necessarium est vt locus fieri possit æquitati, quæ actionis restitutionem suadeat. Rursum nemo dixerit eiusmodi actionem hæreditariam quæ finita sit tempore ante redditam hæreditatem restitui debere hæredi qui eam amisit, cùm debeat ille sibi imputare cur amiserit quam scilicet agendo, & ex ea litem contestando poterat perpetuare. Cùm igitur neque restitui possit hæredi, quoniam in culpa fuit, nec damnum vllum sentire videtur quod ex culpa sua sentiat: Neque fideicommissario qui nihil amisit; prorsus consequens est vt nihil in hac specie de restitutoria actione tractari possit, vtque ratiocinatio illa Vlpiani *in d. l. vlt. De eo per quem factum erit*, restringenda sit ad eum casum quo eueniret vt ex dolo tertij lucrum sentiret reus & damnum actor, cui nihil imputari potest, si non actio restitueretur. Cæterùm non sufficit quòd nihil possit imputari ei, qui restitutoriam actionem sibi dari postulat, nisi & actor ipse fuerit ante amissam actionem, & ille ipse actor qui eam amisit, Quorum neutrum conuenit fideicommissario de quo disputamus post Pomponium, *in d. l. si hæres institutus 70. § vlt. D. ad SC. Trebell.* quippe qui neque de facto egit, neque agere vllomodo potuit ante restitutam hæreditatem, nec proinde actionem à se vllam amissam conqueri potest, qui nunquam eo nomine vllam habuit. Nullamne igitur querelæ causam habet, quasi nihil amiserit? Imò habet, quoniam aliquid amisit, sed habet contra hæredem ipsum, qui amittendo actionem hæreditariam, fecit vt tantò minùs esset in hæreditate quam postea restituit, & in qua hodie temporalis illa actio inueniretur, adeóque perpetuata per contestationem aut saltem quod plus est actionis commodum & effectus si hæres diligentior fuisset, aut in agendo ad extorquendam condemnationem, aut in exigendo post secutam condemnationem: Ob idque nimirum dicimus teneri hæredem, Non vt eum reliqua hæreditate restituat eam actionem quã amisit per suam negligentiam (restituere enim non potest quod nec habet nec amplius est) sed vt restituat hæreditatem ipsam fideicommissariam, Quasi nihil videatur restituisse qui non restituit totum id quod hæreditatis fuit, *l. in fideicommissaria 18 l. debitor 59. vers. neque fideicommissum eod. tit.* Actio autem hæc fuit hæreditaria & in hæreditate mortuo testatore. Et quamuis verum sit nihilomagis hæredem retinere quicquam ex hæreditate restituenda, cùm ei non minùs imò priùs quàm fideicommissario amissa actio sit. Illud tamen etiam verum est, minus eum restituere quàm ab eo restitui testator voluerit, quamque hodie restitueret si negligens ille non fuisset. Sed ratio hæc solum hæredem fideicommissario potest obligare vt indemnitatem ei præstet si possit, non etiam debitorem hæreditarium liberatum obstringere vt mortuam actionem contra se restitui & resuscitari patiatur, ob id solùm quod hæres qui præstare indemnitatem deberet, non sit soluendo. Cur enim ob inopiam hæredis cogatur hoc pati debitor qui quod tempore liberatus sit actione temporali, non ab ipso hærede habet, sed à solo beneficio iuris quod actionem fecerat temporalem, quamuis negligentia hæredis illa sit quæ fecit vt præterierit tempus actionis, quod alioqui non fuerat præteriturum?

ERROR V.

De actione restitutoria quam dat Vlpianus in dicta lege vltima, De eo per quem factum erit. Et ad legem arbitrio 18. §. dolo cuius D. de dol.

QVærit Accursius *ad d. l. vlt. D. de eo per quem factum erit*, An actio illa restitutoria quã Vlp. ait competere actori, aduersus reum ex tertij dolo liberatum si is qui dolo fecit non sit soluendo, directa actio sit, an vtilis. Et respondet primùm directam esse, postmodum ait esse vtilem. Bartolus verò vtrámque opinionem defendi posse putat, sed diuersis casibus: Nam cùm duos casus ponat Vlpianus in quibus potest interesse actoris, non fuisse impeditum reum quominùs iudicio sisteretur, Vnum si reus tempore acquisiuerit sibi dominium rei de qua agebatur, Alterum si tempore acquisiuerit exceptioné,

aut

aut liberatus fuerit, Placet Bartolo, in priore casu non posse restitutoriam actionem directam dici, quia cùm dominium rei per vsucapionem acquisitum sit reo, fieri nequit vt directa vindicatio quæ actori competebat, eadem post completam vsucapionem competat & eo tempore quo iam desiit esse dominus: ne alioqui duo in solidum eiusdem rei domini induci videantur, quod neque iuris neque naturæ ratio admittit *vulg. l. in rebus 5. §. si duobus vehiculum D. commod. l. de hæreditate 19. §. 1. D. de castrens. pecul.* Posteriore verò casu directam esse restitutoriam actionem quippe quæ non fuerit ipso iure sublata & extincta tempore, sed tantùm beneficio exceptionis, propterea quod tempus non sit modus tollendæ ipso iure obligationis, *l. obligationum ferè 44. §. placet D. de obligat. & action.* Distinctio apertè falsa est, & à iuris ratione aliena: sicut & quæstio ipsa ad quam huiusmodi distinctio adhibetur. Neque enim actio restitutoria vlla est quæ non sit vtilis, cùm omnes dentur à Prætore ex æquitate post veterem peremptam, *l. si mulier 14. D. ad SC. Vellean.* Nimirum perpetua est iuris illa regula, siue obligationem siue actionem semel extinctam nunquam resuscitari, *l. qui res 98. §. aream D. de solut. l. ob eam causam 9. D. de præscript. verb.* & quamuis restitutoria actio sit eadem specie cum illa quæ perempta fuit, non tamen eadem est numero nec qualitate. Nam quæ sublata est directa fuit, aut esse potuit: At restitutoria non nisi vtilis esse potest: Ideoque prudentissimè a prudentibus nostris dicta est non restituta sed restitutoria. Restitutam enim qui diceret, quomodo Interpretes nostri si non dicunt, saltem intelligunt, eandem ipsam quæ anteà fuisset, significaret, nec minùs eandem numero & qualitate quàm specie, sicut & quisquis eam diceret resuscitatam: Proinde directa dicenda esset, si anteà fuisset talis. Sed restitutoriam cùm dicimus, aliam numero & qualitate esse admittimus, eiusdem licèt speciei, & effectus. Et idcirco dici solent restitutoriæ actiones restituendæ non restitutæ *dict. l. si mulier.* nec competere, sed dari, *l. quamuis 8. § Marcellus 9 eod. ad SC Vellean.* Nisi cùm ex edicto aliquo & ex ipsius verbis dantur, vt *in l. cùm quis 38. §. si quis pro reo, penult. D. de solut.* Tunc enim potest dici restitutoria competere, scilicet ex edicto vt in specie *d. l. vlt. vers. planè. De eo per quem fact. erit.* Cæterùm restitutoriam actionem semper esse vtilem, nunquam directam probari non obscurè potest, *ex d. l. quamuis 8 § si mulieris vers. planè si mihi ad Vellean.* vbi Vlpianus idem noster, actioni restitutoriæ opponit directam. Ait enim, Si mulier quæ pro debitore meo apud me intercesserat: ei successerit posse eam restitutoria conueniri, sed & directa, inquit, actione nihil enim eius interest qua actione conueniatur. Quæ ratio etiam ostendit restitutoriam actionem eiusdem potestatis & effectus esse, cuius est directa. Nam & cæteræ actiones vtiles omnes effectu eandem potestatem habent, quam directæ, vt scriptum est *in l. actio 47. D. de negot. gest.* Sed & in eo errat Bartolus quòd putet, Actionem temporalem, quæ tempore finita sit, vsque adeò tamen saluam manere ipso iure, vt & directa dici, & tanquam directa exerceri adhuc possit. Certissimum siquidem est, temporalem actionem ita finiri tempore vt nulla eius vestigia remaneant post tempus elapsum, quod ab eo præstitutum fuit, qui actionem illam primus induxit. Cùm enim ab initio sic inducta, & comparata sit, vt non nisi ad certum vsque tempus posset viuere, fieri certè nequit vt post illud tempus viuat, quin circumscribatur edictum, & mens prætoris, qui non alia lege actionem illam introducturus fuit. Exemplo eius quod Paulus scribit *in l. arbitrio 18. §. dolo cuius D. de dolo*, Si alicuius dolo effectum sit vt legitimis temporibus transacta lis pereat, de dolo dandum in eum esse iudicium non vt restituatur lis perempta, sed vt tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit factum id non esse, Ne aliter obseruantibus, inquit, lex circumscribatur. Nempe quia deciperetur lex, & legis propositum si lis transacto eo tempore quod finiendis litibus per legem ipsam constitutum est, resuscitaretur. Quemnam enim effectum eo casu haberet lex, quæ litem certo tempore, veluti certis finibus conclusisset? Essétque id sanè legem imponere verbis non rebus, si lis quam ex vna parte lex peremptam voluisset, ex altera parte restauraretur. Neque debuit moueri Bartolus ex eo quòd tempus non sit modus legitimus tollendæ obligationis. Aliud enim est de obligatione tractare, aliud de actione, nec quemadmodum dicimus, obligationem constitui ad tempus non posse, *d. § placet l. obligationum 44. D. de oblig. & act.* Ita etiam benè quis dixerit actionem non posse dari ad tempus: Alioqui nullæ essent actiones temporales. Nec rursum de legitimis modis tollendæ actionis, tractandum est, cùm de temporali actione loquimur, Quandoquidem temporales actiones non aliæ sunt quàm prætoriæ, licèt non omnes prætoriæ sint ciuiles, *Inst. De perpet. & tempor. act.* Sufficit igitur vt tempus sit modus prætorius ad tollendam prætoriam actionem: quomodo prætorium esse certum est & ex eo constat quod quemadmodum obligationes, ita & seruitutes ex tempore, aut ad tempus constitutas tuetur Prætor, quamuis iure ciuili ac legitimo seruitutes neque ex tempore, neque ad tempus constitui possint, *l. 4. D. de seruit.* Hodie verò postquam ex posteriorum Imperatorum Constitutionibus ciuiles quoque actiones, quæ sui natura sunt perpetuæ factæ sunt temporales, *ex l. 3. & 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* quæ nullam penitus actionem vltra triginta, vel ad summum quadraginta annos viuere patiuntur, fatendum est tempus esse legitimum etiam modum tollendæ actionis, tametsi præscriptionis nomen conuenientius sit ad exceptionem significandam, quàm ad potestatem iuris in actione ipso iure extinguenda demonstrandam. Denique cùm admittat Bartolus restitutoriam actionem quam Vlpianus ait competere ex edicto aduersùs reum qui rem quæ vindicabatur medio tempore vsucepit, directam dici non posse sed vtilem necessariò dicendam esse, quòd fieri nequeat vt directa vindicatio non domino contra dominum detur, Nihil certè causæ est cur eam quoque quam idem Vlpianus ait competere in personam debitoris qui tempore interim liberatus est non vtilem esse dicamus. Cùm hos duos casus sic coniungat Vlpianus, vt nullam inter eos quod ad hanc restitutoriam actionem differentiam constituat: Vtraque enim æquè restitutoria est, vtraque ex æquitate datur, vtraque ex edicto Prætoris, & à Prætore viuo. Quare & quod in priore specie admittit Bartolus vtilem esse non directam restitutoriam quæ competit aduersùs reum post completam vsucapionem rei in iudicium deductæ, verum quidem est, sed falsa ratione à Bartolo comprobatum. Nam idem esset tametsi non de vsucapione ageretur per quam transferebatur iam olim dominium iure Quiritium, cùm esset vnus ex modis sex transferendi eo iure dominij, sed tantùm de longi temporis possessione, quam certum est minoris in hoc potestatis fuisse, quòd per eam non dominium acquirebatur sed tantùm exceptio aduersùs dominum vindicantem, quæ idcirco longi temporis præscriptio appellabatur: Vnde erat quod Vlpianus respondit *in l. pen. de mort. infer.* longa possessione ius sepulchri non tribui ei cui iure non competit.

competit. Nempe quia in interdicto illo, *De mortuo inferendo*, quæritur de iure dominij non vt in cæteris de sola possessione, *l. 1. eod. l. sunt personæ 43. de relig. & sumpt. funerum.* Adeò vt etiamsi post longi temporis præscriptionem possessor iurasset fundum suum esse, non nisi vtilem eo nomine actionem habere posset, *l. si duo 13. §. Iulianus ait. D. de iureiur.* Nam si post completam longi temporis præscriptionem, actor, idémque dominus vindicationem directam exerceret, vtique posset summoueri præscriptione longi temporis, nec aliter ei consuli posset quàm data aduersùs exceptionem replicatione, aut quomodo Accursius & Bartolus intelligunt, restitutione in integrum ad tollendum obstaculum exceptionis. Quorum neutrum conuenit Vlpiano. Aliud enim longè est, restituere actionem, aliud verò elidere exceptionem, siue per replicationem, siue per restitutionem. Nam exceptio supponit actionem. Neque verò tam restitutoria dicenda esset illa actio, quàm restituta vindicatio si ea ipsa esset actio quæ priùs competierat. Et tamen non restitutam actionem vocat Vlpianus, sed restitutoriam, sic dictam, quòd restituat pristinam obligationem, non quòd sit ipsa actio restituta. Alioqui duplex actio necessaria fuerit, & restitutoria ad restituendam actionem, & actio ipsa restituta postquam restitutio facta erit, quod tamen nusquam proditú est. Nec etiam illud verum est quod putat Castrensis restitui actionem ipso iure per edictum prætoris viui, sine restitutione iudicis. Nam imò pristina causa restituenda est, scilicet per prætorem viuum data in eam rem huiusmodi actione restitutoria, *d. l. si mulier 14. D. ad SC Vellean.* Rursus obseruandum est, quod Vlpianus *in d. l. vlt.* ait hanc restitutoriam competere, scilicet ex edicto, & consequenter esse personalem non actionem in rem. Nec enim vindicatio dominij competit ex edicto, cùm sit actio ciuilis non prætoria, Restitutoriæ verò omnes prætoriæ sunt non ciuiles, *d. l. cum quis 38. §. pen. de solut. d. l. quamuis 8. §. Marcellus D. ad SC. Vellean. d. l. arbitrio 18. §. dolo cuius D de dolo.* Vbi quod ait Paulus, Actionem de dolo in ea specie non dari ad hoc, vt lis restituatur, sed ad id quod actoris interest litem dolo malo aduersarij mortuam non esse, Nihil aliud est quàm si diceret actionem illam prætoriam quidem esse, sed non restitutoriam ac potiùs institutoriam (quomodo loquitur Vlpianus in *d. l. quamuis. §. si cum essem*, & loqui debuit Accursius ad eum locum, vbi tamen *infitiatoriam* vocat, quo nomine quod magis est laudatur etiam à Cuiacio *lib. 16. Obseruat. c. 27.*) Esset enim restitutoria si ad hoc daretur vt lis restitueretur, Nec tamen eominùs esset prætoria, siquidem esset actio De dolo, quamuis prior actio ciuilis fuisset, vt esse proculdubio potuisset: An verò pugnat Paulus *in d. §. dolo.* cum Vlpiano *in d. l. vlt.* In eo quod dat Vlpianus actionem restitutoriam, quam Paulus videtur denegare? Minimè: Dat enim Vlpianus restitutoriam actionem in reum, qui non potest conueniri de dolo, cùm ipse dolum non admiserit, Vt taceam quod neque actio de dolo habet locum quoties alia actio restitui ex edicto potest, *l. 1. § idem Pomponius refert. D. de dol.* Paulus verò dat actionem de dolo in dolosum ipsum non restitutoriam, quia neque de actione amissa tractat, sed de lite mortua, cuiusmodi nunquam patitur vt resuscitari possit. Adeò lites omnes ciuilis legislatur execratur, Vt nos pluribus ad eum locum scripsimus in Rationalibus. An verò actio hæc restitutoria erit annalis omni casu, id est tum quoque, cum prior actio fuit perpetua, tanquam quæ rescissa vsucapione detur, vt putat Accursius, *ex l. in honorarijs 35. vers. sed cum rescissa. D. de oblig. & act.* An potiùs erit eiusdem naturæ cuius erat prima vt non finiatur anno, si prima erat perpetua, vt Castrensis credidit? Sed magis est vt eiusdem naturæ & conditionis eam esse dicamus, Nisi quòd semper vtilis illa est, nunquam directa, vt supra diximus. Alioqui non esset verè restitutoria, si non restitueret in effectu talem actionem, qualis fuit illa quæ amissa est cùm integra omnis causa pristina restituenda sit, *d. l. si mulier 14. D. ad SC. Vellean.* Longéque alius tractatus est de Publiciana quæ rescissa vsucapione redditur de qua *in d. l. in honorarijs*, & quam Paulus eo loco ait ideò finiri anno quia contra ius ciuile datur: Alius verò de actione restitutoria competente ex edicto prætoris, quæ cùm & rei persecutionem contineat, & non contra ius ciuile detur, non potest anno finiri nisi cùm & prior actio finiebatur. Noua enim actio quidem est, sed quæ tamen veteris naturam in omnibus retinet, præterquàm in eo quòd sicut vetus non est, ita neque directa est. Elegans verò in hanc rem & pro sententiæ nostræ confirmatione locus est apud Gaium *in l. aliquando 13. §. de pignoribus eod. tit. ad SC. Vellean.* vbi scribit ille, De pignoribus prioris debitoris non esse creditori opus noua actione, cùm quasi Seruiana, quæ & hypothecaria vocatur, in his vtilis sit, quia verum est, inquit, conuenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam. Quibus verbis quid apertius potuit ille scribere vt significaret differre hac parte personalem actionem ab hypothecaria in eo quòd noua personali actione creditor indiget, non etiam noua hypothecaria, Id est restitutoria aliqua personali, nulla verò restitutoria hypothecaria. Ergo restitutoria noua actio est non vetus renouata.

ERROR VI.

De stipulatione interposita iudicio sistendi causa: & cur non perpetuet actionem temporalem.

DE duobus solent nostri quærere apud Vlpianum *in d. l. vlt. D. de eo per quem fact. erit.* quæ difficiliorem habent inuestigationem: Primum est, Quomodo fieri possit vt restitutoria contra reum liberatum competat in illa specie, cùm ex stipulatione iudicio sisti & ex satisdatione quæ eo nomine interponi solet, possit actor directam habere actionem ex stipulato, non tantùm contra reum ipsum, sed etiam contra eius fideiussorem, Siquidem non remoratur actionem illam ex stipulatu, quòd reus detentus sit à priuato atque ita impeditus, ne se iudicio sisteret. Adeò vt neque ipsi neque ipsius fideiussoribus exceptio vlla eo nomine competat, dum ne à magistratu retentus sit *l. 2 § vlt. & l. 3. D. si quis cautionem.* Alterum est, Qua ratione fieri queat, vt post interpositam satisdationem Iudicio sisti, tollatur adhuc tempore actio, cùm per eiusmodi stipulationem si non perpetuata actio, saltem præscriptio interrupta esse videatur, *l. constitutionibus 33. de reg. iur.* Ad priorem obiectionem non habet Bartolus quod respondeat, nisi vt dicat eum ab Vlpiano tractati casum, in quo nulla fuerit interposita stipulatio nec satisdatio Iudicio sistendi, idque necessariò dicendum esse. Et ideireo reprehendit ille Accursium, qui scripserat in rubr. illius tituli, Non esse locum edicto De eo per quem factum erit, quominùs quis in iudicio sistat, nisi post præstitam satisdationem Iudicio sisti. Sed pace Bartoli dixerim, meliùs hac parte vt & alias ferè semper Accursius sensit. Quænam enim actio posset ex edicto compe-

rere aduersus eum per quem factum esset, quo minùs reus sisterat in iudicio, si nulla iudicio sisti stipulatio præcessisset? Estque vt videtur, contra Bartolum textus apertissimus *1. §. vlt. dicta leg. vlt.* vbi proponebatur interposita hæc stipulatio, nec eò minus tamen admittit Vlpianus dandam actori actionem ex illo edicto contra eum per quem factum sit quominùs reus iudicio stiterit, vt iam ante nos Castrensis aduersus Bartolum disputauit. Quanquam si quis in Bartoli verba iurare vellet, facile respunderet, non tractari eo loco de actione restitutoria quam competere posse negat Bartolus si ea stipulatione Iudicio sistendi causa facta possit agi, sed de actione quæ prima edicti parte promittitur contra eum cuius dolo malo factum est, ne reus iudicio sisteretur: Quam non negat Bartolus dari omni casu aduersus impedientem, scilicet actori, si modò aliquid eius intersit. Nam reo impedito non datur indistinctè sed ita demum si non sit ille ex ea causa exceptionem habiturus contra actorem, *lege prima, § si reus eodem titulo*, quam porrò nunquam habet cùm à priuato impeditus est, sed tùm demùm, cùm à magistratu *dicta lege secunda, § vltima, & lege tertia, D. si quis caution.* Nempe quia nec rei quicquam interesse videtur, cùm habet exceptionem. Fortior itaque ratio quæ obstat Bartolo illa est, quod quisquis in ius vocatus est, aut venire ad Prætorem debet, aut satis vel cautum dare *toto titulo In ius vocat. vt eant vel sat. vel caut. dent.* Cùm ergo hic tractatus non ad alios pertineat, quàm qui in ius vocati non venerunt, non magis fieri potest, vt alicuius dolo impeditus sit reus ne ad iudicium veniret ante interpositam satisdationem, quàm vt impeditum illud interuenerit ante factam in ius vocationem: Atqui Vlpianus apertè loquitur de eo qui vocatos in iudicium non venit: Igitur & de illo qui ne inuitus raperetur in ius, satisdederit venturum. Non nego aliud edictum esse quod propositum est in eum qui in ius vocatus non venit id est nec venire voluit, nec satisdare se venturum, & iudicio stiturum. Aliud verò quod propositum est in eum qui vocatus in ius non quidem venerit eo ipso tempore, sed satisdederit se iudicio stiturum certa die, nec tamen ad dictam diem venerit: Vt vel ipsa titulorum & capitum edicti diuersitas ostendit: Sicut & aliud est, si quis vt eximat eum qui vocatur In ius, needum satisdedit Iudicio sisti, Aliud verò si quis eum qui & iam vocatus est, & satisdedit se iudicio stiturum impediat ne sistatur. Sed dico inutilé nulliúsque effectus futuram in ius vocationem, si reo qui in ius vocatur, liberum sit nec venire, nec satisdare Iudicio sisti, & si talis casus contingeret, siue per imperitiam siue per indulgentiam actoris, ex integro faciendam vocationem, quoniam alioqui non haberet Prætor quid facere posset pro indemnitate actori præstanda. Illa ergo sola superest quæstio, à qua se euoluere Bartolus non potuit, Cur necessaria sit restitutoria actori aduersus reum tempore liberatum, si is qui dolum admisit soluendo non sit, cùm habeat actionem ex stipulatu contra reum ipsum adeóque contra ipsius fideiussores, quæ possit esse quasi subrogata in locum illius quæ vel per vsucapionem amissa fuerit, vel per temporis præscriptionem. Respondet Castrensis nec insubtiliter vt sibi videtur, subtiliùs certè quàm Bartolus, Non posse stipulationem hanc, aut actionem quæ ex ea competit dici subrogatam in locum prioris: Imò potiùs habendam esse pro prioris veluti sequela vt priore siue amissa, siue extincta hæc quoque aut amittatur pariter aut extinguatur. Quam in rem affert responsum elegans Pauli *in l. si enim* to. *§. qui iniuriarum D. si quis caution.* vbi cùm is qui iniuriarum acturus erat proponeretur stipulatus ante litem contestatam vt aduersarius iudicio sisteret, & commissa stipulatione mortuus esset. Negat Paulus actionem ex stipulatu hæredi eius competere: Quia inquit, tales actiones propter rem ipsam darentur, Iniuriarum autem actio hæredi non competit. Et addit, Quamuis enim hæc stipulatio iudicio sistendi causa facta ad hæredem transeat, tamen in hac causa danda non est. Nam & defunctus si vellet omissa iniuriarum actione ex stipulatu agere, non ei permitteretur, Ac quia videt Castrensis, tractare Paulum de eo casu quo actio iniuriarum ob quam interposita fuerat hæc stipulatio, amissa sit morte actoris, Ne quis ideò putet minùs pertinere locum illum ad quæstionem nostram: Ait nihil interesse an quo alio modo perempta sit actio: Et rectè, Nisi quòd putat prętermissum fuisse à Paulo hunc casum qui tamen non est prætermissus, si modò recepta lectio sic emendetur, prout emendandam esse docuimus in Rationalibus. In illis namque verbis *omissa iniuriarum actione* legendum est *amissa* non *omissa*, vt eo nomine significentur modi omnes quibus actio iniuriarum amitti potest, Amittitur autem si vel annus præterierit, vel iniuriam siue expressè siue tacitè remiserit is qui eam passus est *l. non solum 11. §. 1. D. de iniur. l. si tibi 17. §. 1. D. de pact.* Sed tamen vereor ne Castrensis licèt proximè accesserit ad id quod dicere debuit, non omnino tamen iuris rationem hac parte sit assecutus. Verissimum enim est quod ille negat stipulationem hanc ideò interponi vt subrogetur in locum prioris actionis ob quam interponitur, non vt sit illius quædam veluti sequela vt Castrensis loquitur: nec tanquam accessoriè quod Bart. admittit. Nec rursus tanquam quæ cum alia cumuletur æquè principaliter vt *in l. item illa 18. §. quod adiicitur. D. de pecul. constit.* Sed tanquam sola nedum principalis. Nam cùm sit actio prætoria, & ex earum numero quæ communes appellantur, quòd sint non tantùm iudiciales, sed etiam cautionales *l. prima, §. prima, D. de prætor stipulat.* Habet hoc proculdubio ex natura cautionalium omnium stipulationum, quod actionem priorem nouat & perimit, sed ita tamen vt eius naturam induat, & vicem repræsentet. Ideò enim cautionales appellantur quòd in iis tota stipulatoris cautio consistat, quòdque vt nouatio fiat intercedant, quomodo habet vetus lectio, *d. lege prima, de prætor. stipulat.* Apertiore sensu, quàm ille sit qui ex Florentia elicitur, quæ habet *vt noua actio fit.* Nam & noua actio est quoties nouatio fit, licèt non è conuerso fiat nouatio quoties noua actio est. Non ergo debuit Castrensis negare actionem hanc ex stipulatione iudicio sisti esse subrogatam in locum veteris actionis, Nec rursus habere illam pro sequela tantùm, vt neque Angelus eos reprehendere qui ex eo maximè loco probant Actionem subrogatam in locum alterius sapere naturam eius in cuius locum subrogatur, sed debuit vterque potiùs fateri subrogatam esse per nouationem, & ob hoc ipsum censeri eiusdem naturæ & actionis, cuius erat prior illa actio, in cuius locum fuit subrogata, Vt priore quoquomodo vel amissa vel perempta, hæc quoque intercidat, tanquam quæ non detur nisi ob rem ipsam quæ in iudicium deducitur, quomodo ratiocinatur Paulus *in d. § qui iniuriarum.* Id est, non accessoriè vt Bartolus interpretatur, sed vt res de qua actio instituitur, sit magis in tuto, & vt magis cautum sit actori, Quemadmodum pluribus à nobis explicatum est, & omnium cautionalium stipulationum exẽplis clarissimè demonstratum *libro tertio Coniecturarum capitulo primo.* Dices fortasse, Si ita est vt hæc

stipulatio

stipulatio nouet præcedentem actionem, Non ergo fieri posse vt præcedens illa actio amplius amittatur tempore aut quo alio modo, cùm iam semel perempta sit per nouationem. Omnis siquidem nouatio prioris actionis peremptio est, & in sequentem transfusio *lege prima, D. de nouat.* Fieri autem nequit vt semel perempta actio vel perimatur posteà vel amittatur. Et hic alius certè nodus est qui difficultatem non exiguam implicitam habet. Sed respondendum est, quod iam docui in Rationalibus, Cùm dicimus Amitti actionem tempore, aut qua alia ratione, postquam per nouationem hanc iam perempta est, Ita nos intelligere, vt eos ipsos amittendæ prioris actionis modos retineamus, per quos amitteretur prior illa actio si qua post nouationem superesset. Nam cùm hæc nouatio fiat ob id solùm vt magis cautum sit stipulatori, non potest fieri ex ea stipulatoris conditio deterior, sed tantùm melior, vt euenit in nouatione quæ fit per contestationem, *l. aliam 29. D. eodem titulo de nouation.* ita vt etiam post interpositam stipulationem atque ita factam nouationem prioris debiti causa subesse adhuc & durare quodammodo videatur, *l. cùm filius 76. §. hæres meus de legatis secundo.* Sed neque per hanc stipulationem Iudicio sisti aliter fieri nouationem prioris actionis credendum est quàm si stipulatio committatur, reo se iudicio non sistente: Alioqui eueniret vt reus qui stipulationi paruisset & ad dictã diem se iudicio stitisset nulla penitus actione conueniri posset, neque ex stipulatu, quia promissioni suæ satisfecisset, neque ex priore quæ scilicet iam per nouationem perempta intelligeretur: Atque ita propter stipulationem maneret actor sine actione, qui tamen non alio fine stipulatus esset, quàm vt magis cautum haberet. Ideóque Paulus *in dicto §. qui iniuriarum*, ponit commissam fuisse stipulationem Iudicio sisti, vt ostendat de sola actione ex stipulatu posse, quæstionem superesse, non de actione iniuriarum, de qua tamen sola è contra quærendum esset si commissa stipulatio non fuisset. Cæterùm post commissam quoque stipulationem nouatámque priorem actionem, nihilominùs necesse est vt de priore actione quærendum supersit, an vel tempore, vel quo alio modo amissa fuerit, necne, saltem ob hoc ipsum vt sciatur an ex stipulatione agi possit, cùm non possit, vt dixi, durare actio ex stipulatu post id tempus quo prior actio sublata esset. Qui sensus est *d. § qui iniuriarum*, in cuius specie commissa erat stipulatio, propterea quòd reus iudicio non stiterat, & tamen, quod mirum sanè est resoluitur iam commissa stipulatio vt ex ea non possit hæres stipulatoris agere quia nec iniuriarum agere posset, quamuis nouatio nulla intercessisset, cùm tamen extra hanc causam regulare sit vt semel commissa stipulatio nunquam resoluatur, *l. euicta 16 §. si seruus, l. habere licere 57. §. 1. D. de euict.* Quòd si antequam stipulatio committeretur amissa sit actio vel tempore, vel quo alio modo, Tum verò certissimum est nullam actori superesse actionem, neque veterem, quia ponimus amissam eam esse, priùs etiam quàm nouata fuerit, Neque ex stipulatu cùm stipulatio needum commissa sit, nec amplius committi posteà vnquam possit. Et ideò prorsus necessaria est actori restitutoria actio ad indemnitatem consequendam, si soluendo non sit is cuius dolo malo factum est ne reus iudicio sisteretur, néve stipulatio Iudicio sisti committeretur. Hic verò casus est quem tractat Vlpianus *in dict. leg. vltim. in principio, De eo per quem fact. erit.* Nam si poneres commissam esse stipulationem, vtique non indigeret actor actione restitutoria, quæ non nisi in subsidium & qualibet alia deficiente datur. Nec si commissa illa stipulatio posteà resolueretur, puta per mortem eius qui ob actionem iniuriarum talem interposuerat stipulationem: idcò tamē posset dari actio ex edicto De eo per quem fact. erit, aduersus eum qui dolo malo cautionem eludere voluisset. Non enim propter dolum illum hoc eueniret vt inutilis esset actio ex stipulatu, sed propter mortem actoris quæ ante litem contestatam superuenisset, dummodò tantum temporis intercessisse constaret vt litis contestatio fieri ante mortem actoris potuisset. Neque dolus tertij vllo casu parere potest actionem ex illo edicto, nisi cùm in causa fuit non solùm vt reus iudicio non sisteretur, sed etiam vt stipulatio Iudicio sisti non committeretur. Potest enim fieri vt reus ad dictam diem non sistatur, nec tamen stipulatio committatur, etiamsi prior actio nondum tempore amissa sit, Puta si reus iustam habuerit excusationem ne ad diem veniret remissa ei necessitate sistendi ad eam diem per stipulatorem ipsum, dolo malo alterius, vt ita faceret, persuasum. Finge Titium dolo malo persuasisse Sempronio vt sistendi necessitatem remitteret Mæuio, Quasi factutus esset, vt Sempronio præstaret Mæuius omne id de quo accipiendum erat iudicium, ita vt de prosequenda lite dictandoque iudicio diutius laborandum actor non haberet, Non poterit Sempronius imputare Mænio, cur non stiterit, nec aduersus eum aut eius fideiussorem agere ex stipulatione, Sed cùm solus ipse dolum passus sit à Titio, cogendus erit, si volet indemnitatem consequi, agere contra Titium ex edicto, Qui si soluendo non sit, tum demum æquum est dari restitutoriam aduersus Mæuium si interim vel vsu adquisierit rem quæ petebatur, vel tempore liberatus fuerit. Nec enim consensus Sempronij à Titio decepti vsque adeò ei nocere potest, vt suæ prioris actionis iacturam eum effectu pati debeat, Quod eueniret si regressum aduersus Mæuium habere nullum posset Fateor non debere restitui actionem ex stipulatu quę circumducto die ad quam sisti reus debuit inanis facta est ex ipsius stipulatoris voluntate, quamuis extorta sit ea voluntas dolo malo Titij si non Mæuius quoque dolum illum participasse probetur: Quo casu esset actio quoque ex stipulatu vtilis, quoniam aduersus exceptionem pacti daretur Sempronio replicatio doli. Sed dico, Sublata actione illa quæ competere poterat ex stipulatione iudicio sisti si Sempronij consensus non interuenisset, superesse primam actionem, quam licèt interim amissam, tantò magis restitui æquum est, cùm ex illa parte non veniat Sempronius contra factum suum, *argument. leg. cùm te 32. paragrapho mulier. D. de condict. in deb. leg. quoties duplici 91. de regulis iuris.* Præsertim cùm illud etiam concurrat, vt nouatio nulla facta sit prioris actionis per stipulationem, quæ commissa nunquam fuit, *leg. si Stichum 8. paragrapho si quis ita leg. quoties 14. D. de nouat.* Et hæc quidem ad priorem dubitationem diluendam sufficiant. Posterior longè leuior est: Nam interposita satisdatio Iudicio sisti non potest perpetuare obligationem & actionem veterem: Ideò quia interponitur ante litem contestatam, adeóque antequam veniatur ad Prætorem, Malentę scilicet eo, qui in ius vocatus est, satisdare Iudicio sisti quàm in ius venire. *Ex tit. In ius vocat. vt eant vel sat. vel caut. dent. d. l. si eum 10. §. qui iniuriarum D. si quis caution.* Nec proinde referenda est ad iudicium iam acceptum, sed ad accipiendum, cuius tempus non aliud est quàm litis contestatæ, *leg. 2. §. quæsitum D. de priua. delict.* quia eo tempore & iudex dabatur, & formula dictabatur atque ita iudicium accipiebatur.

Sola

…a potest contestatio : Ita est quæ actiones tempo… …perpetuat, & quidem in infinitum si ius vetus …specamus, In aonum vel quadragesimum, si ius …m ex *l. cum notissimi & l. vlt. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Cur verò per eiusmodi stipulationem & … m sui adinnem non interrumpatur præ… actionis, quæ alia quæstio est. Rationem … nostri omnes afferunt, nec malam, quòd in … præscriptione 30. vel 40. annorum, quæ odiosior …ò est, exercitur, quòd nec titulum, nec bonam fidem requirat, & de qua non potest Vlpianus intel… m eius temporibus adhuc incognita esset, Ita … per solam citationem dummodò iu… …m & ex authoritate competentis iudicis factam interrumpatur, *l. sicut* … Nec enim illi qui citationem fieri curauit, tanta potest imputari negligentia, quæ tamen sola præscriptioni tricenariæ, vel quadragenariæ locum facit. In cæteris verò præscriptionibus quæ fauorabiliore existimantur, quæ scilicet sunt longi duntaxat temporis aut alterius quidem breuioris, sed tamen competentes ex natura actionis quæ ab initio sic inducta sit vt esset temporalis, puta si agatur de redhibitoria, vel Quanto minoris, sola citatio non potest sufficere ad interruptionem, sed requiritur litis contestatio, quæ & interrumpit præscriptionem, & perpetuat actionem: Aut saltem ea forma seruari debet quæ … statuta est in *l. vt perfectius 2. iunct. l. vlt. C. de ann. excep.* Addunt nec contestatione interrumpi … usucapionem ex *l. si post acceptum 18. D. de rei vind.* quia omnium fauorabilissima est cùm & titulum & bonam fidem requirat, & præterea introducta sit per legem duodecim tabularum fauore boni publici, *l. 1. & pass. de vsucapion.* Sed in hoc tamen faciunt nostri parum subtiliter, qui vsucapionem numerant inter temporis præscriptiones, cum recensenda sit potius inter modos acquirendi iure ciuili dominij, Quomodo ab Vlpiano factum in *Frag. tit. 19. De acquisit. rer. dom.* Nec enim qui …pit acquirit sibi exceptionem aut liberationem … dominium & directam rei vindicationem, nec … tempore quàm vsu vt nomen ipsum vsucapionis sonat. Et idcirco Vlpianus *in d. l. vlt. De eo per quem fact. erit*, duos illos casus distinguit, & separat, quam diuersos, An amissa sit actio per vsucapionem, an per temporis aliquam præscriptionem. Idémque hodie iuris est de præscriptione longi temporis, posteaquàm Iustiniano placuit transformare vsucapionem in longi temporis possessionem, & vicissim longi temporis possessionem in vsucapionem *in l. vnic. C. de vsucap. transform.*

ERROR VII.

De sententia, & ratione legis planè si filium 94. paragrapho primo de legat. 1. & de alienatione rerum fideicommissarum inspecto iure vetere.

Hic alius locus est quo suprà diximus, mouetur Castrensem *ad l. si heres institutus 70. §. vlt. D. ad SC. Treb.* vt existimet restituenda esse fideicommissario vniuersali actionem temporalem quæ amissa sit per negligentiam hæredis ante restitutam hæreditatem: si hæres soluendo non sit ad præstandam fideicommissario plenissimam indemnitatem. Quasi Iulianus *in d. l. planè si filium 94. §. 1. de legat. 1.* consentiat cum Vlpiano *in l. vltim. De eo per quem fact. erit*, de cuius sententia proximè diximus, idémque hac in re loci vtriusque sensus sit: Tractat Iulianus de eo qui rogatus hæreditatem restituere ex qua seruus eius erat institutus posteà eum seruum alij vendiderat, priusquam ipsum adire iussisset. Quærit autem, si seruus ille postmodum adierit iussu emptoris, atque ita commodum hæreditatis ei acquisiuerit, An cogendus sit emptor restituere hæreditatem, possitque in eam rem à fideicommissario conueniri, Dubitationem faciebat ex vna parte quòd non fuerat emptor rogatus, sed venditor: Absurdum autem videatur alium fideicommissi nominè vrgeri quàm qui fuerit ipse rogatus, *l. quidam cùm filiusfamilias 4?. D. de hær. inst. l. cùm epistolam 75. in princ. leg. Lucius 78. § tres hæredes versic. respondit non prepom D. ad SC. Treb.* Ex altera verò parte mouebat quòd venditor idémque prior dominus serui institutus & rogatus hæreditatem restituere, non eam possideat, nec dolo malo fecerit quominus possideret. Nec enim ponimus dolo malo factam esse venditionem & intercipiendi fideicommissi gratia: Quæ res induceret, vt post venditionem quoque haberi deberet pro possessore venditor, cuius dolus interuenisset, quia dolus pro possessione est, vt habet vulgata iuris regula. Æque autem absurdum & inconueniens videatur, conueniri quem ad restituendum id quod nec amplius habeat, nec dolo desierit habere. Item quòd non aliter teneatur dominus ex huiusmodi fideicommisso quàm si per seruum hæres factus sit *l. si alienus 62. de legat. 2.* Nunquam autem per hunc seruum factus est hæres venditor, qui eum vendidit ante aditionem. Placet tamen Iuliano compellendum esse venditorem ad restitutionem fideicommissi, Ratione illa, quòd habeat pretium hæreditatis quam restituere rogatus est, & consequenter ipsam quoque hæreditatem habere videatur: Nam in iudicijs vniuersalibus quale illud est, quo hæreditas fideicommissaria petitur, certum est succedere pretium loco rei, *l. si & rem & pretium 22. D. de hær. pet.* quia vt benè Accursius notat, tantò carius vendidit seruum emptori, qui spe acquirendæ sibi per eum seruum hæreditatis haud dubiè pluris eum emit, quàm fuisset alioquin empturus. Est enim longè pretiosior seruus ob id quòd hæres institutus est, tantóque saltem dignus pretio quanti hæreditas est, quæ per eum acquiri domino potest. Et ob eam causam responsum est à prudentibus, Si seruus eius qui fuerat institutus sub conditione, si eum dominus manumitteret, occisus sit, In actionem legis Aquiliæ, quæ eo nomine contra occisorem datur, venire ipsius etiam hæreditatis æstimationem, quòd per mortem serui defecerit conditio quæ fuerat adimplenda ad acquirendam hæreditatem, *l. inde Neratius 23. §. idem Iulianus D. ad l. Aquil.* Is autem ad quem hæreditas ex emptione serui hæredis scripti peruenerit, ex causa, inquit Iulianus, cogendus erit fideicommissum præstare, idest si dominus serui hæredis scripti soluendo non erit. Ex quibus postremis Iuliani verbis apparet non esse in arbitrio, & electione fideicommissarij contra quem agere velit, an contra venditorem, an potiùs contra emptorem: Sed omnimodo cogendum eum vt agat aduersùs venditorem, nec priùs permittendum ei vt emptorem inquietet, quam constiterit venditorem soluendo non esse: Est enim hic ordo non voluntatis, vt Castrensis primùm credidit, sed necessitatis, quod & Castrensis ipse tandem fateri coactus est. Quemadmodum & in specie *d. l. vlt. de eo per quem fact. erit.* si vellet actor restitutoriam petere & exercere contra reum, qui iam vel vsucapionem compleuisset, vel tempore liberatus esset, antequam constaret soluendo non esse illum cuius dolo male factum esset ne reus iudicio sisteretur, malè ageret ac præposterè, nec audiri deberet, vt idem Castrensis fatetur, *ad*

dictam legem ult. Nec moueri in contrarium Castrensis debuit *ad d.l. planè § 1.* ex eo quòd ait non potuisse vendi seruum, nec alienari hæreditatem in præiudicium fideicommissarij. Nam imò verò iuris veteris ratio illa fuit, vt valeret alienatio ab hærede facta, tanquam à domino rerum fideicommissarum si modò facta esset ante restitutam hæreditatem, cùm ante restitutionem fideicommissi, quæ saltem verbo facta esset nihil penitus iuris in restituenda hæreditate haberet fideicommissarius, nec in rebus hæreditariis, *l. 1. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. l. sestimia 57 in princ. l. facta 63. ad SC. Treb.* Nec aliud remedium supererat fideicommissario, nisi vt res alienatas imputaret hæredi in quartam falcidiam, *l. Marcellus 3. §. res quæ, eod. tit.* pro reliquo autem, quod suprà quartam alienatum esset, institueret persecutionem fideicommissi aduersùs alienantem quousque sibi plenissimè restitutum fuisset fideicommissum, *l. debitor 59. versic. neque fideicommissum dict. l. si hæres 70 §. 1. eod. tit.* vbi quod dicitur, Si hæres antequam fideicommissam hæreditatem restitueret, alienauerit quidpiam ex hæreditate, aut seruum hæreditarium manumiserit aut superit quid vel fregerit, vel vsserit, non competere in eum vllam ciuilem actionem restituta posteà hæreditate ex Senatusconsulto Trebelliano, sed ex fideicommissi causa esse hoc quod deperierit persequendum, sic accipi proculdubio debet, vt eam persecutionem fieri necesse sit aduersùs hæredem ipsum, non aduersùs emptorem: qui nec vllus fingi potest eo casu quo vel seruus manumissus sit, vel fractum quid, vel vstum ex rebus hæreditariis. Primus Iustinianus fuit qui prohibuit alienationem rerum fideicommisso subiectarum, etiamsi vel dies vel conditio fideicommissi nondum venerit, Adeò vt posteà existente quandoque die vel conditione perinde habenda sit alienatio ante facta, acsi nec scripta esset nec penitùs celebrata, vt nec vsucapio nec longi temporis præscriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat. Hæc enim Iustiniani verba sunt *in l. vlt. §. sin autem sub conditione C. commun. de legat.* Ad quam constitutionem videtur mihi respexisse Tribonianus cùm in eleganti responso illo Iuliani addit ea verba, *libertate fauore sui seruata.* Non enim fauore vllo libertatis, sed ea mera iuris ratione fiebat olim vt seruus in hæreditate fideicommissaria relictus, & ab hærede etiam sciente manumissus, siue ante, siue post diem fideicommissi cedentem, & liber esset, & maneret. Nullo siquidem casu retractari & reuocari poterat libertas, quæ semel competierat, nec si in alterius fraudem data probaretur. *§. si ei qui Instit. de eo cui libert. caus. bon. addic. l. & tot. tit. C. si aduers. libert.* Hodie fauor libertatis necessarius est vt ea libertas conseruetur ex eiusmodi manumissione quæ alioquin ex generali lege Iustiniani sic habenda esset, acsi nec celebrata foret. Neque huic sententiæ nostræ aduersatur quod *in l. vlt. §. vlt. de leg. 2.* Scæuola respondit, si maritus hæredem vxorem instituerit, cuius post mortem aperiri codicillus præcepit, & vxor prædium hæreditarium infructuosum rationi suæ æstimans vendiderit, non posse venditionem post mortem mulieris retractari ab iis quibus hæreditas codicillis per fideicommissum data deprehenderetur, sed propter iustam ignorantiam tum mulieris, quàm emptoris hæredem mulieris vt fundus apud emptorem remaneat fideicommissario pretium dare debere. Nec enim is Scæuolæ sensus est, vt si iusta tam mulieris quàm emptoris ignorantia non interuenisset, permitti deberet fideicommissario rem venditam vindicare, emptorique auferre: Sed hic potiùs vt hæredi mulieris iusta illa ignorantia prodesse debeat, ne ad id omne quo fideicommissarij ex ea causa interest, teneatur, sed solius pretij præstatione liberetur: Exemplo eius quod non dissimiliter scriptum est à Callistrato *in l. si hæres 63 eod. tit.* Si hæres rem legatam ignorans in funus consumpserit non teneri eum actione ad exhibendum, quæ scilicet datetur ad id quod actoris interesset, quia, inquit, nec possidet, nec dolo malo fecit quominus possideret. Sed per in factum actionem legatario consulitur, vt indemnitas ei ab hærede præstetur. Quamquam non possum dissimulare quin apud Scæuolam valde suspecta mihi sint verba illa, *vt fundus apud emptorem remaneat,* quæ si retinerentur, vtique interpretationem nostram non paterentur. Significarent enim apertissime auferendum emptori fundum si iusta illa & quidem vtrius que tam mulieris quam emptoris ignorantia non interuenisset: Quod tamen euidenter falsum est. Quo enim iure emptor inquietari à fideicommissario temporibus Scæuolæ potuisset? An directa rei vindicatione? Atqui non poterat illa competere fideicommissario, nisi pro iis rebus quæ in bonis eius factæ essent per restitutionem hæreditatis, in quo nu mero contineri non poterant eæ, quæ ante restitutam hæreditatem fuissent alienatæ, *d. l. facta 63. & d. l. si hæres §. 1. ad SC. Treb.* An potius hypothecaria? Atqui nec illud inductum adhuc erat à Iustiniano, quod induxit, *l. 1. & comm. de legat.* vt legata & fideicommissa priuilegio vllo tacitæ hypothecæ gauderent. Sunt ergo verba illa non Scæuolæ, sed vel Interpretis, vel Triboniani respicientis ad supradictam Iustiniani nouam constitutionem *in d. l. vltim. § sin autem sub conditione eod. tit.* Cæterum vt ad Iulianum redeamus *in d. l. planè §. 1. de leg. 1.* frustra est quærere an in ea specie potuerit dominus alienare hæreditatem aut res hæreditarias in præiudicium fideicommissarij, cum non proponeretur dominus alienasse quicquam ex hæreditate restituenda, sed seruum duntaxat suum qui fuerat institutus, & per quem poterat non acquirere hæreditatem, ea neque postea fideicommissario secundùm testatoris voluntatem restituere si eum ante venditionem adire iussisset. Ita quod vendito seruo, qui fuerat hæres scriptus, ipsa quoque hæreditas vendita esse, & pretium eius ad venditorem peruenisse intelligitur, non est nisi per consequentias, eas que adeò necessarias vt nec vlla iuris arte prohiberi possint. An non enim esset absurdum impediri dominum serui hæredis instituti ne vendat cum ante aditam hæreditatem ob hoc solùm quod per eiusmodi venditionem futurum sit vt hæreditas perueniat ad emptorem, qui de ea restituenda rogatus non fuit? Cùm in eiusdem domini potestate sit hæreditatem sibi per seruum delatam repudiare, quoniam & legatum repudiare posset, quamuis semper lucrosum, *l. legatum 7. de leg. 1. iunct. l. si hæreditatem. 38. D. manda.* Nam & citra repudiationem sufficeret, vt seruo non iuberet adire hæreditatem, quam scilicet adire seruus sine iussu domini præcedente non posset, ne inuitum aut ignorantem dominum obligaret æri alieno, *l. qui in aliena 6 in princ. D. de acq. hær.* Satis igitur esse debet fideicommissario vt per eam serui instituti venditionem, fideicommissum non intercidat, sed nihilominus peti possit ab ipso venditore quasi adhuc hæreditatem possideat, qui pretium eius possidet. Adeòque quod longè dubius est ab emptore ipso si venditor non erit soluendo, quamuis emptor nullo modo fuerit rogatus. Vnde illud etiam sic vt putem, quamuis hæreditas illa fideicommissaria longè pluris sit quàm pretij nomine redactum fuerit ex venditione serui, non ideò tamen ad aliud teneri venditorem quàm vt pretium quod accepit restituat, Nec illud tamen integrum, sed quantò cariùs duntaxat vendiderit propter spem

iam

... m acquirendæ hæreditatis, id est detracto quanti per se fuit seruus, quanti q e vendi potuisset etiamsi ... ares scripto non fuisset. Plus puto, Etiamsi venditor non sit ... vt fideicommissario æquum sit ... ctionem in subsidium aduersus emptorem, ... ad aliud teneri emptorem posse quàm vt ... ipsum pretium præstet quod præstare venditor teneretur si soluendo esset, nec quicquam amplius. Cur enim ob inopiam venditoris in plus teneatur quam ipse venditor, qui & principaliter & directa ex testamento actione conuentus iam fuit? Conuentum siquidem necessariò ponendum est antequàm ad emptorem perueniatur, vt ea cessio facta videri possit, nisi tam euidenter & notorie non soluendo esset venditor vt hoc ipso excussionem pro facta haberi oporteret: quemadmodum in specie *legis vltimæ De eo per quem fact. erit*, Castrensis tradidit ad eum locum. Hoc verò nec Accursius, nec Interpretes cæteri percepisse videntur, qui existimant ex hac Iuliani sententia fieri vt emptor à fideicommissario conuentus, & re & pretio simul cariturus sit: quod certè non ita est. Neque enim dubitur in eum actio fideicommissario ad res hæreditarias siue per vindicationem, siue per hypothecariam euinceodas, sed tantùm, vt dixi, ad pretium quod iam semel venditori persoluerit. Atque ita fiet quidem vt bis idem pretium soluere compellatur, quod per se iam satis durum est, At non vt cogatur carere rebus hæreditariis, quod esset longè durius. Nam præter id quod eius interesse maximè potest habere res hæreditarias potiùs quàm ab earum pretio iterum præstando immunem esse, Credibile est longè maioris pretij esse hæreditatem, posteaquàm emptori per seruum acquisita est quam fuerit seruus ipse tempore venditionis, Quo tempore suberat tantùm spes acquirendæ hæreditatis, quæ spes facilè poterat intercidere mortuo fortassis seruo antequàm a nouo domino adite fuerit, aut superueniente aliqua noua causa quæ faceret ei suspectam hæreditatem.

ERROR VIII.

De sententia & lectione l. si alienus 62 de legat. 2. l. vltim. in princip. De legat. 3. & l. 2. D. de institut. action.

CVr verò in emptorem detur subsidiaria & vtilis fideicommissi persecutio, qui non fuit rogatus, quod per se durum esse diximus ratio quæ subobseura videtur, non tantùm ea æquitate illa petenda est, Ne aliter posito iure fideicommissum intercideret ex facto venditoris, quod iniquum esset, *d. l. quidam ita 25. § si quis filium in fin. ad SC. Trebell.* Sed etiam ex donc ipsa iuris, Quòd huiusmodi fideicommissum iniunctum domino serui hæredis instituti capiat vires ea persona serui, non ex persona ipsius domini quoties alij quam seruo dominus restituere rogatus est, *l. cùm filiusfamilias 11. de leg. 1.* Quid ergo mirum est, si emptor idémque nouus dominus huius serui cogatur præstare fide commissum hæreditatis quam per seruum ipsum quæsiuerit? Nam & si seruus ipse institutus, manumissus fuisset ante aditionem & liber factus adisset, perinde hoc fideicommissum præstare cogeretur, *l. si alienus 62.* vbi manifestum est post verba illa *Nec seruus* legendum esse addita negatione, *quia rogatus non est de legat. 2. l. a patre 4. de legat. 3.* Porrò quæ ratio seruum institutum obligat, vt si adierit manumissus hæreditatem restituere debeat, Eadem obligat nouum dominum qui eum adire iussit vt æquè restituat, Vna scilicet nimirumquòd fideicommissum hoc ex persona serui vires accipiat, Itaque illud potiùs mirandum est, cur apud Iulianum & in specie *d. l. planè §. 1.* non detur actio fideicommissario recta in emptorem, quamuis venditor sit soluendo, cùm factus sit hæres per seruum qui ipse rogatus videtur, quomodo credendum est fuisse testatorem preces ad eum suas directurum, si credidisset fore, vt ad eum hæreditas perueniret Quo exemplo illud etiam longéque probabilius dici potest perinde fuisse testatorem petiturum à nouo domino vt hæreditatem restitueret, si eum petiit ab eo qui tum dominus erat si hanc dominij mutationem ante aditionem hæreditatis futuram prauidisset. Ratio autem alia quærenda non est, quàm quæ affertur à Iuliano, quòd venditor eam ipsam hæreditatem habere videatur, quam restituere rogatus est, cùm eius pretium habeat. Ex qua ratione intelligimus aliud eum responsurum fuisse, si prior dominus seruum hunc hæredem scriptum non vendidisset sed donasset. Nec enim hæreditatem propter seruum habere videretur is, qui donasset, qui scilicet post donationem, neque seruum, neque hæreditatis pretium aut quicquam aliud in vicem hæreditatis haberet, *leg. quod si donauero 40. iunct. duab. præced. D. de vsufr.* Quare ad rem non pertinet si quis eo casu obijceret, Rogatum fuisse priorem dominum, posteriorem verò rogatum non esse. Nam neque priori domino debet nocere quod fuerit rogatus, cùm habendus sit pro rogato sub illa demùm conditione, si hæres esset *d. l. si alienus*, quæ conditio deficit alienato per eum seruo ante aditionem: Neque posteriori domino prodesse quòd rogatus ipse non fuerit, cùm preces defuncti quamuis ad priorem dominum directæ perinde habendæ sint, acsi ad seruum ipsum directæ essent, vt consequenter perinde obligent posteriorem dominum qui per seruum hæres factus est, atque priorem obligassent si seruus alienatus non fuisset. Atque ita debet accipi quod concludit Rufinus *in d. l. si alienus*, iis verbis, *itaque vtilis actio hoc casu competit, vt is ad quem emolumentum hæreditatis peruenerit & fideicommissum præstare compellatur*: Scilicet vt ita demùm bona fit hæc ratiocinatio, si is ad quem hæreditatis emolumentum peruenit, ille ipse sit ex cuius persona fideicommissum vires accipit, aut per ipsum hæres factus sit. Alioqui certum est non ex eo solo deberi ab aliquo fideicommissum, quod hæreditas fideicommissaria quoquomodo ad ipsum peruenerit, vt constat ex *d. l. plane in princ. & ex l vlt. in princ. De legat. 3.* vbi legendum esse *instituit* pro *substituit*, benè docuit Cuiac. *lib. 2 obseru cap. 32.* & in fine responsi *patris* pro *fratris*: Nisi quis circa priorem emendationem probabilius putet, vt neque *instituit* legamus, neque *substituit*, cùm verbum *instituit* paulò post appositum in vers. *deinde ille extraneus hunc filium hæredem instituit*, vtrique sententiæ construendæ commodissime maiorique elegantia subseruire possit. Probabile namque est huius rei ignoratione additum primum fuisse verbum *substituit* ab imperito aliquo Interprete quem illud fefellit quod vidit in sequentibus tractari de substituto pupillari. Nec animaduertit alium substitutum fuisse quam extraneum illum qui fuerat institutus, cùm alioqui neque de substituto pupillari, neque de legatis ab eo præstandis quæri posset si substitutus ante impuberem decessisset eo relicto hærede. Quam ob causam coactus fuit Accursius comminisci duos in illa specie fuisse hæredes institutos & pupillo exhæredato substitutos vt præmortuo vno qui hæredem scripsisset impuberem, quæstioni locus in alterius instituti eiusdémque substituti persona relinqueretur. Sed hic rursum quæro, Cùm fideicommissum de quo Iulianus tractat *in d. l. planè §. 1.* ea serui persona vires accipiat

accipiat secundum eiusdem Iuliani sententiam à Papiniano relatam, & probatam in d. l. cùm filiusfamilias 11. de leg. 1. Cur vtilibus tantùm actionibus non etiam directis conueniendus sit ex fideicommisso seruus ipse si manumissus inueniatur aditionis tempore & hæres factus per aditionem, aut posterior dominus qui eum adire iussit. Ratio est in promptu, quia neuter rogatus est, sed prior dominus qui tamen per seruum illum ante aditionem manumissum aut alienatum hæres factus non est. Non enim alius de fideicommisso directa actione conueniri potest quam qui fuit rogatus, vt ostendunt verba dict. leg. si alie. m Superest vt moneamus quod etiam rcentibus nobis satis ex superioribus intelligitur, valde distare casum hunc Iuliani ab illo quem tractat Vlpianus in dicta lege vltima de eo per quem factum erit. Longéque maiorem esse rationem cur apud Iulianum persecutio fideicommissi detur contra emptorem in subsidium, venditore existente non soluendo, quàm vt apud Vlpianum detur restitutoria contra reum tempore liberatum ob id solum quòd soluendo non sit actor, cuius dolo malo factum est, ne reus iudicio sisteretur. Etsi enim emptor in eo fauorabilior videtur, quod causam habet onerosam, ille verò qui tempore liberatus est vel vsucepit, causam lucratiuam habet, nocere tamen illud emptori debet, quod eum seruum possidet, ex cuius persona fideicommissum priori domino iniunctum vires accepit: Ei verò qui vel vsucepit vel ab actione proposita liberatus est tempore, nihil est quod nocere debeat præter rationem illam æquitatis quæ non patitur, vt ex damno alterius ipse locupletetur. Ponimus enim nihil ab eo factum esse dolo malo, solúmque stipulatorem iudicio sisti dolum fuisse passum ab eo solo, qui ne reus iudicio sisteretur, prohibuit, vt fusiùs explicauimus in præcedentibus. Cæterùm quemadmodum locus ille Vlpiani non probat Castrensis sententiam pro fideicommissario vt aduersùs debitores hæreditarios per negligentiam hæredis tempore liberatos regressum habere in subsidium debeat, si hæres non sit soluendo aut de culpa ista non teneatur, ita neque ex supradicto Iuliani responso probari tam improbabilis sententia potest, ob euidentem inter has species diuersitatem, diuersitatisque rationem, quæ ex superioribus satis colligitur. Multò minùs ad rem facit, quod iidem nostri afferunt ex lege prima in fin. & lege secunda D. de institut. action. Interdum debere actionem dari ei qui institorem præposuit aduersùs eos qui cum institore contraxerunt eo nomine quo vt institor contraxit: (Sic enim lego in dicta lege vt institor) si modò non aliter rem suam seruare possit. Etsi enim regulare est vt per liberam personam actio quæri non possit, eos tamen qui cum institore meo tanquam institore contraxerunt, ideò mihi saltem in subsidium teneri æquum est, quod negare non possunt quin contrahendo cum ipso personam quoque meam & patrimonium meum intuiti videantur: Adeò vt ob eam causam obligatum me habeant actione institoria dicta lege prima, & toto illo titulo in quæstione autem nostra de fideicommissario agere volente aduersùs debitores hæreditarios liberatos nihil tale est.

* *
*

ERROR IX.

De differentia hæreditatis cessæ in iure, & eius, quæ restituta sit ex Trebelliano.

PRima hæc occurrit differentia inter hæreditatem cessam in iure, & eam quæ restituta sit fideicommissario ex auctoritate SC. Trebelliani, quòd hæreditas etiam priusquam adeatur cedi potest in iure, sed legitima tantùm, non etiam testamentaria, id est sola illa quam lex detulit agnato proximo, non quã testator hæredi scripto, quemadmodum Vlpianus in Titulis scribit tit. 19. de acquisit. rer. At hæreditas fideicommissaria licet non minùs ab intestato quàm ex testamento dari possit, tracta per prudentum interpretationem potestate legis falcidiæ & SC. Trebell. ad fideicommissa ab intestato quoque relicta, l. filiusfamilias 18 D. ad l. falcid. l. 3. leg. & sine scriptura 5. C. ad SC. Treb. l. recusare 6. § 1. D eod. Nunquam tamen restitui potest priusquam adita sit, nec magis ab hærede legitimo quàm a testamentario. Ideoque omni casu cogendus est hæres, vt adeat hæreditatem & restituat: Præterquam si suus hæres à patre rogatus proponatur. Hic enim cogitur quidem restituere, sed nõ se immiscere, cùm sit hæres ipso iure, nec minùs citra immixtionem quàm citra aditionem, leg. 1. §. qui sunt in potestate D. si quis omiss. caus. testam. leg. in suis 14. D de suis & legit. l. ita tamen 17. § si pater filium. D. ad SC. Trebellianum. Huius verò differentiæ ratio licet prima facie non parum obscura esse videatur, illa tamen afferri vera & germana meo iudicio potest, quod restitutio hæreditatis non aliter prodesse fideicommissario possit ad transferendas in eum actiones hæreditarias ne tum quidem cùm fit ab intestato, quàm si fiat eo ipso modo quo testator voluit. lege 1 [illegible] d. & si alio 9. §. vltimo & lege sequenti, D. ad SC. Trebellianum. l. si mulier [illegible] § ex asse, D. de iur. [illegible] Testator autem voluit restitui hæreditatem ab hærede, hoc est ab eo qui iam factus esset hæres per aditionem, quique haberet ipse actiones quas transferre in alium valeret, cùm alioquin de transferendis iis tractari nullo modo posset. Denique restitutio præsupponit acquisitionem in persona restituentis: At hæreditatis cessio quæ fiat in iure, potestatem totam sumit à lege duodecim tabularum cùm sit vnus ex modis sex acquirendi dominij iure Quiritium, vt Vlpianus supradicto loco scribit, ideoque potest fieri etiam ab eo qui nondum sit hæres, si modò ius habeat hæreditatis acquirendæ. Et huc fortassis pertinet quod habet regula iuris, Non velle hæredem esse illum qui ad alium transferre voluit hæreditatem. leg. non vult heres esse 6. de regul. iur. Nam quod vulgò interpretantur de illo qui hæreditatem sibi delatam in alium transferri passus est, vereor ne non satis conueniat verbis legis quæ non de illo loquitur, qui hæreditatem in alium transferri voluit, sed de illo, qui transferre: quod nescio an alij vlli possit conuenire, quàm ei qui hæreditatem in iure cedit. De quo tamen loqui Vlpianum veteres Interpretes diuinare non potuerunt, qui Fragmenta illa quæ nobis penè sola ex tot librorum naufragio supersunt in manibus nunquam habuerunt: Nam & ex recentioribus qui minùs politi sunt, magísque in Bartolo quàm in Papiniano versati, non desunt qui reliquias istas tam pretiosas negligant, Vidíque magnum Doctorem, vt sibi quidem videbatur, qui cùm inter disputandum vrgeretur aliquando iis sententiis quæ sumptæ essent, vel ex Titulis Vlpiani, vel ex Institutionibus Caij, vel denique

denique ex libris Sententiarum Pauli, solebat illas visu solo eludere, & libros istos omnes *solutaries* vocitare. Sed politiores & elegantiores nostros Doctores, qui ex Romanorum antiquitatum monumentis pleròsque difficiles & perplexos iuris nostri locos enodare didicerunt, magis miror in ea iuris interpretanda, ad cessionem quæ in iure fieret non animaduertisse. Sed illud longè difficilioris videtur esse inuestigationis, Cur olim testamentaria hæreditas cedi non posset antequam esset adita, Legitima vero posset, vt Vlpianus noster refert: An quia minùs iuris in acquirenda hæreditate habeat hæres testamentarius quàm legitimus? Atqui tantò plus iuris habere videtur, quantò fauorabilior esse creditur, cùm causa testati semper præcedat causam intestati, *leg. quandiu 39. de acquirend. hered. l. quandiu. 89. de regul. iur.* Nisi quando testator contrarium disposuerit, vt in *l. si quis ita 82. D. de hered. instit.* Nempe quoniam ei qui in testamento ritè condito hæres institutus est, non tantùm lex defert hæreditatem, sed etiam testator eiusus voluntatem lex hoc casu subsequitur, Ei verò qui ab intestato vocatur, lex sola defert hæreditatem, non etiam paterfamilias, nisi quatenus creditur is velle subsequi voluntatem legis, *leg. 3. in princip. l. conficiuntur. 8. §. 1. D. de iur. codicill.* Cæterùm neque legitimus hæres magis quàm testamentarius quicquam iuris habet in hæreditate nondum adita, ideóque nec ad hæredem suum eam transmittit. Aditio enim hæreditatis sola ea est quæ hæredem facit, non delatio siue à lege illa fiat, siue etiam à testatore *l. delata 151. De verborum signification.* Ratio igitur, ni fallor, petenda ex eo est, quod sicuti delatio hæreditatis legitimæ fit à sola lege, ita & cessio in iure fit ex eiusdem legis potestate, Ideóque facilè se lex interponit vt hæreditatis legitimæ priùs etiam quàm adita sit cessionem fieri patiatur, cùm neque voluntas, neque factum hominis in ea re vllum intercedat, Tam enim facile est legi deferre hæreditatem cessionario ex agnati proximi eiusdémque cedentis voluntate, quàm agnato ipsi, tamque facile hæredem facere cessionarium quàm cedentem. Et ob id Vlpianus *d. l. tum. 19. D. de acquisit. rer.* ait eodem in omnibus iure censeri eum cui hæreditas à proximo agnato in iure cedatur, quo censeretur agnatus proximus si hæres esset. Cessionarium enim hæredem verè fieri & quidem solum & ex toto asse, cùm nolit agnatus proximus hæres esse qui ad alium per cessionem transferre voluit hæreditatem. At in delatione hæreditatis testamentariæ aliud est, quia licèt lex duodecim tabul. perinde confirmet hæreditates testamentarias, atque legitimas *l. lege obuenire 130. D. de verborum signification.* confirmat tamen testamentarias secundum testantis voluntatem quatenus iusta illa est, Nunquam verò aliter quàm voluntas ferat, ne quid vel contra vel præter voluntatem facere videatur. Atqui testator non alij suam hæreditatem ex testamento detulit, quàm ei quem hæredem scripsit, Nec rursum alij delatam eum voluisse credendus est si hæres institutus adire illam ex testamento nollet: Alioqui adscripsisset ei vel substitutum vulgarem, vel saltem cohæredem qui repudiante cohærede quodammodo tacitè substitutus videri posset, *l. potest 36. de vulgar. & pupill. subst. & Institut. eod. titul. in princ. Iunct. l. si Titio 61. § Iulianus de legat. 2. l. non instam 4. C. ad SC. Trebellianum.* Cumque nec substitutum nec cohæredem ei dederit, vix aliud ipsius voluntate suspicari possumus quàm vt deficiente scripto hærede siue quòd nollet, siue quòd non posset adire hæreditatem, haberet successorem agnatum proximum, cui sciebat futurum vt lex hæreditatem deferret. Proinde fieret non modò præter sed etiam contra ipsius voluntatem, si hæredi scripto permitteretur cedere in iure hæreditatem quam ipse nondum adiisset. Cedendo enim faceret hæredem illum quem testator hæredem habere non voluisset, imò verò de quo fortassis nunquam cogitasset atque ita hæreditas præciperetur legitimo hæredi ad quem non solùm ex lege, sed etiam ex tacito defuncti iudicio peruenire deberet. At cùm legitimus & agnatus proximus cedit in iure hæreditatem etiam extraneo, nihil tale nec metui, nec tractari potest. Nam siue expressam, siue tacitam defuncti voluntatem intueare, siue ipsam quoque legis destinationem & potestatem, nemo est cui possit videri facta iniuria per cessionem hæreditatis in iure, quam agnatus proximus extraneo cuilibet fecerit. Cùm ita constituto vetere iure ciuili, vt in agnatis non esset successio non magis quàm in suis, *l. 1. §. sciendum est D. de suis & legit.* hoc est vt si is qui mortis tempore agnatus proximus inueniebatur, nollet hæres esse legitimus, nihilo magis sequentes agnati admitterentur, quasi consumpta per vnicam primamque delationem tota legis potestate, propterea quòd non nisi semel locuta lex esset, solíque agnato proximo familiam detulisset: Necesse esset agnato proximo nolente adire, hæreditatem deficere, fieríque bona vacantia & vindicari fisco, dummodò essent soluendo. Quoadúsque Prætor huic incommodo prospexit proposito edicto successorio vt qui non poterant post agnatum proximum succedere tanquam agnati, succederent saltem tanquam cognati, nec priùs fierent bona vacantia quam vel cognatus nullus superesset, nec aliqui eaius bonorum possessionem ex capite. Vnde cognati accepisset, túmque ad abstinendum restitutus in integrum fuisset *dict. §. placebat leg. 1. & 5. D. de success. edict.* Itaque mirum non est eam fuisse vim & potestatem eius cessionis, quæ in iure ac solemniter facta esset, vt hæredem faceret eum cui cessa esset hæreditas ab agnato proximo, etiam quam is nunquam adiisset. Pendebat enim ex eadem potestate eiusdem legis duodecim scilicet tabularum, vt hæres fieret quisquis hæreditatem iacentem adiret, siue cedens ille esset, siue cessionarius, hac sola differentia, quòd cedens qui alius esse non potest quàm agnatus proximus, si adiret fieret hæres per legem immediatè: Cùm tamen cessionarius fiat quidem æquè hæres à lege sed non immediatè, at per mediam in iure cessionem. Vnde est quòd illum legitimum hæredem appellamus, hunc cessionarium, illam legitimam hæreditatem, hanc cessiciam, vt & cessiciam tutelam apud Vlpianum. Nam quemadmodum hæreditas, ita & tutela cedi poterat in iure, omnia denique iura & quæ in iure consisterent vt supradicto loco Vlpianus scribit. Erat enim cessionis vsus vt magis necessarius, ita longè freqoentissimus ad iura transferenda, quæ nec mancipari, nec tradi poterant. Adeò vt cessa hæreditate non ideò res hæreditariæ singulæ cessæ intelligerentur, sed speciali in res singulas cessione opus esset, quarum dominium iure Quiritium ex ea causa in cessionarium transferre cedens vellet, vt dicemus *in Error. seq.* Quia nimirum aliud esset hæreditas, aliud res singulæ hęreditarię, *l. in fideicom. 18. D ad SC. Trebell. l. hered. 50. D. de hered. petit.* nec proinde cessa hæreditate possent ideò videri cessæ res hæreditariæ singulæ, nec aliud quicquam nisi quòd conceptis & solemnibus cessionis verbis disertè comprehensum inueniretur. Cæterùm hæreditate in iure cessa, priùs quàm adita esset, non dubitabatur quin iura omnia quæ & defuncto & in defunctum competierant, transirent in cessionarium

tanquam in verum hæredem quomodo transitura fuissent in agnatum proximum si ia hæreditatem adire quàm cedere maluisset: Alioqui non fuisset vera iustáque cessio, quæ ius omne cedenti siue delatum siue iam acquisitum in cessionarium non transtulisset. Quid enim prohibere poterat quominùs cessionarius verè fieret hæres, cùm alius aut ante, aut præter ipsum nullus esset? Habebat igitur perinde ac alios hæres quilibet siue testamentarius, siue legitimus actiones omnes directas tam actiuas quã passiuas quibus & conuenire ipse debitores hæreditarios, & creditoribus hæreditatis conueniri directò posset. cùm alius nemo esset in cuius persona directæ resideient. Ita fiebat vt nec vtilibus actionibus indigeret qui habebat directas, *l. si heres 70. in pr. D. ad SC. Treb.* neque vtiles vllas habere posset, quippe quæ nunquam in eadem persona, & respectu eiusdem rei possint simul cum directis consistere, vt sæpiùs monuimus. At in eo cui fideicommissaria hæreditas siue ex testamento, siue ab intestato restituta est diuersa sunt omnia. Is enim sicuti hæres non fit per restitutionem, sed tantùm hæredis loco esse incipit, propterea quòd hæreditatem priùs aditam fuisse necesse est vt restitui potuerit, Eum autē qui semel adeundo factus hæres fit, hæredem semper remanere *§ restituta Inst. de fideicom. hæred.* Ita neque directas actiones habere potest, quæ in persona hæredis remaneat, & consequenter indiget necessariò vtilibus, ad agendum, nec rursum conueniri potest nisi vtilibus per creditores hæreditarios, Quos tamen ideircò necesse est contra eum agere ad suum consequendum, quòd directa actione experirentur aduersus hæredem, qui iam hæreditatem restituisset, summoueri possent exceptione restitutæ hæreditatis, *l. ita tamen 27. § qui ex Trebelliano D. ad SC. Trebell.* Media siquidem persona hæredis grauati qui adiit & qui post aditionem hæres manet impedit omnino ne persona defuncti coniungi possit cum persona fideicommissarij, atque ita ne in fideicommissarium transire possint iura quæ in hæredem quemlibet transireut, & quæ nihil tale vetat transire in eum cui cessa est à legitimo hærede ante aditionem hæreditatis. Verùm quid si hæreditas cessa sit in iure, siue à testamentario siue à legitimo hærede post aditionem: Iam enim diximus, cùm cessio fit aditæ hæreditatis, nihil interesse an testamentarius, an legitimus hæres ille sit qui cedit, An aliqua erit hoc etiam casu differentia inter cessam & restitutam ex Trebelliano hæreditatem. Hic verò salius tractatus est, & dignus planè quo hanc Decadem concludamus.

ERROR X.

Si hæreditas iam adita in iure cessa sit, An & in quo differat ab hæreditate ex SC. Trebelliano restituta. Ad Vlpian. tit. 19. & in l. 1. D. ad SC. Trebell.

IN eo ipso Vlpiani titulo quem suprà citauimus, qui est *tit. 19. de acquis. rer.* scribit ille. Si antequàm adeatur hæreditas in iure cessa sit, perinde fieri hæredem eum cui cessa est acsi ipse hæres legitimus esset. *Quòd si posteà, inquit, quam adita fuerit in iure cessa sit is cui cessa est permanet heres, & ob id creditoribus defuncti manet obligatus. Debita verò pereunt, id est debitores defuncti liberantur.* Hoc verò si ita est, magna quoque & aperta erit hac parte differentia inter cessam hæreditatem & restitutam. Cùm enim hæreditas fideicommissaria ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est, constat non fieri hæredem illum cui hæreditas restituta fuit, sed tantùm hæredis loco, hæredem autem eum manere qui primùm hæres fuit, & qui hæreditatem ipsam restituit *§. restituta instit. de fideic. hered.* Adeò vt perinde actiones directæ quæ & defuncto & in defunctũ competierant competant hæredi & in hæredem etiam post restitutionem, acsi hæreditatis restitutio nulla facta esset, Licèt ex vtràque parte fiant inutiles, & inefficaces per oppositam exceptionem restitutæ hæreditatis siue ab hærede conuento per creditores hæreditarios, siue à debitoribus hæreditariis conuentis per hæredem, *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano D. ad SC. Treb.* Cuius iuris ratio illa est, quòd ex generali iuris regula quisquis semel hæres fuit, semper hæres perseuetat, quodque vni homini duo insolidum hæredes esse non possint, *l. eo qui soluendo 88. de hered. instit. l. quod contra 141. §. 1. de regul. iur.* Sic enim fit vt neque hæres qui hæreditatem restituit desinere possit hæres esse per restitutionem, neque possit fideicommissarius fieri hæres alio iam hærede existente: Quemadmodum nec hæreditas videri amplius potest illa quæ iam adita fuit, cùm ex die aditionis facta sit patrimonium hæredis, *l. 1. D. de separat.* Nec contrarium est quod fideicommissarias quoque hæreditates æquè hæreditates appellamus *tot. tit. de fideic. hæred. & l. 1. ad SC. Trebell.* Id enim fit habita relatione ad id tempus quod fuit ante aditam hæreditatem, non ad id quod posteà, Vt omnium apertissimè Vlpianus idem noster expressit *in d. l. in fideicommissaria*, vbi ait, Eum qui rogatus est hæreditatem restituere, id videri rogatum reddere quod fuit hæreditatis, ac proinde quod neque hæreditas esse hodie, neque hæreditatis dici possit: Nec valde dissimiliter Iulianus *in l. 2. §. vlt. D. de iur. codicill.* scribit Hæreditatem testamento inutiliter datam non posse codicillis quasi hæreditatem confirmari, sed ex fideicommisso peti salua ratione legis falcidiæ. Quibus verbis opponit euidenter hæreditatem quæ quasi hæreditas petitur, hæreditati quæ petitur quasi ex fideicommisso: Vt significet hæreditatem fideicommissariam non peti quasi hæreditatem, sed quasi bona defuncti, quę aliquando fuerint hęreditatis, & desierint tamen esse per adisionem. Quod cùm ita sit difficile est dicere quo sensu aut qua ratione verum esse possit quod ex Vlpiano *in dict. tit. 19.* scriptum legimus, si hæreditas iam adita subinde cessa sit in iure, eum cui cessa est permanere hæredem. Id enim admitti certè non potest, quin certissima iuris ratio regulæque omnes violentur, Non nego etiam iure ciuili aliquos casus esse in quibus is qui hæres aliquando fuit, hæres tamen esse eodem iure ciuili definit, Vt puta si quia hæreditatem adierit ex eo testamento quod posteà inofficiosum pronunciatum sit, *l. an substitutione 31. in princ. D. de vulg. & pupill. substit. l. circa 14. & pass. D. de inoff. testam.* Aut si hæres scriptus redactus fuerit in seruitutem post aditam hæreditatem, *l. ex facto 43. §. vlt. de vulg. & pupill. subst.* Aut denique si hæres intra annum postquàm adiit hæreditatem non impleat voluntatem defuncti testatoris. Amittit enim hoc ipso hęreditatem, eàque vel ad cohęredem si quis sit, vel si nullus erit ad fideicommissarium aut recusante quoque fideicommissario ad legatarios pertinet ex Iustiniani *Nouell. 1. §. si quis autem De hæred. & falcid.* Hi enim tres casus sunt in quibus is a comparatum est vt qui hæres iure ciuili fuit, posteà tamen esse desinat. Quos latiùs prosecuti sumus & explicauimus *in Error. 2. Decad. 57.* Sed omnes illi casus vs nemo non videt, pertinent ad causam testati, Excepto secundo, qui ad legitimum quoque hæredem extendi potest quia eum qui ex libero fit seruus, necesse est ex hærede fieri non hæredem, Eodem prorsus iure, quo definit

hæres

hæres esse quisquis moritur sine hærede al ove successore: Cùm seruus non magis possit manere quàm fieri hæres, qui a seruitus morti æquiparatur, *l.intercidit 57. De cond. & demonstr.l.seruitutem 209. de reg. iur.* Cæterum extra hunc casum non potest fieri vt qui semel hæres fuit desinat hæres esse nisi ex testamento. Quia quoties factum est testamentum, duo casus sunt, vnus testati, alius intestati, Et corruente testamento siue ab initio, siue ex post-facto, vt per querelam inofficiosi testamenti, necesse est fieri locum successioni intestati, sed ab intestato vnus tantùm casus est, *l.ab intestato 16 in fin. D.de sur.codicill.* Ideóque fieri nequit vt qui ab intestato hæres factus est seruus, Atqui Vlpianus *in d.art.19. De acquir.hered.* cùm ait eum cui cessa est in iure hæreditas permanere hæredem, licèt eum quoque casum tractet quo sit adita hæreditas ex testamento, illum tamen æquè complectitur quo adita sit ab intestato. Differentiam namque ponit inter hæreditatem cessam in iure ante aditionem, & eam quæ post aditionem cessa sit: Cùm tamen priùs dixerit non nisi à legitimo hærede cedi posse hæreditatem priusquàm adeatur. Ergo fateamur quod res est. & quod Vlpiani commentatur & emendator doctissimus Iacobus Cuiacius ad eum titulum obseruauit, Corruptum esse Vlpiani locum, nec illum cui cessa sit hæreditas, sed ad cum qui cesserit referri debere, quod ait Vlpianus hæredem ipsum permanere. Id enim ita esse apparet non solùm ex propria significatione verbi *permanet*, quod nullomodo potest ei conuenire, qui nunc primùm hæres fiat, sed illi tantùm qui iam antea hæres fuerit, sed etiam ex antithesi quam format Vlpianus ex eo quod dixerat in versiculo præcedenti. Opponit enim casum illum, quo cessa sit hæreditas ab agnato proximo ante aditam ab eo hæreditatem, & casum quo facta sit cessio post aditionem. Et ait, cessa hæreditate per agnatum proximum ante aditionem, perinde fieri hæredem legitimum eum cui cessa est, acsi ex sua persona & ab initio esset hæres legitimus. Nec enim potest hæres ille esse aut permanere qui cessit, cùm hæreditatem nonquam adierit. At cùm cessio facta est post aditionem, per quam hæres iam factus sit is, qui hæreditatem cedit, permanet vtique hæres qui fuit, Tantùmque abest, vt possit dici è contrario permanere cessionarium hæredem qui nunquam fuerit, Vt neque fieri per cessionem hæres possit, alio scilicet hærede iam existente: Alioqui duo eiusdem hominis, eiusdémque hæreditatis hæredes in solidum inducerentur, Quod rationi iuris vsque adeò repugnat, vt nec legis vllius potestate fieri id possit, quemadmodum aduersùs Bartolum disputauimus *in error. 5. Decad. 27.* Idem probatur etiam ex eo quod sequitur apud Vlpianum, *& ob id creditoribus defuncti manet obligatus.* Quomodo enim manebit obligatus cessionarius, qui non fuerit obligatus ante cessionem? Obligari quidem nunc primùm posset si ratio iuris ita ferret. Sed obligatus manere non potest. Imò verò cum cedens adierit hæreditatem, atque ita cœperit esse obligatus creditoribus defuncti cum quibus quasi contraxisse intelligitur per aditionem, *l.1.§.vlt.quibus ex causis in possess.eat.* necesse est vt permaneat ipse obligatus. Nec enim facto suo & ignorantibus creditoribus potuit sibi acquirere liberationem, *l.cum hereditate 53. de acquir hered. l.si seruum 81. §.videamus De verber. obligat.* quod tamen contingeret si per solam hæreditatis cessionem in iure factam liberaretur. Denique si is cui post aditionem cessa est hæreditas fieret hæres & permaneret obligatos creditoribus hæreditatis, non posset reddi ratio eius quod sequitur apud Vlpianum, *debita eo casu perire, id est, debitores liberari.* Cur enim liberarentur, ac non potiùs obligati manerent cessionario, qui verus hæres esset? Certum siquidem est in omni hæreditate ex lege duodecim Tabularum contineri debita & credita, nec minus obligari per legem duodecim Tabularum hæreditarios debitores hæredi, quàm hæres ipse creditoribus hæreditariis obligatur, *l.1.C.si cert.pet.l.1. & 2.C si vnus ex pluribus hæred. debit.* At si cum Cuiacio, mecúmque sic sentias vt cessa post aditionem hæreditate, siue per testamentum hæredem, siue per legitimum hæres nihilominùs permaneat is qui cessit. Non tantùm vera, sed etiam perelegans erit Vlpiani sententia, & ratio diuersitatis non obscura. Cur cedens qui hæres permanet, maneat obligatus creditoribus hæreditariis, debitores autem ab eo liberentur. Nam vt benè Cuiacius notat, Ideò creditoribus obligatus manet, quòd cum iis quasi contraxerit adeundo, nec contractam semel obligationem, inuitis aut ignorantibus iis facto suo dissoluere postea potuerit. Idcirco autem liberantur ab eo debitores quod cedendo hæreditatem in iure vniuersum ius quod habebat à se abdicauerit, quamuis non ob id ius illud transferatur in cessionarium, Cui obligari debitores hæreditarios siue inuitos, siue ignorantes iniquum sanè esset: quandoquidem neque illi hæres est, neque ipsi cum illo vel contraxerunt vel quasi contraxerunt. Sic enim videmus euenire in vsufructu qui cessus est extraneo, vt quamuis ea cessione nihil actum sit in vtilitatem extranei quia vsusfructus seruitus personalis est, vsusfructus tamen cessus ad proprietatem recurrat, *leg.si vsusfructus 66. D.de iur.dot.* quoniam non potest remanere penes cedentem fructuarium, qui omne ius quod habebat à se abdicare voluit, quod facere vtique potuit, tametsi etiam id egerit vt in alium transferret quod facere non potuit. Enimverò licèt cum Cuiacio existimem corruptum esse supradictum Vlpiani locum, vix tamen fieri potest mihi probabile sic emendandum esse quomodo putat Cuiacius, qui in illis verbis, *cui cessa est*, pro *cui* legit *a quo*. Malléműque eodem sensu retento legere, *qui cessit*. Esset enim mendum probabilius, natum in posteriore dictione ex eo quod suberat in priore. Nam posteaquàm cœpit legi *cui* pro *qui*, necesse fuit reponere *cessa est* pro *cessit*, cùm fortè neutrum integris literis scriptum esset, sed breuiuva vt fieri solebit in hunc modum *cess.* Quamquam parum refert vtra lectio sit probabilior, cùm alterutro ex his modis locum emendandum esse constet: Nisi quod in emendandis legibus eorum quoque infirmitati quantùm fieri potest satisfaciendum est, quibus non sufficit emendandi necessitatem videre, nisi emendationis aliquam etiam videant probabilitatem. Planè quod immediatè sequitur apud Vlpianum supradicto loco, *Res autem corporales quoties singula in iure cessa sunt, transeunt ad eum cui cessa est hæreditas*, non video cur Cuiacius iuidem mendosum putet, atque ita restituendum, vt prouis verbis *cui cessa est hæreditas*, reponamus *cui cessæ sunt.* Nam quod vir doctissimus supponit Vlpianum in præcedentibus non fuisse locutum de rebus incorporalibus quæ ceduntur in iure: Io eo autem versiculo incipere agere de rebus corporalibus, ego probare non possum, qui video agi quidem de rebus corporalibus, sed tamen de iis taotùm quæ sunt in hæreditate cessa. Id enim apparet tam ex aduersatiua illa *autem*, per quam hic versiculus superiori connectitur qui erat de cessione hæreditatis, Quàm ex iis verbis, *quoties singula in iure cessa sunt.* Quorsum enim esset adiecta dictio *singula*, nisi in comparationem, & differentiam hæreditatis quæ non in rebus singulis, sed

In iure atque vniuersitate consistit? Nimirum voluit Vlpianus significare Multum interesse an hæreditas tantùm in iure cessa sit, an etiam hæreditate etiam res singulæ: Priore casu solam hæreditatem quatenus in iure consistit transire in cessionarium, non autem res singulas: Posteriore verò casu res quoque singulas transire. Cessio enim cùm fieret certis verbis & solemnibus, sicut & alius quilibet actus legitimus, non aliud complecti poterat, quàm quod ipsa cessionis formula disertè comprehensum esset. Ergo si hæreditas tantùm cessa erat in iure, sola hæreditas transibat non etiam res corporales hæreditariæ, non quia cedi non possent, sed quia cessæ non essent, tanquam quæ nec hæreditas sint, nec hæreditatis, licet fuerint aliquando hæreditariæ, *d. l. in fideicom.* Vbi addit Vlpianus quod ad rem nostram valde pertinet, Ideò fructus non venire in restitutionem hæreditatis fideicommissariæ, quòd non hæreditati sed rebus ipsis singulis, quæ hæreditariæ aliquando fuerunt, accepto ferantur. Quis ergo miretur, Cessa hæreditate quæ in iure consistit non in corpore, res hæreditarias singulas non transire in cessionarium, nisi & ipsæ singulæ cessæ sint cùm res illæ corporales, de quibus solis agimus, non hæreditatis partem vllam constituant sed bonorum? *l. hæreditas 50. D. de her. pet.* iunct. *l. quamuis 14. D si quis omiss. caus. testam. l. cogi 16 § vnde quæritur D. ad SC. Treb* Nihilne igitur Vlpianus dixerit de cessione rerum corporalium extra causam hæreditatis? Dixit, inquam, satis cùm initio sic scripsit, *In iure cedi res etiam incorporales possunt.* Illa enim dictio *etiam*, includit res corporales de quibus multò minus dubitari poterat quam de incorporalibus, cum tradi quoque possint, & mancipari, quorum neutrum conuenit in corporalibus. Et hæc rursum alia nec minùs elegans differentia est, quam nemo obseruauit, inter hæreditatem cessam in iure, & eam quæ restituta sit ex Senatusconsulto Trebelliano. Nam tametsi non nisi nudo verbo restituta sit hæreditas fideicommissaria, Attamen statim res omnea hæreditariæ etiam corporales fiunt in bonis, ac proinde in dominio vt vocant bonitario fideicommissarij, priùs etiam quàm nactus fuerit earum possessionem, *l. restituta 37. l. facta 63. in princ. eod. tit.* ita vt specialem singularum rerum restitutionem fieri nullam oporteat, quomodo speciali singularum rerum corporalium cessione opus est, vt in eum transeant in quem iam ex cessione transierit hæreditas. Nempe quia Senatusconsultum Trebellianum, ex cuius authoritate fit & restitutio & translatio hæreditatis nihil aliud requirit, nisi vt restitutio quoquomodo facta sit ab hærede, dum tamen ex voluntate defuncti, & eo ipso modo quo testator voluit. Facta verò restitutione quamuis nudo verbo, succedit potestas & authoritas Senatusconsulti quæ nulla possessionis apprehensione indiget vt dominium saltem bonitarium rerum hæreditariarum corporalium transferat in fideicommissarium: Idipsum enim Senatusconsulti verbis factum est. quibus placuit omne ius fructúmque fideicommissariæ hæreditatis transferri in fideicommissarium, ob idque & subire onus eum oportere. Sic enim lego *in l. 1. eod. tit.* non vt volgò *ex his*, neque vt Cuiacius *ex 12. Tabulis*, quod prorsus improbabile est cùm lex duodecim tabularum, neque de fideicommissariis hæreditatibus locuta sit, neque verò de fideicommissis, quorum scilicet vsus non nisi longo post tempore inductus est, quod non semper facultas suppeteret ciuibus Romanis faciendi testamentum & eas solemnitates adhibendi, quæ erant necessariæ ad faciendam legem, quam porrò facere testator non poterat, nisi cùm verbis Imperatiuis vtebar [illegible] aut vt Vlpianus loquitur, præcatiuis. Minúsque probare possum, quod idem vir doctissimus vt suam illam emendationem adstruat, aliam addit, notans in verbis Senatusconsulti abundare dictionem *hæreditatibus*, vt quæ præcedit *fideicommissariis* non ad fideicommissarias hæreditates, sed ad ipsos fideicõmissarios pertineat. Etenim facit hæc emendatio faliam Senatus propositionem, quæ si eam dictionem tollas, hæc superierit, Æquissimum esse in omnibus fideicommissariis, onus eos subire in quo ius fructúsque transferatur: cùm non omnes fideicommissarij hoc iure vtantur sed vniuersales tantùm, id est, ij quibus hæreditas siue ex asse, siue ex parte restituta sit. Ergo in fideicommissariis duntaxat hæreditatibus ea propositio vera est non in cæteris fideicommissis, nec proinde in omnibus fideicommissariis. Deinde quis, rogo sensus erit horum verborum, *si qua de his bonis iudicia penderent.* Cur enim *de his bonis* adiecto pronomine demonstratiuo si in præcedentibus nihil dictum fuerat nisi de fideicommissariorum personis? At cùm de fideicõmissariis hæreditatibus disertè locutus esset Senatus, eleganter & apposite subiecit verba supradicta vt significaret fideicommissarias hæreditates, licèt eo nomine appellentur, non tamen vere hæreditates esse, sed bona, & quidem hæredis in cuius patrimonium conuersa sint per aditionem, sed quæ tamen fuerint antea hæreditatis, *d. l. in fideicommissaria.* Et quod sequitur *eos subire* nou sic accipiendum est quasi pronomen *eos* adiectiuum sit alicuius substantiui præcedentis, sed ita potiùs vt sit substantiuum adiectiui & relatiui sequentis in illis verbis *in quos ius fructúsque transferretur.* Denique cùm in eadem eiusdem clausulæ parte Senatus adiecerit *potiùs quam cuique periculosam esse fidem suam*, quis non videt Senatum in præcedentibus non magis de omnibus hæreditatibus quàm de omnibus fideicommissariis locutum esse, sed tantùm de fideicommissariis hæreditatibus, id est, (sunt enim coniugata) de fideicommissariis hæredibus. Quid vero attinebat loqui Senatum de 12. tabulis cùm tractaret de fideicommissariis hæreditatibus? Aut quid simile vel commune habent directæ hæreditates de quibus solis locuta est lex 12. tabul. cùm fideicommissariis, si Senatusconsulti Trebelliani authoritatem insuper habeamus? Imò verò in hæreditatibus quæ per legem 12. tab. immediatè hæredi deferontur, nihil tale tractari potest quale tractatur in fideicommissariis: An is sentire onus debeat in quem ius fructúsque hæreditatis transfertur, an penes eum remanere, qui transtulit, Cùm solus hæres ille sit & hæreditatem habeat cui lex eam detulit, nec vlla hic translatio sit quæ ab homine fiat, sed ea tantùm quæ à lege. Quis ergo alius teneri posset oneribus hæreditariis quàm hæres? aut cum quo initi certamen vter creditoribus hæreditariis teneretur? Nec rursus existimandum est ideò teneri hæredem ad onera vniuersa hæreditatis, quòd fructus & emolumentum hæreditatis ad eum transeat ex lege 12. tab. sed quia eadem ipsa lege sic constitutum est vt iura omnia hæreditaria & actiua & passiua transeant in hæredem *l. 1. C si cert. pet. l. vlt. C. de her. act. l. 1. & 2. Cod si vnus ex plurib. hæred. debit.* Alioqui dicendum esset Diuisa per præceptiones inæqualis æstimationis hæreditate inter scriptos hæredes non pro modo portionum hæreditariarum, sed pro emolumentis præceptionum diuidi æs alienum inter cohæredes oportere, quod non ita est *d. l. 1. C. si cert. pet. l. ex facto 15. § 1. D. de her. inst.* Itémque si legatis exhausta sit hæreditas ita vt solutis iis nihil remansurum sit penes hæredem, nullum quoque onus hæreditarium debere apud eum remanere, sed transferri onera omnia in legatarios contra *d. l. vlt.*

C. ae

C. de her. act. In summa nec fuisset necessarium SC. Trebell. ad transferend. onera in fideicommissarium. Potuisset enim hæredi sufficere, ad onera omnia exuenda vt totam hæreditatem fideicommissario restituisset. Sed quod addit Cuiacius, non tantùm in directis hæreditatibus de quibus locuta est lex 12. tab sed etiam in iis quæ ceduntur in iure, ita iis comparatum esse vt onera subeant ij in quos ius fructúsque transfertur, multò euidentiùs falsum est. Nam is qui hæreditatem in iure cessit, sicut hæres permanet, ita & omnibus hæreditariis creditoribus solus obstrictus manet, ac proinde remanent penes eum onera, licet commoda ei pereant etiam qui in cessionarium transire non possunt, quandoquidem debita pereunt si non exacta sint ante factam in iure cessionem & liberantur debitores, quemadmodum ex eiusdem Cuiacij non minùs quàm ex Vlp. sententia suprà docuimus. Et hæc alia quoque differentia est inter cessam & restitutam hæreditatem, quòd in cessionarium non transeunt onera hæreditaria quæ post S. C. Treb. transeunt in fideicommissarium. Item illa quòd per cessionem in iure factam pereunt debita quæ non pereunt per restitutionem. Hæc omnia ideò quia circa restitutionem hæreditatis fideicommissariæ ita specialiter prouisum est per SC. Trebel. circa verò cessionem hæreditatis non similiter. Sed hoc ipsum cur ita? Nimirum quia cessio fit ex mera voluntate cedentis, restitutio verò fideicommissi ex necessitate, & vt voluntati testatoris satisfiat, cui aliter satisfieri non posset, ad quam tamen implendam non tantùm fideicommissarij interest, sed etiam reipublicæ: quod nemo similiter dixerit dè cessione in iure, quæ non lex est vt testamentum defuncti, sed contractus inter priuatos, qui proinde neque fauore neque authoritate legis censeri potest, *l. vlt. D. de suis & legit.* Ex his porrò apparet quàm frigida & ieiuna sit nostrorum disputatio ad *l. ex asse 28. D. ad SC. Treb.* vbi quærunt si primus fideicommissarius eandem hæreditatem alteri restituere rogatus sit, cur nullæ actiones in persona prioris fideicommissarij remaneant, neque directæ, quia nunquam eas habuit, neque vtiles, quia eas transtulit in secundum: cùm tamen in persona hæredis rogati remaneant directè etiam post restitutionem. Accursius enim dixit: ideò plus iuris habere rogatum hæredem quàm priorem fideicommissarium, quòd hæres ius habeat à lege 12. tab fideicommissarius verò non nisi à SC. Treb. à quo etiam secundus fideicommissarius ius habet. Quasi minoris potestatis sit SC. Treb. quàm lex 12. tab. Castrensis autem & post eum alij reprehendunt, quòd non minoris potestatis sint Senatusconsulta quàm leges 12. tabul. cùm perindè faciant partem iuris ciuilis: Ideóque nec dubitant quin facere potuerit Senatus si voluisset vt fideicommissarius & esset hæres & actiones directas haberet. Ratio sanè Accursij est mala, sed Castrensis & aliorum reprehensio pessima: etsi enim par fuit penè authoritas Senatusconsultorum & Legum, quia Senatusconsulta legibus similes constitutiones appellantur, *§ quos autem Inst. de bonor. poss.* in proposito tamen, id est cum tractatur de hæreditate fideicommissaria, quæ adita iam sit & restituta per hæredem, non potuit Senatus, facere quod fecisset sanè potuisset, vt vel fideicommissarius hæres fieret, vel etiam si hæres non esset, directas tamen actiones haberet. Repugnabant enim directò iuris regulæ quæ nec patiebantur vt qui per aditionem hæres factus esset, per restitutionem hæres esse desineret, neque vt vni homini duo in solidum hæredes essent, idque non defectu potestatis in Senatu, sed propter repugnantiam & contradictionem quæ inest ex parte rei. Quomodo solemus dicere, non quod vel minùs incautè vel valde impiè plerique Deum Opt. Max. non posse facere illa quæ implicant contradictionem, sed, vt loquendum est, ista quæ contradictionem implicant, fieri nullo modo posse. Quare nec 12. tab. lege hoc fieri potuisset, etiamsi de fideicommissis locuta illa fuisset non magis quàm lege Ælia Sentia *in l. ei qui soluendo 88. de her. inst.* Fecit autem in hærede quia in eo nihil erat quod voluntati, & potestati legis repugnaret. Nec illudquoque dici potest, quod tamen ab Accursio primùm traditum cæteri omnes probant, ideò nullas actiones remanere penes fideicommissarium priorem quòd ex vtilibus quas solas habuit non possint produci aliæ vtiles, producũtur. Falsum enim est vtiles quasi ex Senatusconsulto transeunt ab hærede in fideicommissarium nasci ex directis: Cùm nascantur ex ipsa restitutione, iuncta Senatusconsulti authoritate, quasi ab ipso hærede translatæ Tametsi non habuerit eas hæres sed directas: Exemplo scilicet eius, quod aliis nonnullis casibus euenit vt etiam quod nostrum non est ad alium transferamus, vt cùm is qui fundum habet cedit alteri vsumfructum *l quod nostrum 63. de vsufr.* Dicendum igitur est remanere directas penes hæredem, quia non possunt ab eius persona separari cui semel adhæserunt, non autem remanere penes fideicommissum vtiles quas solas habuit, quia nihil prohibet quominùs in secundum fideicommissarium transferantur, cùm fieri nequeat vt plures vtiles in pluribus personis esse possint, non magis quàm vt plures directæ. Necesse siquidem esset inutiles effici in vnius persona si in alterius persona essent vtiles, sicut & directæ constitutis in alterius persona per separationem vtilibus quasi discreta æquitate à summo iure fiunt inefficaces, *l procuratore 55. D. de procurat. lege si cum emptore 16. D. de pact. dicta lege exta tamen 27. § qui ex Trebelliano D. ad SC. Trebell.*

ANTONII FABRI I.C.

Decas Septuagesimaprima.

ERROR PRIMVS.

De clausula codicillari apposita in posteriore testamento inutili.

QVAMVIS inter vulgares clausulas quas in conscribendis testamentis adhibere Notarij solent, nulla sit frequentior, quàm quæ codicillaris dicitur, per quam iubet testator, vt si testamentum non valeat iure testamenti, valeat iure codicillorum. Nondum tamen inter Pragmaticos nostros benè constat quænam huius clausulæ vis & potestas esse debeat, aliis eam aliter & concipientibus, & interpretantibus. Vulgus Pragmaticorum, existimat tantam eius esse vim, vt per eam testamentum sustineatur, quod nos iam alibi non semel refutauimus, quia tantum abest vt sustineri testamentorum possit per huiusmodi clausulam, vt nec aliter effectum habere illa possit, quàm si testamentum non valeat, quippe quæ sub hac nominatim conditione concipiatur: Neque hoc ipsi etiam Pragmatici ignorant, sed pro suo more, ne dicam iure, faciunt vt illa etiam quæ rectè sentiant, malè ac imperitè vt plurimùm exprimant, ignoratione scilicet propriæ significationis verborum. Hoc enim potius volunt dicere, quod certè verum est, nec nos negamus, Voluntatem testatoris in eo testamento declaratam, quod ex aliqua causa sit inutile, conseruari per clausulam codicillarem vt defendatur non quasi testamentum, sed iure codicillorum. Longè verò aliud est testamentum sustineri, Aliud, sustineri voluntatem quæ testamento continetur. Omne testamentum voluntas testatoris est, sed non è conuerso voluntas qualibet testantis dici potest testamentum. Facit ergo clausula hæc quotiescumque vtiliter adhibetur, nec quicquam impedit quominùs effectum suum habeat, vt testamentum conuertatur in codicillos & institutio directa quæ testamento continebatur, ad fideicommissum flecti debeat: In quoque Interpretes omnes consentiunt. Sed hoc ipsum quomodo accipiendum sit, nondum apud omnes liquet. Sunt enim qui putent nullam huius clausulæ vim esse posse, nisi ab intestato, Hactenus nimirum vt legitimi hæredes ad quos legitima hæreditas peruentura est, rogati censeantur de restituenda iis hæreditate qui in eo inutili testamento repertiuntur, Idque non solùm si aliud testamentum ritè ac solemniter factum nullum præcesserit, qui casus nullam penitus admittit hæsitationem. Sed etiamsi testamentum aliud præcessisse probetur, ex quo adiri possit hæreditas, & quod per inutile posterius reuocare testatur voluerit, nec tamen potuerit. An vt hoc casu æquè restitui debeat hæreditas iis qui posteriore testamento inutiliter scripti sunt, tanquam grauatis successoribus intestati? Minimè. Nam cùm prius testamentum quod nos valere ponimus, impediat omninò ne vlla legitimæ successioni locus fieri possit. Nec illud sanè fieri [illegible] vt fideicommissum vllum ab intestato debeatur: Sed vt neque testamentarij hæredes priore testamento ritè instituti obstringantur fideicommisso: Quomodo vtique obstringerentur erga scriptos in posteriore testamento si per clausulam codicillarem in eo appositam rogatus intelligeretur quisquis testatori successurus esset non minùs qui ex priore testamento vtiliter condito, quàm qui ab intestato. Cùmque duplex codicillorum differentia sit, vt alij valeant ex testamento, alij verò non nisi ab intestato, sententia istorum est quam & nos secuti videmur *in Error 9. Decad. 39.* per clausulam codicillarem nunquam induci codicillos testamentarios, sed eos qui ab intestato tantùm valere possint. Pro cuius sententiæ confirmatione afferunt omnes pene iuris locos in quibus mentio aliqua eius clausulæ siue à Prudentibus nostris, siue ab Imperatoribus facta est, in quibus videas non alium clausulæ effectum dari, quàm vt qui ab intestato successuri sunt rogati videantur de voluntate defuncti per fideicommissum conseruanda. Vt *in l. ex ea scriptura 29 §. 1. D. qui test. fac poss. l. Lucius 88. alias l. codicillis §. vlt. De leg. 2. l. cohæredi 41. . cum filia D. de vulg. & pupill. subst. l. generaliter 24. §. ex testamento D. de fideic liber. l. 1. C eod. l. vlt. C de codic.* Ratio autem qua potissimum nituntur, nec insubtilis, vt prima facie videtur, illa est, quod quisquis priore testamento iam ritè condito aliud facit, ea proculdubio est voluntate, vt priùs reuocatum velit, non solùm si disertis verbis id expresserit, quomodo exprimere Notarij passim solent, sed etiamsi nihil de eo cauerit quippe qui sciat aut scire debeat, non posse quemquam in paganis decedere cum duobus testamentis, nec si maxime velit, solorúmque militum priuilegium illud esse, *l. quærebatur 19 l. miles si testamentum 35. D. de testam. milit.* Ergo, inquiunt, fieri non potest vt codicillos quos per adscriptam clausulam codicillarem facit, ad prius illud testamentum referat, vtque cogitet de confirmandis iis ex illo testamento quod reuocatum & nullius momenti esse velit. Quomodo enim posset codicillorum fieri confirmatio ex testamento reuocato? Nec ad rem facit, quod cùm posterius testamentum imperfectum, & inualidum est, non eo minùs valeat priùs quòd testator id se valere nolle dixerit, cùm testamentum perfectum non rumpatur per imperfectum nisi in milite, *d. l. miles*, aut cùm in posteriore instituti sunt ij qui ab intestato venire possunt, *l. 2. D. de iniust. rupt.* Nam cùm quærimus de Interpretatione clausulæ codicillaris aut alterius cuiuslibet in testamento appositæ, constat non tam rationem iuris quam testatoris voluntatem & opinionem inspiciendam esse, Ne alioqui plus operetur clausula, quàm voluerit is, qui eam adscripsit, quod perabsurdum foret. Eadem igitur facienda est interpretatio clausulæ codicillaris adhibitæ in posteriore testamento, per quod testator voluerit reuocatum esse priùs, acsi reuocatio valeret, tametsi reuera non valeat. Et consequenter non magis hoc casu fieri potest, vt voluntas posteriore testamento declarata defendatur iure codicillorum testamentariorum, quàm si nullum testamentum præcessisset. Verùm huic sententiæ illud planè obstat, quod Pomponius

noster

noster scribit *in l. si iure* 18. *De legat.* 3. Testatorem qui duo testaméta fecit in ea videri fuisse voluntate vt non aliter à priore recedi vellet, quàm si posterius valiturum esset: Non quòd hanc conditionem posteriori suo testamento iniicere quisquam possit, (nec enim sicut hæredis institutio, ita & actus ipse testamenti sub conditione vlla fieri potest, vt neque leges sub conditionem rogantur.) Sed quia is qui posterius testamentum facit, tantò magis declarat nolle se intestatum decedere præsertim si in posteriore illo alios hæredes instituat, quàm qui ab intestato successuri essent, solúmque hoc significat malle se decedere cum alio, quàm cum priore testamento. Quemadmodum & Paulus tractat *in l. Clodius* 97. *De acq. hered.* de eo qui vtroque testamento institutus hæres sed priore valido, posteriore inualido hæreditatem adiit ea posteriore quod valere putabat, Non videri eum idcirco repudiare prius testamentum, cùm posterius valere existimaret, Etsi habuit ea quæstio dissentientem à Paolo Papinianum, hæc verò quam tractamus dissentientem a Pomponio neminem. Igitur siue prioris testamenti reuocatio per posterius expressim facta sit, siue per solam iuris interpretationem ex eo petitam quod cum duobus testamentis non magis velle quàm posse decedere quis credendus sit, Voluntas testatoris non repugnat, quominùs clausula codicillaris in posteriore testamento inutili apposita, inducat codicillos testamentarios, qui ex priore testamento, quod testator reuocatum iri putabat, vires & confirmationem accipiant. Non tam ex sola iuris potestate quòd testamentum illud prius non fuerit reuocatum per posterius, quàm ex tacita & verisimili testatoris ipsius voluntate, quòd nec aliter reuocatum prius voluerit quàm si posterius valeret: Vt proinde fatendum sit non ad alias personas directos videri codicillos, quàm ad hæredes priore testamento institutos, quia nec aliæ personæ vel succedere vel rogari potuerunt, siquidem non alia de causa permissum est fideicommissa dare à succedentibus ab intestato, quòd credatur paterfamilias sponte sua iis relinquere legitimam hæreditatem vt scriptum est *in l. conficiuntur* 8. *D. de iur. codic.* acsi hæredes eos scripsisset *l. ab exhered.* 126. *de legat.* 1. cui præsumptioni locus nullus est in eo testatore qui testamentum fecerit ideóque extraneum hæredem instituerit, vt legitimos successores arceret. Et verò tam facile esse vt per codicillarem clausulam inducantur codicilli testamentarij, quàm vt ij qui ab intestato tantòm valere possint, apparet satis, si interpretibus nostris credimus ex *d. l. quærebatur* 19 *ff de testam. milit.* in cuius specie cùm miles qui habebat iam factum testamentum aliud fecisset, ac in eo comprehendisset fidei hæredis se committere vt priores tabulæ valerent, non dubitat Vlpianus, quin per eam clausulam testator in causam fideicommissi & codicillorum vim prioris testamenti conuerterit, Codicillorum, inquam, testamentariorũ, quasi rogatis hæredibus posteriore testamento institutis, vt iis qui in prioribus tabulis scripti fuerant, hæreditatem restituerent: Non tanquam conuerso posteriore testamento in codicillos, sed tanquam addito in posterioribus tabulis fideicommisso in eorum gratiã, qui in prioribus scripti fuissent. Nec est quod quis dicat id fieri ex priuilegio aliquo militari, cùm de militis testamento ibi tractet Vlpianus. Priuilegium namque militis in ea specie illud tantùm erat, vt dici posset miles cum duobus testamentis decessisse si posterioribus tabulis iussisset, vt priores ipso iure valerent: quod vtique pro suo iure facere poterat si voluisset. At quia non ita constituerat vt ipso iure valerent, sed ab hęredibus posteriore testamento scriptis hoc ipsum per fideicommissum petierat, nullo in eam rem priuilegio militari opus fuit vt in posterioribus tabulis scriptis hæredes obstringerentur fideicommisso erga eos, quos idem testator in prioribus scripserat sufficiente nimirum in eam rem iure communi, etiamsi de pagani testamento ageretur, Vt cõstat ex *l. si quis priore* 29. *D. ad SC. Trebell.* vbi non de milite agitur sed de pagano, qui duobus testamentis ritè conditis petierat in posteriore, vt prius valeret, Nec eo minus tamen restituenda est ex fideicommisso hæreditas scriptis hæredibus in priore testamento, per eos, qui ex posteriore adiissent. Est tamen hic casus differens ab illo quem tractamus, in eo quod iam *in d. l. quærebatur*, quàm *in d. l. si quis priore*, non adhibuerat testator clausulam codicillarem vt voluntatem in posteriore testamento declaratam confirmaret iure codicillorum, quomodo ponendum est adhibitam fuisse in specie quæstionis nostræ, Sed institutionem, cæteráque in priore testamento contenta iure fideicommissi non seruaret, ad obligandos posteriore loco scriptos hæredes de restituenda hæreditate prioribus, Cum nos eum casum tractemus in quo ex contrario quæritur, An priore testamento rite facto scripti hæredes, aliis in posteriore inutiliter scriptis hæreditatem restituere teneantur. Quod vt dici possit, necessariò ponendũ est testatorem fideicommisisse hæredum in prioribus tabulis scriptorum vt posteriores tabulæ valerent. Id enim necesse est operari clausulam codicillarem in posteriore testamento appositam, si quis effectum eo casu aliquem ei tribuere velit.

ERROR II.

De clausula codicillari quam interpretes comminiscuntur in specie l. quærebatur 19. D. de testam. milit.

Mihi tamen videtur in eo errare omnes interpretes quòd in specie *d. l. quærebatur*, supponunt adhibitam fuisse à testatore clausulam codicillarem, ob hoc solum quod in secundo testamento fideicommiserat ille vt priores tabulæ valerent. Etsi enim codicillaris clausulæ effectus is esse solet, vt institutio cæteráque omnia dicta verbis directis trahantur ad fideicommissum. Non ideò tamen consequens est, vt quoties testator fideicommittit in posterioribus tabulis vt priores valeant, hoc ipso clausulam codicillarem adscripsisse intelligatur. Siquidẽ latiùs patet clausula fideicommissi quàm codicillaris, Nec ita connectuntur vt quemadmodum clausula codicillaris solet æquipollere fideicommisso, *dict. l. vltim. C. de codicill.* ita fideicommissum quodlibet æquipolleat clausulæ codillari. Proprium enim huius clausulæ est, vt ad fideicommissum flectat ea tantùm, quæ in eo ipso testamento in quo adhibita est, data fuerunt verbis directis, Non etiam illa quæ in alio siue anteriore, siue posteriore testamento: Cùm habeat semper conditionem illam siue expressam, siue tacitam, si non valeat testamentum illud in quo apposita fuit. Atqui in specie, *d. l. quærebatur*, ponit Vlpianus, clausulam per quam fideicommissum erat vt priores tabulæ valerent adhibitam esse in posterioribus tabulis non in prioribus, & quidem in posterioribus quæ ipso iure valerent: Neque tantùm posteriores illæ valebant, sed etiam priores adeóque ipso iure, tametsi non nisi per fideicommissum valere illas testator præcepisset. Quænam ergo necessitas suberat, aut quæ vtilitas esse poterat adscribendæ clausulæ codicillaris, siue in priore, siue in posteriore testamento cùm vtriúmque valere constaret?

starct? Quare nec sic Vlpianus loquitur, vt dicat ex eiusmodi clausula in posterioribus tabulis adscripta côuerti posteriores tabulas in codicillos, sed è côtrario videri testatorem in causam fideicommissi, & codicillorum vim prioris testamenti conuertisse: quod ipsum nihil aliud est, quàm ea omnia quæ in prioribus tabulis disposita fuerant quamuis verbis directis, & ita vt iure directo valere possent, perinde tamen habenda esse, acsi in codicillis posteriore testamento expressim confirmatis ac iure tantùm fideicommissi data fuissent. Itaque duplex in eo, & vtrumque singulare ius est voluntatis in priore testamento declaratæ Vnum, vt testamentum illud quod iure testamenti valere poterat, non solùm si testator ita expressè cauisset, sed etiam si modò nihil in contrarium præcepisset, iure duntaxat codicillorûm censeatur. Alterum, vt quamuis non aliorum codicillorum iure censeri posset quàm testamentariorum (cùm priore testamento sublato posterius superesset, ex quo vires sumerent codicilli tanquam expressim confirmati, Vt proinde de intestati successione quæri nullomodo posset, nec consequenter de codicillis ab intestato factis.) Quæ tamen in priore testamento verbis directis ritè data fuerant, non nisi iure fideicommissi defendantur Et hoc sane mirabilius est cùm nemo dubitet, quin & legata & cætera omnia quæ iure tantùm directo valere possunt, dentur vtiliter in codicillis testamentariis perinde atque in testamento, Ex singulari iure codicillorum testamentariorum, quod tale est, vt quæcunque in iis scribuntur, perinde habeantur acsi in testamento scripta essent *l. 2. § . codicillorum D. de iur. codicill.* Sed vtrumque fit ex voluntate testatoris, qui cùm posset priores tabulas per se validas inconcussas relinquere, maluit cum solis posterioribus decedere, prioresque conuertere non tantùm in causam codicillorum testamentariorum, quæ res nihil de natura eorû quæ verbis directis vtiliter data fuerant, immutasset, sed etiam in causam fideicommissi, Præcipiendo vt ex fideicommisso valerent, non per adiectam clausulam codicillarem, vt malè vulgò putant interpretes, sed per clausulam illam fideicommissi, cuius longè maior potestas est quàm clausulæ codicillaris: Non in eo solùm quòd codicillaris clausula non aliud testamentum conuertere in codicillos potest quâ illud ipsum in quo fuit adhibita, quemadmodum iam diximus, sed in illo etiam quod clausula codicillaris tum quoque cùm operatur, côuertit quidem testamentum in codicillos, aut testamentarios, aut quasi ab intestato factos. At non ideò conuertit legata in fideicommissa omni casu, sed eo solo quo conuertat testamentum in codicillos ab intestato, non etiam si in codicillos testamẽtarios Clausula verò fideicommissi in specie *d. l. quærebatur*, licèt apposita in posteriore testamento, conuertit prius testamentum, non solum in codicillos, sed etiam in causam fideicommissi, testamentarij tamen, & non quasi ab intestato relicti: nec tantum quòd ad legata, verum etiam quòd ad ipsam institutionem, De qua vt dubitari magis, quàm de legatis posset, illud faciebat. quòd difficilius videretur in fideicommissum flecti institutionem, quàm legata. Etiam conuerso priore testamento per fideicommissi clausulam in vim codicillorum, cùm non quemadmodum legata, ita & hæreditas directò dari possit in codicillis etiam testamento confirmatis *l. quod per manus 10. D. de iur. codicill.* Nec quicquam causæ subesse videretur, cur non directæ potius institutionis iure defendi ea deberet, quæ facta fuerat in testamento iure valido ac subsistente. Atque ita sanè respondendum fuisset si posterioribus tabulis testator hoc tantùm præcepisset vt priores valerent iure codicillorum. Sed quia fideicommiserat generaliter & indistinctè vt valerent priores, nulla codicillorum mentione facta, Benè Vlpianus respondit non legata solùm, & fideicommissa & libertates, sed totum testamentum in causam fideicommissi conuersum fuisse. id est, ipsam quoque institutionem, nisi aliud testatorem sensisse (sic enim legere malo quàm *scripsisse*) probetur, Vt tantò magis appareat quàm verum sit, quod nos volumus, latiùs patere causam fideicommissi quàm codicillorum, etiam testamentariorum. Totàque dubitandi ratio ex eo proficiscebatur quod Vlpianus in interpretanda testatoris voluntate causam fideicommissi & codicillorum coniunxerat iis verbis *in causam fideicommissi & codicillorum vim prioris testamenti conuertisse*, cùm tamen testatoris verba nihil de codicillis exprimerent, sed tantùm de fideicommisso. In eóque obseruanda rursum alia perelegans differentia est inter codicillos, qui ex testamento, & eos, qui ab intestato facti sint: Quòd institutio in testamento inutili facta subinde per codicillos ab intestato scriptos facilè flectitur ad fideicommissum, quasi rogatis legitimis hæredibus vt hæreditatem scripto hæredi restituant, *d. l. vltima, C. de codicill. 2. §. vltimo, D. eodem.* Nimirum ita ferente ac cogente natura codicillorum ab intestato, quorum ea ratio est vt nihil in iis directo relinqui possit, sed tantùm per fideicommissum. At institutio quæ facta est in codicillis testamentariis nunquam trahitur ad fideicommissum, sed omnino inutilis est, *d. l. quod per manus.* Nisi voluntas expressa testatoris in contrarium vigeat, vt in specie *d. l. quærebatur.* Non solùm quòd non ita ferat conditio codicillorum testamentariorum, qui vtique possunt valere iure directo, tanquam qui partem constituant testamenti, *l. pen. D. testam. quemadmodum aper.* & ipsius ius sequantur, *l. ab intestato 16. in fi. D. de iur. codicillor* quoniam ad testamentum pertinent, *l. Platiana 18. eod.* Sed etiam quia implicat contradictionem vt in codicillis testamento confirmatis hæreditas detur verbis directis & per institutionem, siquidem ita fieret vt per codicillos qui non nisi ex testamento valerent, ipsum testamentum quod vires per institutionem hæredum accipit confirmari videretur, vt eleganter Papin. noster ratiocinatur *in d. l. quod per manus.* Itaque dignior est talia volûtas quę negligatur, quam vt benigna interpretatione adiuuetur conuersa voluntate directa in precariam & institutione in fideicômissum: Quæ ratio non perinde locum habet in codicillis ab intestato, qui ex nullo testamento pendent, sed ipsi vicẽ testamenti obtinent, *d. l. ab intestato. in fi.* Maximè verò hoc obtinet quod dicimus de non flectenda in fideicommissum ea institutione, quæ facta sit in codicillis testamentariis, cùm proponitur facta institutio in priore militis testamento, quod miles declarauerit in tabulis posterioribus velle se valere iure codicillorum, vt in specie *dict. l. quærebatur*, Nô solùm quòd testanti militi possit imputari, cur institutionem ritè factam & in testamento valido quod iure militari valere potuit, etiam secundo subsistente, maluerit valere iure codicillorum testamentariorum, quod non similiter potest imputari pagano, qui cum duobus testamentis decedere non potuit, Sed etiam quia sciuit aut scire debuit posse fieri directam institutionem, etiam in codicillis à milite, cuius scilicet priuilegium tantum est in condendis codicillis testamentariis, quantum in faciendo testamento. Nam constitutiones quæ permiserunt militibus testamenta facere quomodo velint, & quomodo possint, ad codicillos quoque testamentarios tractę sunt, vt etiam in iis hæreditatem directò dare possent, *l. miles 36 D. de iur. codic.* Neque enim verendum

est

est vt contradictionem hoc implicet in milite, quomodo diximus implicare in pagano, Cùm voluntas qualibet militis ad testamentum pertinens testamenti iure censeatur, *l. eius militis 34 in fin. eod.* & ex ea voluntate magis quam ex testamento aut ex ratione iuris confirmentur milites codicil i testamentarij: Alioqui non posset miles testari quomodo vellet, si hæredis institutionem conferre non posset etiam in codicillos, qui partem efficiunt testamenti, *l. pen D. test. quem aper.* Scilicet scripto aliquo hærede in testamento. Aliter enim non posset dici testamentum, ne quidem militis, in quo nemo institutus esset, *l. vlt. D. de iur cod.* Loquuntur autem de militaribus codicillis testamentariis (de quibus tamen dicemus plura *in Error. vlt. Dec 70.*) Quia fauor militum non exigebat, vt pro conscribendis ab intestato codicillis priuilegium aliquod haberent, cùm tam facilè sit militi, quinimò longè facilius testari, quam facere ab intestato codicillos si modò testari velit. Quòd si nolit, recusare non debet quominùs in codicillis, aut scribendis aut dictandis vtatur iure communi, quod porrò non patitur vt in iis hæres quisquam instituatur: Ergo duplex Interpretum nostrorum error est circa interpretationem *d. l. quærebatur*, Vnus ille, quod clausulam expressi fideicommissi appositam in posterioribus tabulis ad conuertendas priores in causam fideicommissi accipiunt pro clausula codicillari. Alter, quòd per eam clausulam codicillarem quam in posterioribus tabulis adhibitam somniant, ad conuertendas priores in vim codicillorum, putant fieri posse vt institutio facta in priore testamento quæ hoc ipso perinde habenda sit acsi in codicillis testamentariis facta esset, flectatur ad fideicommissum. Fateor quod lex ait, in ea specie conuerti ipsam quoque institutionem in causam fideicommissi, sed non quasi translatam in codicillos testamentarios, at propter expressam illam dispositionem qua fideicommiserat hæredum in posterioribus tabulis institutorum vt priores valerent. Quæ fideicommissa verba si defuissent, aliter respondere Vlp. debuisset, ac si quid iudicij mei est, haud dubiè respondisset. Interpretes fefellit quod Vlp. eam ipsam fideicommissi & codicillorum coniungit suprà dictis illis verbis, *in causam fideicommissi & codicillorum vim prioris testamenti conuertisse.* Inde namque putarunt accepta esse ista ab Vlp. pro synonymis, atque ita recipi à nobis oportere. Nec animaduerterunt sic locutum Vlp. cùm de legatis & fideicommissis primùm quæreret non etiam de institutione, De qua nominatim posteà quæstionem concipit in versicul. *Vtrùm autem*, vbi quia de toto testamento loquitur, id est, de institutione non minùs quàm de legatis & fideicommissis, vtitur verbis illis generalibus *in eam causam*, vt perinde fideicommissi atque codicillorum causam complectatur, Fideicommissi quidem propter institutionem, codicillorum verò propter legata & fideicommissa, scilicet, vt dici solet, singula singulis referendo, quia in codicillis legata, & fideicommissa relinqui potuerant, institutio autem fieri non item: At cùm præcipuè de institutione loquitur, non iam meminit codicillorum sed tantùm fideicommissi ns verbis, *sed & ipsam institutionem in causam fideicommissi vertisse* Nec quod in eadem clausula de legatis & fideicommissis tractat, facere debuit vt codicillorum quoque mentionem fieri oporteret, cùm fideicommissi causa generalior sit ad causam etiam codicillorum comprehendendam, non contrà. Denique nil erat necesse addi ab Vlpian. verba illa, *& codicillorum*, cùm nihil prosit militi conuertere prius testamentum in vim codicillorum ad flectendam voluntatem directam in precarium, siquidem etiam institutio directa potest fieri à milite in codicillis, vt diximus *ex d l. militis*, vt proinde magis repugnare, quàm coniungi posse ista videantur. Conuerti prius testamentum in causam fideicommissi. Et conuerti in causam codicillorum testamentariorum, nisi quòd etiam tales codicillos testamentarios facere miles potest, vt tamen fideicommissa tantùm in iis relinquat: quo casu non tam ideò fideicommissa debentur, quòd in codicillis relicta sint, quàm codicillorum nomine donatur scriptura ex qua fideicommissa petuntur, ideò quòd desinat posse dici testamentum statim atque desiit hæreditas directa in eo data esse. Ex quo apparet tantò elatiùs, nihil esse quod de vi & potestate clausulæ codicillaris tractari possit in specie *d. §. quærebatur.*

ERROR III.

De ratione quam Interpretes afferunt ad legem si quis priore 29. D. ad Senatusconsultum Trebellianum.

Fient apertiora quæ superiore capite disputauimus circa sententiam *l. quærebatur* 19. *D. de testa. milit.* ex iis quæ nunc subijciemus circa speciem, *l. si quis priore* 29. *D ad SC. Trebellian.* Etsi enim legum species sunt differentes, multáque habent dissimilia habent tamen etiam simile aliquid propter quod vnius interpretatio per alterius explicationem facilior fieri possit. Dissimilitudo in eo est, quod Vlp. *in dict. leg. quærebatur*, tractat de testamento militis, Marcianus verò *in d. l. si quis priore, de testamento pagani.* Ille de testatore qui in posterioribus tabulis hæredem ex asse scripserit, & in tota hæreditate, hic verò de illo, qui non nisi certarum rerum hæredem instituerit in secundo testamento. Ille de priore testamento in quo legata & fideicommissa quædam adscripta sint, hic de casu illo, in quo de tota institutione prioribus tabulis facta disputetur. Cæterùm vtriusque legis species in eo conuenit, quòd tam Vlp. quàm Marcianus ponit testatorem in posteriore testamento expressim fideicommisisse, vt prius testamentum valeret, ideóque tam hic quam illic concluditur, propter inserta fideicommissi verba, quibus vt prius testamentum valeret, expressum erat, dubitari non oportere quin teneretur hæres scriptus in posteriore testamento vt hæreditatem restituat iis qui in priore fuerant instituti. Sed aliter in ea specie quam Vlpianus tractat, Aliter verò in ea de qua rescripserunt Imperatores, quorum Constitutionem Marcianus refert *in d. l. si quis priore.* Nam apud Vlpianum tota hæreditas sine vlla diminutione Falcidiæ restituenda est hæredibus priore testamento scriptis: At apud Marcianum potest hæres in secundo testamento institutus, idémque de restituenda hæreditate rogatus certas illas res ex quibus scriptus fuerat retinere, pro quarta quam ex fideicommisso vniuersali saluam penes eum remanere Senatus voluit: Aut si res illæ ad quartam non sufficiant supplere ex reliqua hæreditate quantum necesse erit, vt *in l. filius quem habentem* 24. *C. famil ercisc.* Nempe, quia in testamento militis de quo Vlpianus loquitur, nullus falcidiæ locus est *l. in testamento* 7. *C. ad l. falcid.* sed tantùm in testamento pagani. Nec difficilis obseruatio ista est, Vt neque illa, quod si miles aliquis duo testamenta sic fecisset, vt in priore scripsisset hæredem Titiú ex asse. in posteriore verò Sempronium ex fundo Lithoniano, non censeretur reuocatum prius testamentum per posterius, quomodo reuocatum intelligitur in specie *d leg. si quis in priore*, quia cùm possit miles plura testamenta facere, nihil

nihil prohiberet, sic vtrumque testamentum subsistere, vt Sempronius ex fundo tantum Lattiano hæres esset, Titius verò ex reliquo: Quia prioribus tabulis abstulisse tantùm videtur, quantum in posteriores contulisset, vt Paulus loquitur *in l. miles is codicillis 36. § 1. D. de testam milit.* De quo iam aliquid scripsimus *in Error. 7. Decad. 15.* Sed nemo differentiam illam obseruat, quæ meo iudicio notatu dignissima est, quod in specie rescripti à Marciano relati non potest dici vim prioris testamenti conuersam esse in causam codicillorum, quomodo conuersam dicit Vlpianus in casu *d. l. quærebatur.* Idque duplici ratione. Prima illa est, quod in specie rescripti testamenti prius sublatum erat ipso iure per posterius, vt initio legis Marcianus præfatur. Proinde non nisi ridiculè possis dicere, vim prioris testamenti quæ amplius nulla sit, conuerti in causam codicillorum, Nec si testator millies id fieri velit. At apud Vlpianum valebat vtrumque testamentum ipso iure nec sublatum erat prius per posterius, cùm testator miles proponeretur, qui cum duobus testamentis decedere potuisset, si voluisset. Itaque alterutrum necesse erat, vt vel vtrumque testamentum valeret iure testamenti, vel prius quod vt valeret, testator fideicommiserat in causam fideicommissi & codicillorum conuerteretur, solaque dubitatio illa supererat, vtrum potiùs dicendum esset. Placetque Vlpiano postremum hoc magis dicendum esse propter verba fideicommissi tabulis posterioribus inserta. Ratio altera est, ob quam non poterat apud Marcianum conuerti prius testamentum in vim codicillorum, quoniam factum erat testamentum à pagano, qui non nisi inutiliter hæredem in codicillis instituere potuisset, vt superiore capite diximus ex *l. quod per manus 10. D. de iur. codicill.* Non enim alij possent esse isti codicilli, quàm testamentarij, in quibus tamen certum est factam à pagano directam institutionem adeò nullius esse momenti, vt neque ad fideicommissi causam vnquam flectatur, solúmque militarium codicillorum priuilegium illud esse, vt hæreditas directò in iis dari possit, *d. l. miles is codicillis in princ.* Cui consequens est, vt in specie, *d. l. si quis priore*, nulla videri possit adiecta clausula codicillaris, quæ vel priores vel posteriores tabulas transferat in codicillos, Et tamen non aliud eo loco rescriptum est ab Imperatoribus, quàm quod ab Vlpiano responsum *in d. l. quærebatur*, Videri togatum hæredem in posteriore testamento scriptum, vt ei qui in priore institutus fuerat hæreditatem restitueret, Idque non quia in pagano cùm duplex testamentum esse nequeat, verba directa necessariò trahenda sint ad causam fideicommissi, vt vulgò malè credunt, & post alios tradit etiam Viglius *ad §. sed etsi quis Inst. quib. mod. testam. infirm. n. 2. in fin.* Sed vt lex ait, propter illa fideicommissi verba quæ in vtraque specie addita proponebantur, quibus expressum erat vt prius testamentum valeret. Æquè igitur fatendum est, quod superiore capite contra Interpretes disputauimus, Nec apud Vlpianum posse fingi adhibitam à testatore clausulam codicillarem ad flectendam institutionem directam in voluntatem precariam. Etsi in specie Vlpiani hoc amplius est, quod poterat miles pro suo iure si voluisset, ita testari vt priores tabulæ in codicillos testamentarios conuerterentur, quod paganus in casu Marciani velle non potuisset, At non idcirco vllus interpretationi fideicommissi locus factus fuisset, quia valuissent militares illi codicilli testamentarij iure directo etiã quantum ad institutionem. Nisi testator fideicommissi verba adiecisset, quæ si trahere testamentum ipsum poterant ad causam fideicommissi, quantò magis etiam codicillos, quamuis testamentarios?

Quòd si in ea specie quam Marcianus tractat, aliqua legata in prioribus tabulis testator reliquisset, deinde posterioribus cauisset vt priores in causam codicillorum testamentariorum conuerterentur, iusta esset ea voluntas, fieretque vt legata illa in priore testamento data etiam quod per posterius sublatum ipso iure fuisset, tamen deberentur iure directo, tanquam in codicillis testamentariis relicta, in quibus nemo dubitat quin etiam legata perinde ac in testamento & verbis directis dari possint, Si non hoc quoque concurreret, vt conuertendo prius testamentum in codicillos adderet verba fideicommissi ad obligandum hæredem in posterioribus tabulis institutum, vt omnia in prioribus data præstaret iure fideicommissi, Tunc enim & valeret prius testamentum iure codicillorum ex testamento, & nihilominus legata non nisi tanquam fideicommissa deberentur, quemadmodum *& in dict. l. quærebatur.* Sed nullum huic quæstioni locum Marcianus relinquit, qui non ponit quicquam legatorum fuisse in priore testamento, sed tantum hæredem institutum. Et tamen quærunt nostri post Accursium & Bartolum *ad d. l. si quis priore*, de legatis priore testamento relictis, non quo iure debeantur, legatine an fideicommissi, sed an ex testamento primo, an ex secundo. Ad quam quæstionem respondent, nec malè, petenda esse ex secundo. Quomodo enim posset peti ex primo, quod per secundum sit ipso iure sublatum? Sed mouentur illi mala ratione, etiam vt bene sentiant. Aiunt enim hoc fieri ex eo quòd prius testamentum non sit sui natura confirmabile per secundum, quia nemo possit decedere cum duobus testamentis. Indéque statim generalem vt solent, propositionem instruunt, Si confirmatum non possit confirmari, agendum esse ex confirmante, non ex confirmato. Adducúntque exemplum de sententia primi iudicis, quæ per iudicem appellationum confirmata sit: Vt nimirum ex sententia confirmante agi oporteat non ex confirmata propterea quòd de eadem re duæ sententiæ definitiuæ ferri non possint *l. 1. C. quand. prouoc. non est nec.* Nam si ratio hæc quam afferunt, vera esset, vtique non haberet locum in specie *d. l. quærebatur*, in qua de testamento agitur militis, quem ea ipsa lex ait, posse decedere cum duobus testamentis: Quo admisso poterat prius testamentum confirmari per posterius adeóque verbis directis & ita vt valeret ipso iure. Nec eo minus tamen existimandum est legata, quæ in illa specie relicta fuerant prioribus tabulis petenda esse ex posterioribus, quibus fideicommiserat testator vt priores valerent: Non ob id solùm, quod apud Vlpianum æquè ac apud Marcianum prius testamentum ipso iure sublatum erat per posterius (non quidem ex necessitate iuris, quomodo apud Marcianum, sed quia testator fideicommittendo vt prius valeret, hoc ipso declarauerat satis, nolle se illud valere ipso iure.) Verùm etiam, quia cùm non debeantur nisi ex fideicommisso, vt lex ait, fideicommissum autem id posterioribus tabulis relictum sit per clausulam generalem, quæ totas priores in fideicommissum conuerterit, fieri certè nequit vt vel ex alia quam fideicommissi causa, vel ex alio quàm ex posteriore testamento petantur Nam etsi in casu *d. l. quærebatur.* nulla fideicommissi verba testator adiecisset, sed tantùm in causam codicillorum vim prioris testamenti conuertisset, adhuc tamen ex testamento secundo non ex primo legata peti oporteret, Cùm testamentarij codicilli ex testamento pendeant, neque alia quam ex testamento actione peti possint ea quæ in codicillis testamentariis quocumque modo relicta sunt, id est siue legata sint, siue fideicommissa, sed legata præcipuè, quæ nec in codicillis testamentariis alio iure

dari

dari possunt, vt neque cætera quæ verbis directis dari necesse est, quàm quòd in testamento ipso data esse videantur, *l. 3. §. codicillorum D. de iur. codicill.* Ee vero nulla hucusque ex codicillis actio prodita est, siue testamentarij, siue ab intestato facti proponantur, sed quicquid in codicillis relictum est, siquidem testamentarij sint, ex testamento petendum est, siue legatum siue fideicommissum illud sit. Si verò ab intestato, quia non nisi tanquam fideicommissum deberi potest, necesse est vt petatur eo prorsus modo quo aliud fideicommissum quodlibet, etiam quod extra codicillos relictum esset, id est cognitione prætoria, & implorato Prætoris fideicommissarij auxilio si ius illud inspicias in legibus Pandectarum interpretandis, quod prudentum temporibus obtinebat. Deducunt igitur interpretes dicere, *In d. l. si quis priore.* si qua legata in priore testamento data fuissent, peti ex solo posteriore testamento debuisse: Non quòd ageretur de testamento pagani, qui eum duobus testamentis decedere non poterat. Sed quia & prius testamentum ipso iure sublatum erat, & in posterioribus tabulis relictum fideicommissum, quod peti oporteret, quamuis in prioribus data fuissent legata omnia, quæ nunc ex fideicommisso peterentur. Fideicommissa enim non tam ex persona eius, cui relinquuntur æstimanda sunt, quàm ex persona rogati cuius fidei testator aliquid commisit, vnde & fideicommissa nomen sumpserunt. Ideóque quoties quæritur ex qua scriptura fideicommissum peti debeat, non alia inspicienda est in qua nominatus est is qui fideicommissum petit, sed illa potiùs in qua rogatus fuit is qui fideicommissum præstare debet. Ego cùm eam *in d. l. quærebatur*, quàm *in d. l. si quis priore*, testator per fideicommissi verba cauisset in secundo testamento vt primùm valeret, atque ita hæredem in secundo institutum rogasset ac grauasset de hæreditate restituenda ei, qui in primo scriptus erat, Consequens sanè est vt eo testamento secundo peti debeat fideicommissum siue hæreditatis siue legatorum in fideicommissa conuersorum, non ex primo, in quo rogatus nec fuit, nec esse potuit is, qui non nisi postea in secundo fuit instituturus. Quamuis prioris testamenti voluntas in vtriusque legis specie fuerit confirmabilis, etiam iure directo, sed aliter apud Vlpianum *in dict. leg. quærebatur*, aliter apud Marcianum *in dict. leg. si quis priore.* Nam apud Vlpianum erat confirmabilis etiam iure testamenti, ac proinde non minùs ratione institutionis quàm legatorum. Multoque magis iure codicillorum testamentariorum etiam ad directam institutionem in suo statu retinendam, nedum ad legata iure legatorum conseruanda. Apud Marcianum verò nullomodo erat confirmabilis iure testamenti, sed tantùm iure codicillorum testamentariorum: Hoc ipsum verò non quantum ad institutionem quæ in pagani codicillis licèt testamentariis fieri nullomodo potest, sed quantum ad legata, si qua in priore testamento relicta fuissent, ac longè magis quantum ad fideicommissa. Nihil tamen horum omnium, aut apud Vlpianum, aut apud Marcianum factum est, quia neuter testator prius testamentum confirmare voluerat iure directo, sed vterque id egerat, vt conuerteretur illud in causam fideicommissi, sed miles apud Vlpianum ita vt conuerteretur etiam in causam codicillorum, Paganus verò apud Marcianum in causam duntaxat fideicommissi, non etiam codicillorum testamentariorum, in quos scilicet nullo iure institutionem conferre potuisset, quæ sola tamen priore testamento continebatur. Cætera quæ pertinent *ad d. l. si quis priore*, explicauimus in *Error. 7. Decad. 15. & lib. 5. Coniect.* *cap. 19.* præsertim verò postrema illa legis verba; *Et hoc ita intelligendum est si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum*, quæ nos nouimus videri à Triboniano addita, Cui adscriberem etiam perlibenter, quod scriptum video *in d. l. quærebatur, vers. verum autem in fin. Nisi aliud testatorem scripsisse probetur*, vbi tamen pro *scripsisse* meliùs legi posse *sensisse* iam diximus. Sed illud magis quod initio responsi postcaquàm dixit Vlpianus, Licere militi plura testamenta facere, & siue simul siue separatim fecerit, vtrumque valere, additum video *si hoc specialiter expresserit*. Nec enim specialis illa expressio necessaria est facileque mihi persuadeo non solùm verba illa esse Triboniani, sed totam clausulam ab illis verbis, *sed siue simul*, vsque ad illa, *nec superius per inferius rumpetur*, quæ prioribus iis. *Militi licet plura testamenta facere*, longè aptius coniunguntur, quàm aduersatiua illa *sed*. Nec rursus testamenta duo simul fieri possunt, si duo sunt, separata illa & separatim facta esse necesse est. De quo videamus.

ERROR IV.

De pluribus testamentis à milite factis. Ad d. l. quæreb. & l. militis 36. §. 1. eod.

NOn egeret hic tractatus manu nostra, nisi suâ Tribonianus manum Vlpiano nostro inseruisset *in d. l. quæreb 19. De de test. milit.* de cuius sententia, & interpretatione diximus in præcedentibus. Scripserat Vlpian. Licere militi plura testamenta facere, nec sanè addiderat quod Tribonianus Vlpiano prudentior addendum putauit, siue simul, siue separatim ea fecerit, vt vtrique omnia valere. Quasi possior duo testamenta fieri adeò simul, vt non fiant separatim. Quod sanè impossibile est. Ideóque cogitur Accursius dictionem illam *simul* sic interpretari, *statim post, & in continenti*. sed parum proficit cùm etiam continenti factum secundum testamentum post primú nó eò minùs sit secundum, & consequenter separatim factum. Nec enim ad hunc casum pertinet quod dici solet, Ea quæ in continenti fiunt, inesse videri. Cùm si secundum testamentum ob id quod factum esset in continenti post primum, inesset primo, iam non esset secundum sed primum, Vlpian. autem tractat de pluribus testamentis, Ergo de separatis, & consequenter de separatim factis. Implicat enim contradictionem vt sint plura testamenta & simul facta. Quod si ea pro simul factis habuit Tribonianus quæ sub idem tempus facta sint quamuis separatim. Debuit ergo non illa inuicem opponere *simul*, & *separatim* tanquam contradictoria, sed ista potiùs *simul & diuersis temporibus*. Possunt enim separatim facta dici ea quoque quæ sub idem tempus facta sint, quamuis non ob id quod separatim facta sunt, statim consequens sit vt diuersis temporibus facta videantur si vnum factum sit in continenti post aliud, vt in exemplo quod affert Bartolus de pluribus testibus qui dixerunt se vidisse aliquid fieri per simulam ostij vnus post alium in continenti: Sunt enim contestes in tempore. Subiungit etiam de suo Tribonianus subtiliter si diis placet, quod Vlpianus multò certiùs prætermiserat *si hoc specialiter expresserit*. Quæ adiectio si bona & vera est, consequens fiet vt pluribus ab vno milite factis testamentis, si non ille specialiter expressisset vt vtrumque testamentum valeret, posterius solum valeat, & superius per inferius sublatum intelligatur, ac si de pluribus pagani testamentis ageretur, in quibus nemo dubitat ius ita esse, vt prius testamentum

testamentum collatur per posterius ipso iure, tametsi nihil de eo testator dixerit, id est sine nullam prioris testamenti mentionem fecerit, siue ita fecerit, vt tamen non expresserit velle se prius solum valere. Nec enim fieri vllo casu potest vt paganus cum duobus testamentis decedat, proinde necesse est vt alterutrum solum valeat, aut quod prius factum est si priuilegiatum fuit & clausulam aliquam habuit siue expressam, siue tacitam derogatoriá, nec sufficienter reuocatum extitit, aut quod posteriore loco conditum est, si prius reuocari per posterius potuerit, licet de eo nihil dictum sit. At vt vtrumque valeat in paganis fieri nullo caso, nulloque modo potest. Ergo nullum hac parte priuilegium militis erit, nisi vt possit cum duobus aut pluribus testamentis decedere, si velit, & hoc specialiter exprimat, quod tamen paganos neque velle, neque exprimere non fecerit, siue ita possit. Et ita post alios defendit Viglius in §. *sed & si quis in princip. Inst. quib. mod. test. infirm ex d. l. querebatur.* Atqui certum est, Eum qui plura facit testamenta, nec prius expressim reuocat per posterius, ea mente esse vt vtrúque valere velit, si nihil repugnet quominùs valere possit. Nam nec alia melior, aut verior ratio est, propter quam in paganorum testamentis ita obtinet, vt prius ipso iure per posterius regulariter infirmetur, quàm quod fieri nequeat, vt paganus quisquam decedat cum duobus testamentis §. *posteriore inst. quib. mod. test. infirm.* Adeò vt idem sit etiamsi in secundo testamento non nisi ex certis rebus fuerit hæres institutus. *leg. si quis priore 19. D. ad SC. Trebell.* Vnde illud etiam fit, vt si paganus aliquis plures codicillos fecerit, omnes valeant, licèt non expresserit specialiter vt omnes valerent, nimirum quia nihil prohibet, quominùs plures codicillos facere possit §. *codicillos Inst. de codicill.* Cur ergo magis requirimus in milite qui plura testamenta fecit, vt specialiter exprimat velle se omnia valere? Nec enim minùs facile aut licitum est militi plura facere testamenta quàm pagano plures codicillos, nec ratio vlla voluntatis nos cogit vt dicamus, militem qui bis testatur censendum in dubio velle prius testamentum reuocari per posterius, quàm vt admittamus paganum qui plures codicillos facit, id agere vt per posteriores reuocet priores. Nam voluntas quæque militis testamentum est. vt Paulus scribit secundum nostram. emend itionem *in l. eius militis 34. in fin. D. de testam. milit.* At non omnis voluntas pagani codicillos facit, maximè verò postquam indictum est ex Theodosij constitutione *in l. vlt. §. vlt. C. de codicill.* vt non aliter codicilli fieri possint, quam si quinque testes habeant, vtque cum in scriptis fiunt subscriptiones requirant & signacula testium, quemadmodum si de testamento in scriptis confirmando ageretur. Et quamuis dici solest codicillorum proprium ius illud esse vt nullam iuris ordinationem desiderent §. *vlt. Inst. de codicill.* negari tamen non potest quin maiorem exigant, quam testamenta militum, quibus non solum semper licuit testari quomodo velint, & quomodo possint, *l. 1. l. Diuus Traianus 24. D. de testam. milit.* sed etiam semper licebit, quomodo scriptum est *in l. milites vt C. eod.* Idque ita esse ipso etiam rerum vsu & euentu compertum est, cùm nulla vnquam solemnitas in hunc vsque diem militaribus testamentis addita sit multæ autem sint additæ codicillis, *d. l. vlt. in fin. C. de codicill.* Et sane non testarentur milites quomodo possent & quomodo vellent, si non aliter possent decedere cum pluribus testamentis, quam si hoc ipsum velle se expressim declararent, cùm quisquis facit plura testamenta neque expressim reuocet prius per posterius, satis eo ipso declaret velle se cum pluribus testamentis decedere, præsertim si sciat, putètve id sibi licere. Quam in rem illud etiam vrget, quod in testamentis militum nudam eorum voluntatem intuemur, non vt in paganorum testamentis eam quæ fit iusta, *l. 1. D. qui testam. facer. poss.* id est ea iuris authoritate & interpretatione æstimanda. Ex quo euenit vt sicuti nunquam aliud voluisse miles credendus sit, quàm quod dixit, *l. in testamento C. de testam. milit. l. precibus 8. C. de impub. & aliis subst.* Ita neque dubitandum non sit quin voluerit quicquid dixit, cùm tale illud est quod velle potuit *arg. l. Labeo 7. §. vlt. D. de supellect. legat.* Ergo qui plura testamenta fecit, haud dubiè credendus est voluisse cum pluribus testamentis decedere, nisi contrarium specialiter expresserit. Idque Paulus etiam noster non obscurè docet *in l. miles si testamentum 35. D. de testam. milit* vbi posteaquàm dixit, si miles testamentum imperfectum reliquerit, scripturam tamen quæ profertur perfecti testamenti potestatem obtinere. Rationem affert, quòd militis testamentum sola perficiatur voluntate, mox addit, *Quique plura per dies varios scribit, sæpe facere testamentum videtur.* Quod ipsum nihil aliud est quam quod nos volumus, militem qui plura testamenta facit etiam imperfecta, videri velle decedere cum pluribus testamentis. Quid verò attineret vsurpare hæc in re verbum *videtur*, si eo tantum casu liceret militi cum pluribus testamentis decedere, quo idipsum velle se specialiter expressisset? Quid? inquies, An non & paganus sæpe facere testamentum potest? Vtique, sed non ita vt plura habeat testamenta, *cùm non nisi vnum habere possit. Indeque nimirum intelligimus quod supradicto loco Paulus scribit, Militem qui plura per dies varios testamenta scribit, sæpe facere testamentum videri, cùm ad paganorum differentias scriptum sit, omnino sic accipiendum esse vt plura testamenta hoc casu miles habeat eodem tempore, nec vnum per alterum infirmetur. Cui non est contrarium, quod non alia voluntas quam quæ suprema sit testamentum dici possit, soli autem posteriori testamento conueniri videtur, non etiam priori, vt suprema voluntas dicatur, Nam imò verò suprema voluntas omnis illa est, quæ cùm ad supremum vsque vitæ exitum reuocari possit, per aliam tamen posteriorem reuocata non est, ea denique non quam alia nulla sequatur, sed quam alia nulla contraria. Alioqui dicendum esset, codicillos, qui vltimæ voluntatis speciem non minus quam testamenta constituunt. non aliter posse supremos esse quam si soli sint. Ideoque si plures facti proponantur solos eos supremos fore qui posteriores fuerint, non etiam illos qui priores, tametsi per posteriores reuocati non sint, quod tamen nemo vnquam dixit, *lege cum proponatis 3. C. de codicill.* Et vero cùm sola iuris communis ratio non etiam voluntatis, faciat ne possit paganus quisquam decedere cum duobus testamentis, vt ex eo appatet quòd etiamsi paganus plura testamenta maximè habere velit, tamen non potest, An non prorsus consequens est vt in milite aliud dicendum sit, cuius libertas in testando non aliis quàm voluntatis ipsius legibus coercetur. Quid? quòd licèt paganus cum pluribus testamentis decedere nequeat, interdum tamen inuenit, vt non reuocetur prius per posterius sed è contrario posterioris potestas per prius impediatur, Puta si prius habeat vtilem clausulam derogatoriam, vel tacitam, vel expressam. Quis ergo ferat vt militis testamentorum prius reuocetur omnimodo per posterius, si non specialiter expresserit miles velle se vtrumque valere: An non necesse it esse rem vt posterius testamentum ex iuris interpretatione contineret clausulam derogatoriam ad prius reuocandum

reuocandum quam miles ipse non expressisset: At nullus in testamento militis interpretationibus istis locus relinquitur, quia in hoc demum elucet priuilegium ... militaris, vt in eo lex nullo modo sit ... atque interpretationes & præsumptiones interpretationi ... Itaque adeò verum est, vt si miles in testamento Titium ex fundo Corneliano hæredem instituerit ..., potius admittamus decedere illum pro toto reliqua hæreditate intestatum, quam vt cessantibus testamenti verbis Titium ex toto asse scriptum interpretemur, *l. si miles vnum 6. D. de testament. milit.* Item vt si bonorum paternorum hæredem vnum instituat, & alium maternorum, non censeantur illi instituti ex semissibus quomodo censerentur si à pagano factum esset testamentum, *l. qui non militabat 8. D. de hered. instit. iunct. l. cogi 16. §. sed & similes D. ad SC. Trebell.* vbi Vlpianus ex Marciano scribit conceßum esse militibus circa institutionem separare species bonorum. Et per consequens etiamsi per fideicommissum ab institutis hæredibus relictum id fecerit, æque locum fore Senatusconsulto Trebelliano. Addimus, quod magis mirari quis iure posset, si duobus a milite scriptis hæredibus alter omiserit hæreditatem, pro ea parte videri defunctum intestatum decessisse, quamuis ex testamento ipsius ... ... vt in solidum & ex toto asse testatus moreretur, *l. si duobus 37. D. de testam. milit.* ... Paulus non aliam huius rei rationem addit, quàm quòd miles & pro parte testari possit. Quæ tamen ratio non videtur posse defendi tanquam bona & concludens. Cùm multò magis possit miles ex toto asse testari si velit, nisi sic adiuuetur & suppleatur, vt militem qui non dixit velle se testari iure communi, credendum sit eam potiùs testandi rationem sequi voluisse, quæ militum propria sit & peculiaris, nec aliud omninò quicquam voluisse, quàm quod simpliciter dixerit, non illa etiam, quæ inius aliqua interpretatione indigeant vt inducantur. Quale procul dubio est ius accrescendi, quod licet à tacita præsumptaque defuncti voluntate proficisci existimetur, ita vt ob eam causam cohæres cohæredi tacitè substitutus dicatur *in l. si Titio 61. §. Iulianus de leg. 2. & leg. non instam 4. C. ad SC. Trebell.* tamen magis pendet a iuris potestate, & necessitate, vt ex eo constat quod nec à testatore ipso prohiberi potest quemadmodum contra Bartolum disputauimus *in Error 7. Decad. 15.* Proinde mirum non est si locum non habeat in testamento militis, qui de eo nihil dixit. Sed addenda tamen exceptio est quam Paulus non prætermisit *in d. l. si duobus, nisi si hæc voluntas defuncti probata fuerit, vt omittente altero ad alterum vellet totam redire hæreditatem*, vt intelligamus expressa voluntate opus esse non tacita, & probatione non præsumptione, vt qui iure militari testatus est, iuris communis regulas vlla in re sequi voluisse videatur. Quid ni ergo eadem, ac multò maiore ratione dicemus, Militem qui plura testamenta facere voluit & fecit, hoc secum animo agitasse vt cum prioribus testamentis moreretur, nec prius per posterius tolleretur, si non expressa in contrarium voluntas eius approbetur. Nam vt prius testamentum ... per posterius, est ex regulis iuris communis: Vt verò cum pluribus testamentis quis decedat, est ex priuilegio militari. Neque alia fuit Accursij quam nostra de hac re sententia. Is enim *ad d. l. querebatur*, scribit supplendam esse & subaudiendam dictionem *maximè* ante verba illa, *si hoc specialiter expresserit*, neque dubitat quin necessaria non sit hæc specialis expressio, ne prius militis testamentum ipso iure sublatum per posterius dici possit, Nisi aliqua, inquit, in posteriore testamento verba sint quæ contrarium suadeant:

Qualia erant in specie *d. l. querebatur*, vbi fideicommiserat miles testator in posterioribus tabulis, vt priores valerent. Ita significans non obscure, quòd nolebat valere illas ipso iure, ac tanquam testamentum. Affert autem Accursius pro huius sententiæ confirmatione quod scriptum est *in l. militis codicillis 36. ... eod. tit.* de milite, qui castrensium bonorum, & non castrensium diuersos hæredes instituerat. Postea verò bonorum castrensium alios hæredes scripserat. Hunc enim Paulus negat videri sustulisse & reuocasse priores tabulas. Quid ergo? *Prioribus tabulis*, inquit, *tantum videretur abstulisse, quantum in posteriores contulerit.* An ita si hoc specialiter expresserit? Imò verò etiamsi nihil de hoc nominatim dixerit, & in dubio: quod significat verbum illud *videtur*. Sed & illud obiectatione dignum est quod Paulus adiicit, *nec videatur mutare, etsi prioribus tabulis vnus hæres scriptus fuisset.* Ne scilicet quis putaret in priore illo §. specie ita responsum quod duo in priore testamento fuissent hæredes instituti, vnus bonorum castrensium, vt diximus, alius non castrensium: Quasi difficilius esset vt prius illud testamentum in quo testator dispusuerat tam de bonis non castrensibus, quàm de castrensibus in fauorem diuersorum hæredum, reuocatum esset per posterius in quo vnus tantùm hæres fuerat institutus, & quidem in solis castrensibus. Nam etsi vnus tantum hæres, inquit, scriptus fuisset in prioribus tabulis, ac proinde in castrensibus simul, & non castrensibus bonis omnibus, idem tamen dicendum esset, vt in solis castrensibus reuocatum prius testamentum videretur, in non castrensibus non, ac proinde vt cum duobus non solùm hæredibus, sed etiam testamentum decessisse miles videretur. Quænam potiò dubitandi causa esset. An aliud dici oporteret vno tantùm hærede instituto quàm pluribus hæredibus scriptis in prioribus tabulis, si vtroque casu necessaria esset specialis expressio ad impediendum ne prius testamentum ipso iure per posterius tolleretur?

ERROR V.

Si miles in vnoquoque testamento de bonis omnibus dispofuerit.

Dicat aliquis fortasse, Huic sententiæ locum fieri eo demum casu posse, quo de aliis bonis miles dispofuerit in primo testamento, de aliis verò in secundo, Præsertim verò si prior dispositio amplior sit posteriore, vt in specie *d. l. militis §. 1.* vbi proponebatur miles in prioribus tabulis testatus de bonis suis omnibus, & castrensibus & non castrensibus, in posterioribus verò de castrensibus solis: Sed aliud respondendum esse, si miles in posterioribus aliquem hæredem ex asse scripserit, eum tam in prioribus alium æquè ex toto asse instituisset. Quid enim superest quod ex posterioribus habere scriptus hæres possit, si priores subsistant ex quibus totum habere debeat is qui in illis institutus fuit? Et ita concludit *ad d. l. militis § vlt.* distinguens an posterius testamentum de quibusdam tantùm bonis factum sit, an de omnibus. Nec sanè potest negari, quin facilius sit vt prius testamentum militis conseruetur, cùm in secundo non nisi certarum rerum institutio facta est: quia cùm certi iuris sit eum qui à milite ex certis duntaxat bonis scriptus fuit, nihil amplius ex eo testamento consequi posse, ita vt reliqua tota hæreditas ad legitimum intestati successorem peruenire debeat, is potiùs quàm vt rei certæ institutionem concomitetur. Conuenientius est vt hæredi qui in prioribus tabulis scriptus fuerat

quàm vt legitimo successori faueamus, vtque testatoris causa retineatur, potiùs quam vt vlla ex parte intestati successio inducatur. Ad quam interpretationem confugere nil necesse est, cùm in posteriore testamento hæres aliquis institutus reperitur. Ob idque omittum etiam in pagano dubitationem aliquam res habere visa est, An si in posterioribus tabulis hæres aliquis ex certa tantùm re institutus esset, prius testamentum ipso iure tolleretur, vt apparet *ex d. l. si quis priore*, Et apertiùs apud Iustinianum *in §. ed & si quis. iunct. §. praeced. Inst. quib. mod. testam. infirm.* Verùm responderi potest, Tum quoque cùm in secundo testamento hæreditas tota data est, nihil tamen nos cogere vt prius ipso iure sublatum esse dicamus, quia credendus est miles perinde ac paganus transire ad dupondium, quoties expleto iam asse, alium hæredem etiam ex asse instituit, siue in eodem, siue in alio testamento. Nam quemadmodum is, qui in eodem testamento ita scribit *Titius hæres esto, Sempronius hæres esto*, non aufert hæreditatem Titio, vt eam det Sempronio, sed hæredem instituit Sempronium vt tantundem ei det, quantum dederat Titio, siue miles testator sit siue paganus, quia non in vno eodemque asse ambos singulos instituisse credendus est, quod vtique non magis fieri potest quam vt vni duo in solidum sint hæredes, *l. quod contra 141 §. vni duo. De reg. iur.* sed duos asses fecisse intelligitur, inque vno eorum scripsisse Titium in alio Sempronium, *l. item quod Sabinus 17. §. sed si asse expleto & seq. D. de hær. inst.* Ita & qui solo Titio in prioribus tabulis hærede scripto, solum in posterioribus instituit Sempronium, non id agit vt hæreditatem adimat Titio ad transferendam eam in Sempronium, sed id potiùs, vt tantundem det Sempronio quantum Titio, non plus, certè nec minus siue paganum, siue militem ita testatum proponas. Perinde siquidem hæreditas militis, atque pagani assem constituit, & in easdem assis partes iuris potestate distribuitur, cuius rei perelegans exemplum est *in l. si certarum 7 in princip. D. de test. milit.* quia & æquè iuris nomen est, admittitque commoda & incommoda, ac consequenter etiam dupondij & secundi ac tertij assis accessionem: Alioqui non militis hæreditas dicenda esset, sed bona, nec militis hæres quisquam, sed possessor bonorum: quod tamen euidenter falsum est. Dices testatorem militem, qui in secundo testamento disponit de ijs ipsis bonis de quibus disposuerat in primo, tantùm videri abstulisse prioribus tabulis, quantum in secundas contulit vt Paulus loquitur *in d. leg. in militis codicillis 16. §. 1. D. eod. tit.* Consequens igitur esse, vt qui in secundas tabulas totam hæreditatem contulit instituto Sempronio ex asse, totam similiter hæreditatem Titio ademisse dicendus sit. Alioqui nihil superest, quod Sempronio dedisse videri possit, si Titio nihil ademerit. Sed hæc obiectio supponit, fuisse Sempronium posteriore testamento vocatum ad eum ipsum assem in quo Titius fuerat institutus: quod nos negamus. Dicimus enim videri Titium ex primo asse institutum, Sempronium verò ex secundo, Non minus cùm à milite, quàm cùm à pagano factum est testamentum. Atque ita fit vt semper verum sit, tantum abstulisse militem prioribus tabulis, quantum contulit in posteriores semissem scilicet hæreditatis, cùm duo illi asses necessariò reuocandi sint ad assem iuris, & consequenter ad semisses: Quemadmodum si miles post factum testamentum in quo Titium hæredem instituerat, scripsisset codicillos & in iis partem suæ hæreditatis dimidiam Sempronio dedisset vt *in d. l. militis codicillis in princ.* Nam quod miles ex priuilegio militari facere licet per codicillos, cur non æquè & ex eodem priuilegio facere poterit per posterius testamentum? Siquidem non minùs alienum illud est a regulis iuris, vt hæreditas in codicillis directò detur, quam vt decedat quis cum duobus testamentis, duobúsque hæredibus singulis ex suo asse institutis in separatis tabulis.

ERROR VI.

De sententia & ratione l. militis 36. § vlt. D. de testament. milit.

PRobatur autem nec obscurè meo iudicio, nec ineleganter nostra hæc sententia ex eo quod idem Paulus noster scribit *in d. l. militis § vlt.* vbi tractans de milite, qui iure communi testatus, posteà testamento iure militiæ super bonis omnibus facto post annum militiæ decesserat, non dubitat quin prius testamentum ruptum sit per posterius: Sed an ideò tantùm quòd posterius non de certis bonis, at de omnibus factum esset, vt ad illum locum tradit Bartolus? Minimè, sed quia prius testamentum non iure militiæ factum fuerat sed iure communi. Fieri autem nequit vt ex pluribus testamentis in quibus singulis testator de vniuerso suo patrimonio disposuerit, vnum valeat iure communi, si alterum quoque iure subsistat. Et verò frustrà esset quod Paulus addit ea verba: *iure communi testatus*, si non aliud fuerat responsurus etiamsi testamentum illud prius iure militari factum fuisset. Quare nec distinguendum erit an in priore illo testamento institutus esset hæres ex certis rebus, an ex toto asse. Cum enim ponamus testamentum iure communi factum esse, constat etiam certæ rei institutionem tradi ad bonorum & hæreditatis vniuersitatem, siue in priore, siue in posteriore testamento certæ rei institutio facta sit. Illud planè Bartolo concedendum est, tametsi prius illud testamentum iure communi factum esset, si tamen in posteriore facto iure militiæ non de bonis suis omnibus, sed tantùm de quibusdam miles disposuisset, non idcirco futurum vt prius dici posset ruptum per posterius. Quoniam non alia ratio est propter quam in pagani testamentum prius tollatur per posterius etiam in quo certarum duntaxat rerum hæres scriptus fuerit, quàm quòd institutio illa certarum rerum trahatur ad vniuersam hæreditatem *d. l. si quis priore 29. D. ad SC. Trebell.* quæ ratio cessat in militis testamento iure militiæ facto, ex quo non alia vtique bona vindicare scriptus hæres potest, quàm ea quibus scriptus inuenitur *l. si miles 6. d. leg. milites §. 1 & l. seq. eod. tit. l. 1. C. eod.* Nec enim absurdum est, vt prius testamentum, quod sui natura tanquam iure communi factum vniuersam hæreditatem omnimodo comprehendebat, restringatur per subsequens, ne bona illa complectatur de quibus miles posteriore testamento iure militiæ facto disposuit. Cùm testatori permissum fuerit ita velle ac disponere eo tempore quo secundum testamentum ordinauit, sed non ideò consequens fit, vt dici oporteat prius testamentum ipso iure sublatum esse, vt scilicet noluit miles derogatum nisi pro ea bonorum parte quam in posterius contulit, quod vtique potuit. Proinde non sine causa adiecit Paulus verba illa, *super bonis omnibus*, vt significaret aliud se responsurum fuisse si posterius testamentum de quibusdam solùm bonis factum esset. licèt prius iure communi factum fuisset. Duo igitur veluti necessaria requirit ille vt prius testamentum militis ipso iure rumpatur per posterius, Vnum est vt prius non iure militiæ factum sit quamuis à milite, sed iure communi, cuius ratio illa est vt prius testamentum

rumpatur

cumparut, ipso iure per posterius, id est, atlemsi non fuerit voluntas illa testatoris, vt rumperetur. Hoc enim non tamen esset rumpi testamentum, quàm reuocari quod diuersum est. Alterum, vt posterius factum sit de bonis omnibus militis: Nam si de quibusdam tantùm ex priuilegio militari factum sit nulla ex parte prius rumpitur quamuis iure communi factum. Sed tamen pro ea parte bonorum quæ in posterius collata est, reuocatum intelligitur, quod etsi iure communi fieri non potuit, iure tamen militari potuit, à quo sanè vincitur ius commune: scilicet ad eum vsque finem quem voluntas militis præscripsit, non vltra. Ergo si prius testamentum iure militiæ factum esset, tametsi de bonis omnibus, non rumperetur ipso iure per posterius quod æquè & iure militiæ & de bonis omnibus factum esset, *d. l. quærebatur.* quia priuilegium militis est, vt cum duobus testamentis possit decedere ita demum si vtrumque testamentum iure militiæ factum sit, non si prius iure communi. Præterquàm si posterius ex certis tantùm rebus scriptum proponatur. Quid igitur si prius factum sit iure militiæ, posterius autem iure communi. An perinde distinguemus, Verum posterius de certis tantùm rebus an de bonis omnibus factum sit? Nequaquam. Nec enim iuris ratio patitur vt posterius valeat, quod iure communi factum est, quin solum ipsum valeat, omniáque defuncti bona comprehendat: Adeò vt nec aliud dicendum putem etiamsi prius testamentum quod iure militiæ factum ponimus, certarum duntaxat rerum institutionem contineat. Tum enim potentius est testamentum militare cùm posterius quoque est, Non item si sit prius, quoniam miles qui posteaquàm iure militari testatus est, iure communi testatur, quamuis eo adhuc tempore quo iure militiæ testari si vellet, posset (multò magis si post id tempus) ostendit apertissimè redire se in omnibus ad ius commune, Nisi hactenus vt si testamentum illud quod iure communi facere destinauit, valere eo iure non possit, non eò minùs valeat iure milit ri. At non etiam vt vtriusque testamenti vim habere queat. & eius quod à iure communi authoritatem accipiat vt loquitur *l. 3. C. de test. milit.* & eius quod ex solo priuilegio militari valere debeat *l. 3. D. eod.* Cæterùm quod dicimus posse vtrumque militis testamentum ipso iure valere, si iure militiæ factum sit, licèt diuersi hæredes in solidum instituti proponantur. Non generaliter & indistinctè accipi volumus. Sed ad eum casum restringi quo testator hæredes illos ex asse simpliciter scripserit, vsurpato iuris nomine quod interpretationem à iure aliquam recipere possit, Nam si poneres priore testamento militem sic cauisse *Titius in bonis meis omnibus hæres esto*, deinde in posteriore *Sempronius in bonis meis omnibus hæres esto*, dicerem ruptum esse prius per posterius ipso iure propter implicitam contradictionem, quia fieri nequeat vt singuli in bonis omnibus in solidum sint hæredes. Neque vllam iuris interpretationem hæc verba admittunt, singulos in dimidia parte bonorum scriptos existimemus, ne fiat contra voluntatem si totum non habeant singuli quibus testator totum dedit *argum. l. verbis ciuilibus 7. in fin. de vulgari & pupill. subst.* Bonorum enim nomen naturale est, non vt assis vel hæreditatis ciuile. At cùm testator simpliciter dixit in priore testamento *Titius hæres esto*, in posteriore autem, *Sempronius hæres esto*, aut etiam additis in vtraque institutione verbis illis *ex asse* aut si voles *ex toto asse*, licet vnaquæque institutio vniuersa bona comprehendat, vtraque tamen stare commodè potest per adhibitam iuris interpretationem quæ asses illos, vt diximus, reuocat ad semisses. Nec dissimile quiddam est *in d. l. 3. in fin. C. eodem.* Et ita distinguere interpretes nostri debuerunt non quomodo distinxerunt. Addit paulus *in dicto §. vltimo l. militis*, & hoc vnum ex professo respondet de quo solo quærebatur, prius illud testamentum iure communi celebratum de quo non dubitat quin ruptum sit per posterius iure militiæ super bonis omnibus factum: Non redintegrari quamuis testator post annum militiæ decesserit. In quo dubitandi ratio euidens illa occurrebat, quòd cùm prius non esset alia de causa ruptum quàm quia posterius iure militiæ valuerat, consequens videbatur vt quemadmodum desinebat posterius valere ius militiæ post annum missionis, ita & desineret prius ruptum esse. Sed aliud Pauli iudicium est quia testamentum semel ruptum ipso iure non potest redintegrari, nouóque testamento opus est tùm quoque cùm testator redire vult ad priorem voluntatem, Nisi proponas militem adhuc esse illum qui talem habeat voluntatem vt ea voluntas noui testamenti vice esse possit *l. centuris 27. eodem tit.* Aut nisi agas de bonorum possessione secundùm tabulas, ex testamento non tam rupto quàm facto irrito per adrogationem, vt in specie *l. qui ex libertis* 11. *§. testamento. D. de bonorum poss. secund. tabul.* De cuius sententia videnda sunt quæ scripsimus in *Erro. 7. Decad. 39.* Plura enim hic addere nec libet; nec necesse est.

ERROR VII.

De sententia & emendatione l. centurio 27. D. eod. tit. De testam. milit.

Quod huius legis mentionem proximè fecimus mouet nos vt de ipsius sententia & emendatione aliquid subiiciamus. Locus enim sicuti Papinianeus ita totus elegans est, nec ab instituta disputatione alienus De pluribus testamentis ab eodem milite factis: Adeò vt videri etiam possit pugnare cum eo quod defendimus, Prius militis testamentum nō rumpi per posterius, licèt in vnoquoque testator de bonis suis omnibus disposuerit, si modò vtrumque testamentum iure militiæ factum proponatur. Tractat enim Papinianus de milite, qui duo testamenta fecerat, & in secundo posthumos hæredes instituerat, Nullísque datis substitutis posteà dixerat se ad prius reuerti testamentum. Nec dubitat, quin testamentum prius ruptum fuerit per secundum, Cùm non alio iure valere prius velit, quàm quia testator ad illud redire voluit. Non ergo admitteret Papinianus, Valere vtrumque militis testamentum de bonis omnibus factum, si non specialiter id expressisset testator, quod apud Papinianum non expresserat: Alioqui poterat sufficere militi, vt in quem casum volebat reuerti ad prius testamentum infirmaret ac reuocaret posterius, nec erat necessarium vt adderet velle se ad prius redire quod neque ruptum, neque absolutè reuocatum vnquam fuisset. Verùm vt hinc exordiamur, facilis pro nobis responsio est, Non tractare Papinianum de pluribus testamentis militaribus & iure militiæ factis. Verba enim potiùs præferunt solum posterius testamentum in illa specie iure militari factum, Prius verò iure communi. Quod & in dubio militem facere voluisse credendum est tùm quoque cùm tempore militiæ testatus est, quoties iure communi valere testamentum potest, *l. tertia, C. eodem tit.* Atqui iam diximus in præcedentibus, Ita demùm posse militem decedere cum pluribus testamentis, in quibus singulis

singulis diuersos hæredes & ex asse singulos scripserit si vtrumque testamentum iure militiæ factum sit, non etiam si prius, iure communi Ex *l. militis codicillis 36. §. vltimo. D. eod.* Nihil igitur contra nos vrget ille Papiniani locus. Sed & dici potest, agere Papinianum de secundo testamento in quo posthumi liberi testatoris fuerant hæredes instituti. Quo casu nemo dixerit eam militis voluntatem fuisse, vt liberis suis cohæredes daret eos quos in prioribus tabulis scripserat, Cùm etiamsi nihil de posthumis dictum esset, eorum tamen agnatione vtrumque testamentũ rumperetur si non scienter essent præteriti, *leg. si filiusfamilias 33. eodem titulo,* iunct. *l. sicut certis 9. & sequen. Cod. eodem.* Cur non ergo ipsorum institutio posterioribus tabulis facta sic accipi debeat vt soli videantur ad paternam successionem inuitati, quæ naturali ratione iis debeatur? Itaque nihil hac parte refert an iure communi factum sit posterius testamẽtum, an iure militari, quoniam & in militum testamentis interpretandis probabilem eorum voluntatem & inquirere & sequi debemus, Dummodò voluntatis potiùs quàm iuris interpretatio illa sit, *l. si secundum probabilem 3. t. eo.* Non igitur sumi argumentum potest à secundo testamento in quo scripti sint posthumi, ad secundum testamentum in quo scriptus sit extraneus, quantum ad hoc vt perinde vtróque casu testamentum prius per posterius rumpatur. Sed non in hoc præcipua legis difficultas consistit: at in eo primùm quod vulgata lectio nullum satis bonum sensum habere videtur, in illis verbis, *atque substitutos addidit. Quibus non additis, ad superius testamentum se redire testatus est.* Nam cùm iam expressum esset sic institutos posthumos vt nulli essent iis additi substituti, quid attinebat subiicere *quibus non additis?* Aut quia credat patrem quamuis militem tam inhumaniter posthumos tractasse vt post eos in secundo testamento institutos mox quasi pœnitentia ductus redire voluerit ad prius testamentum, in quo nulla posthumorum facta mentio proponebatur? quodque proinde in eo erat vt vel vnius posthumi quandocunque superuenientis agnatione rumperetur? Credibilius sanè est vt non nisi sub conditione voluerit miles ad prius testamentum redire quod iure communi fecerat, Scilicet si posthumi hæredes non essent, vt & Accursius noster interpretari cogitur nulla tamen verborum authoritate subnixus. Nec enim tam facilè præsumenda est adeò subita mutatio & correctio prioris voluntatis *vulgat. leg. non ad ea 89. D. de condic. & demonstr.* præsertim vt posthumis noceatur inducta eorum præteritione, per quam fieri possit vt defuncti militis iudicia subuertantur. Tantò namque fauorabiliores sunt posthumi, quòd eorum causa cum testatoria ac testamenti fauere conuocta est quódque non solùm ex charitate & affectione sed etiam ex necessitate vel instituí, vel saltem exhæredari debuerunt. Quare dubitandum non est quin locus sit corruptus, & aliquid immutandum in iis verbis *quibus non additis:* Sed quomodo ea immutatio & emendatio facienda sit, difficilius est dicere. Putabam aliquando pro *additis*, legendum esse *adeunte*, id est, *adeuntibus*, Relata dictione *quibus* non ad substitutos vt ab Accursio & aliis malè factum est quamuis circa emendationem nihil habuerint, quod melius dicere potuerint, sed ad posthumos hæredes institutos, hoc sensu vt testator miles qui secundo testamento iure militiæ facto posthumos hæredes scripserat, nec vllos iis substitutos dederat, eodem tamen testamento declarauerit velle se ad prius testamentum redire si posthumi hæredes non essent, quæ secunda eiusdem Accursij, vt dixi, interpretatio est, omnino certè admittenda, vt lex bonum aliquem sensum habeat, sed tamen prorsus improbabilis & diuinatoria si nihil in verbis emendetur. Iuxta quam interpretationem & emendationem, facile est videre rationem dubitandi apud Papinianum illam fuisse, propter quam dicendum videbatur legata & fideicommissa quę à posthumis in secundo testamento relicta fuerant deberi ab hæredibus in priore testamento institutis, quod hæredes illis posthumis vulgariter substitui viderentur. Quid enim referebat an in eodem testamento vulgariter substituti essent, An verò ex alio quidem testamento succederent, sed sub ea tamen ipsa conditione, sub qua fieri vulgaris substitutio potuerat, id est, si posthumi hæredes non essent. Verùm ne emendatio ista probabilis mihi nunc videri possit, illud facit, quod neq; à dictionum similitudine valde adiuuatur, quod tamen ego in emendationibus recipiendis præcipuè spectandam arbitror, neque satis propriè dictio *adeuntibus* conuenit posthumis, qui cùm nascantur sui hæredes patri, ideóque agnatione rumpant testamentum, si in eo præteriti sint, non adire paternam hæreditatem dicuntur, sed immiscere, quamquam nec immixtio vlla in iis necessaria est, cùm ipso iure sint hæredes ab ipso tempore quo nascuntur. Nam nascendo rumpunt, & rumpendo succedunt, & succedendo rumpunt, Nisi ponas agi de milite filiofamilias, vt in *l. filiusfamilias 28. & d. l. si filius famil. 33. eod.* Cùm enim filiusfamilias sit ipse in patris sui potestate, certum est non posse illum siue viuum siue mortuum habere suos hæredes, Non solùm quòd posthumus non possit habere in potestate *l. sic euenter 21. D. ad legem Iuliam de adult.* quos nec paterfamilias haberet, *l. vltima, D. de collat. bono.* Sed etiam quia cùm nascuntur vt que nascuntur in aui superstitis potestate & ideò ipsi auo adnascuntur sui hæredes non patri, & aui testamentum rumpunt, non patris, *d. l. si filiusfamilias,* Proinde si filiusfamilias testatus sit, & reliquerit hæreditatem in bonis castrensibus posthumis institutis. Potuit non ineptè iis substitui si non adirent, perinde atque per verba illa, *si hæred. non essent.* Sed nimia esset ista restrictio, cùm Papinianus de milite simpliciter loquatur, nec minùs de patrefamilias, quàm de filiofamilias. Itaque nunc magis probo, vt pro *additis* legamus *editis*, quod & ante nos Zoannetus obseruauit. Vt verba illa *quibus non editis,* ad posthumos æquè referantur, nec sint tam Iurisconsulti quam testatoris qui post hæredes institutos posthumos, non quidem dederit iis substitutum vllum neque in vulgarem casum, neque in pupillarem, sed tamen addiderit, vt si posthumi non ederentur prius testamentum valeret. Quæ emendatio si errorem inspicias qui ex dictionum affinitate nasci potuit, longè probabilior est, sin sensum legis, eodem penè quo prior recidit, Nisi quod conditio restricta est ad vnum casum, eúmque specialiorem si posthumi non nascerentur. Illa verò *si posthumi non adirent,* aut quod effectu idem est, *si hæredes non essent,* generalior esset, nec tantùm eum casum complecteretur, quo editi non essent, sed etiam illum quo editi, paternam tamen hæreditatem adire recusarent, aut ante aditam morerentur. Est tamen frequentius vt qui posthumos instituit, iisque siue expresse, siue tacitè substituit, adscribat conditionem hanc *si non nascentur.* quàm illam, *si hæredes non erunt, l. vlt. C. de instit. & substitut.* Nempe quòd proximior & periculosior euentus ille sit vt non nascantur, quàm vt nati vel nolint vel non possint hæredes esse, quod vtrumque difficilius est euenire. Neq; tamen probo quod Zoannetus dixit testatoris esse verba illa, *quibus non editis,* quasi testatore post institutos posthumos sic locu-

to,

to, *Quibus non editis, ad prius testamentum reuerti volo*. Papiniani enim sunt, voluntatem testatoris & sententiam magis quàm verba referentia. Quod etiam illa ostendunt, *testatus est*, quæ nemo testatoris esse dixerit. Testatorem verò ita potiùs cauisse probabile est, *Posthumi qui mihi nascentur, hæredes sunto, si non nascentur ij hæredes sunto quos priore meo testamento institui*. Nam verba illa, *quibus non editis*, cùm sint præteriti temporis, minùs apta sunt ad exprimendam conditionem, quæ in futurum concipi & solet. & de et, *l. cum ad præsens 37. & seqq. D. reb. cred.* Vt neque verbo *volo* quod est fideicommissarium aptum esset ad retinendam institutionem directam quæ priore testamento continebatur, sed magis ad flectendam eam in fideicommissariam, vt in *l. quærebatur 19 eod.* iunct. *§. vlt. Inst. de singul. reb. per fideicomm. relict.* Præter id quod longe aliud est, velle redire ad prius testamentum, Aliud verò redire, sicut & aliud est velle testari, aliud testari. Itémque aliud velle adire, Aliud adire. Neque verò priuilegium militis hac parte aliud est, quàm vt possit directam facere institutionem quæ erat precaria, Vel precariam illam quæ erat directa, *d. l. quærebatur*. At non etiam vt possit directam facere institutionem verbis precariis aut precariam verbis directis, Ne alioqui voluntatis confusio & incertitudo inducatur, quam non meliùs discernere norunt Iureconsulti, quàm ex propria verborum, quibus testator vius est significatione. Illud sanè Zoannetus benè, verba illa præcedentia, *neque substitutos addidit*, sic accipienda esse acsi scriptum esset, *neque iis quemquam substituit*, quo modo si scripsisset Papinianus, nemo dixisset sequentem dictionem *quibus* ad substitutos referendam, de quibus in singulari tantùm numero locutus ille fuisset, ac non potiùs ad posthumos hæredes institutos. Sed hæc quidem de legis emendatione sufficiant.

ERROR VIII.

De ratione dict. l. centurio, & de Baldi ad eam interpretatione.

Sensus verò si emendationem admittas nec difficilis est nec subobscurus. Nam cùm quæreretur an non editis posthumis, atque ita succedentibus ex primo testamento his, qui in eo fuerant instituti iuxta voluntatem in secundo declaratam, deberent illi legata & fideicommissa quæ testator à posthumis in posteriore testamento scriptis reliquerat, Respondet Papinianus nihil eorum deberi nisi quæ testator in secundo illo testamento specialiter & nominatim confirmauerit posteaquàm reuersus est ad priorem voluntatem. Hoc verò cur ita? An quia constitutio Seueri quæ voluit vt legata ab institutis relicta etiam à substitutis in dubio repetita intelligantur? *l. licet 74. de legat. 1.* non habeat locum in testamento militis, Non magis quàm constitutio D. Marci de qua in *l. iam hoc iure 4. De vulg. & pupill. substitut.* vt apparet *ex l. precibus 8. C. de impub. & aliis substitut.* Iunct. *l. in testamento 6. C. de testament. milit.* aut aliæ leges & Constitutiones? Non puto bonam esse rationem: Non enim Constitutio illa Seueri hac in re tam fecit ius nouum, quàm certum reddidit & indubitatum quod prudentes anteà iam ferè omnes respondebant ex coniectura voluntatis, vt constat *ex d. l. licèt*, aliísque pluribus in hanc rem iuris locis, de quibus nos in Coniecturis nostris scripsimus. Certum autem est etiam in testamentis militaribus inquirendam esse ac inspiciendam probabilem militis voluntatem *dicta lege si secundum probabilem 32. D. eodem titul. de testament. milit.* Eásque solummodo prohibitas interpretationes quæ à iuris potissimùm authoritate descendant. Quasi sint omnes ex contra voluntatem militis qui propter simplicitatem militarem, vt loquitur *lege tertia, Cod. eod.* & ob iuris imperitiam nihil minùs, quam ex legibus testari velle creditur, Ergo perinde in militis atque in pagani testamento id obtinebit, vt legata & fideicommissa ab instituto relicta etiam à substituto tacitè repetita existimentur, Etiam post Constitutionem illam Seueri, quia tametsi nulla esset constitutio, idem tamen ex præsumpta defuncti voluntate admittendum esset: Alioqui via vlla dubitandi ratio afferri posset, quæ apud Papinianum pro secundi testamenti legatariis & fideicommissarijs facere videretur. An ergo Papinianus ea fortassis ratione moueri potuit, quòd voluntas illa tacita & præsumpta de legatorum, ac fideicommissorum repetitione non nisi in iis qui expressè substituti sint locum habeat? Ne hac quidem. Nam & in cohæredibus locum habet idque non alia ratione quam quia cohæres cohæredi in cohæredis portione tacitè substitutus esse videatur *l. si Titio 61. §. Iulianus* (si tamen is locus Iureconsulti est) *de legat. 2. lege non instam. 4 C. ad Senatusconsultum Trebellianum*. Ratio igitur quæ Papinianum mouere potuit & debuit, vna illa est, quòd quanquam in testamento secundo testator miles dixerit velle se, vt si posthumi non nascerentur, hæredes ij essent, qui priore testamento scripti erant, Non tamen succedunt isti quasi in secundo illo vel instituti, vel substituti, sed tanquam ex primo, haud secus acsi secundum nullum factum esset, ita scilicet faciente nuda & simplici militis voluntate: Quo tamen casu nullus dubitationi locus relinqueretur, An primi hæredes deberent legata vel fideicommissa relicta in secundo testamento, quod nullum secutum esset. Quare nec dici possunt aut tacitè aut expressè substituti in testamento illo secundo, quod neque factum esse intelligitur. Quòd si vel omnia legata illa & fideicommissa, vel aliqua ex iis miles secundo testamento nominatim confirmauerit ad priorem voluntatem reuersus, Ea verò debebuntur, sed non quasi relicta in secundo testamento, at potiùs quasi relicta in primo, licèt nihil de iis in primo expressum esset, cum primum fiebat. In eóque vereor ne Baldus noster errauerit, quia ad Papinianum notat. Primum testamentum virtute confirmationis extremæ effici tertium, & præualere secundo: Non enim fit tertium, sed remanet primum, quamuis ex tertia & noua voluntate. Alioqui non esset dicendus redire ad primum testamentum is qui tertium conderet, licèt non aliud in tertio illo disponeret quàm quod disposuerat in primo. Atque ita esse apparet manifestè ex Vlpiani disputatione *in dicta lege quærebatur*, vbi ait Militem qui codicillos antè fecerat, posse eos per testamentum sequens, ita cauendo in potestatem institutionis redigere, ac efficere directam institutionem quæ erat precaria. Nam si vltima illa voluntas militis noui & tertij testamenti iure censenda esset, non esset dicendus miles codicillos quos ante testamentum fecerat conuertisse in testamentum anterius, sed nouum fecisse testamentum posterius eo quo anteriores erant codicilli in institutionis potestatem redacti. Neque rursum dici posset factam directam institutionem quæ fuerat precaria, sed ad precariam in codicillis factam, & directam illam quæ in subsecuto testamento expressa fuerat, adiecisse nouã

directam quæ codicillos & codicillarem institutionem non tam immutauerit quàm penitus sustulerit, cùm tamen velit Vlpianus eam solummodò immotaram, Sed acriùs vrget pro nostra sententia, quod apud eundem Vlpianum sequitur, Si hoc animo fuit miles vt valeret prius testamentum, idque cauit (sic enim malo legere quàm vt vulgo, *id quod cauit*) valere oportere. Id namque non aliter accipi potest quam vt valeat iure primi non autem quasi tertij testamenti. Siquidem subtieit statim Vlpianus *ac per hoc effici vt duo sint testamenta*, Scilicet, primum illud quod vt valeret in secundo cauit, Itemque secundum in quo ipso cauit vt prius valeret. Atqui debuerat Vlpianus scribere tria hic non duo effici testamenta, si cum Baldo putabat primum per confirmationem factam in secundo effici tertium: cùm iam ante dixisset non esse sublatum primum per secundum. Non ergo agnoscit tertium istud testamentum quod Baldus ex posteriore primi confirmatione inducit. Denique nec illud verum est quod vult Baldus per eiusmodi confirmationem extremam primi testamenti fieri vt primum illud tanquam tertium præualeat secundo: Non solùm quia nihil prohibet quominùs ex militis voluntate primum testamentum etiam quatenus primum præualeat secundo, sed etiam quia in specie illa quam Papinianus tractat, in qua erant instituti posthumi nec eis quisquam substitutus si posthumi non nascerentur, fieri non poterat vt nullis editis posthumis non distrueretur, & corrueret testamentum, etiamsi neque primum vllum præcessisset, neque vt primum valeret, in secundo precessisset. Neque enim potest manere testamentum, quod ad eam causam peruenit, vt ex eo hæres esse amplius nemo possit. Itaque primum testamentum hoc casu non tam est potentius vt possit dici præualere secundo, quàm solum & vnicum, vt idem Papinianus scribit de creditore qui non tam potior quàm solus inuenitur *in l. 2. D. qui potior. in pign. hab.* Nihilne igitur proderit hæc postrema confirmatio? Imò proderit, sed non ad euertendum secundum testamentum quod sua sponte corruit & infirmatur per defectum conditionis quæ adscripta fuerat institutioni. At in hoc tantùm vt prius testamentum, quod per posterius ruptum fuit redintegretur, & pristinis suis viribus restituatur. Denique non vt prius testamentum præualeat, sed vt valeat, quod tanquam semel ruptum valere non posset, si non ex noua voluntare redintegraretur Nam quin redintegrari possit, dubium non est, non quidem iure communi vt constat *ex l. milit. codic. 36 §. vlt. eod. tit.* Sed ex priuilegio militari, *l. quod dicitur 38. in fin. eod.* Sicut enim voluntas quæque militis testamentum est *l. eius militis 34 in fin. eod.* ita & tale testamentum est quale miles esse voluit, etiam primum, si primum, aliquid præcessit, licet voluntas illa, quæ redit ad testamentum, tertia sit, non prima.

ERROR IX.

De iure accrescendi in hæreditate ex testamento militis.

NEmo nescit inter cætera quæ in militaribus testamentis singulari iure non pauca vel recepta, vel constituta sunt, hoc vnum esse, vt si miles aliquem ex certa re, puta ex fundo Cornelia hæredem instituerit, nec de reliquo suo patrimonio quicquam cauerit, non nisi in eo fundo testamentarium hæredem habere, in cæteris verò bonis suis omnibus intestatus decessisse intelligatur *l. si miles 6. D. de testament. milit.* vbi ratio redditur quia miles pro parte testatus decedere potest, & pro parte intestatus quod paganus non potest *leg. ius nostrum 7. De regulis iuris.* An quòd hac de re lex aliqua vel constitutio lata sit quę militibus nominatim hoc ius permiserit? Minime Sed ex constitutionibus illis generalibus, ex quibus cætera omnia militarium testamentorum priuilegia fluxerunt quę testari iis permiserunt quomodo possint & quomodo velint propter simplicitatem militarem vt ait, *l. 3. C. de testam. milit.* Non enim testaretur miles quomodo vellet, si de bonorum suorum tantummodò parte testari non posset. At difficilius illud videtur. Tum quoque cùm miles sic testatus est vt in certa re duntaxat hæredem instituerit, non tamen expresso eo quòd in cæteris bonis intestatus decedere velit, Cur non in dubio credendus sit voluisse potiùs vt certæ rei institutio àd vniuersa bona traheretur? Nam quemadmodum ciui Romano cuilibet longè honorificentius est testatum decedere quàm intestatum, cùm quisquis testatur legem facere existimetur, ideoque sapientium iura pertractare dicatur *in l. vlt. C. eod.* Ita & ipsius militis interesse videtur qui testamentum facere voluit, vt credatur ex toto asse testatus decessisse, nulla verò ex parte intestatus. Sed respondendum est, ita posito iure ex constitutionibus vt testari possint milites quomodo velint, non aliud credendos eos velle quàm quod dixerint & expresserint, propter periculum quod subest, ne priuilegium offendatur si adhibita iuris communis interpretatione diuinemus tale quid eos voluisse de quo ne per somnium quidem cogitarint. Quod periculum in testamento pagani ex legibus interpretando nullum subest, cuius scilicet voluntas non nuda, vt militis, sed iusta esse debet, ad hoc vt testamentum dici possit, *leg. 1. D. qui testam. facer. poss.* Hinc dicimus Voluntatem militis pro iure seruari, *leg. 1. Cod. de testam milit.* & voluntatem quamlibet militis testamentum esse, *leg. eius militis 34. in fin. D. eod.* quod de pagani voluntate non similiter dicere quisquam possit. Ergo cùm nemo aliud voluisse credendus sit quàm quod verbis siue per vocem, siue per scripturam expresserit, *leg. Labeo. 7. de supellect. legat. leg. ille aut ille 25 §. 1. leg. non aliter 63. de legat. 3* consequens est vt quisquis asserit militem aliquid voluisse quod expressim non dixerit, hoc ipsum probare debeat, & quidem liquidò ne vllus aut dubitationi aut coniecturæ locus relinquatur. Maximè verò quod ad ius adcrescendi pertinet etiam inter hæredes, quia cùm ea sola iuris potestate descendat, eique locus sit non solùm si testamēti verba non adiuuent, sed etiam si manifestè repugnent, id est, tametsi testator id expressim prohibuerit, vt scripsimus in *Error. 7. Decad. 15.* nulla causa est cur per interpretationem inducatur in testamento militis, cui tam facilè fuerat imò facilius hæredem aliquem simpliciter scribere, quàm fuit certæ rei facere mentionem, si testamentarium hæredem ex asse habere voluisset. Quod si per institutionem in fundo factam satis declarauit nihil se præter fundum illi hæredi suo relinquere, quid aliud superest quod de bonis cæteris dicamus, nisi voluisse ipsum decedere intestatum? Quinimò quod magis est, si duos ex toto asse scripserit hæredes & alter omiserit hæreditatem, quamuis negari non possit, quin hoc casu initio inspecto voluerit decedere in solidum testatus, Pro ea tamen parte quam vnus ex hæredibus testamentariis omiserit, videbitur intestatus decessisse, *leg. si duobus 37. D. de testam. milit.* Nisi, inquit Paulus, si

si hæc voluntas defuncti probata fuerit, vt omittente alio, vel et ad alterum, totam redire hæreditatem: nempe quia nihil de eo dixerit, nec voluisse putandus est, Accursius: neque ex eo quod in vnum casum disposuit, coniectura voluntatis capi possit, quid dispositum voluerit in alium de quo nihil dixit. Secundùm quæ, si miles aliquem specialiter in bonis quæ in paganico habebat hæredem instituerit, nec de castrensibus quicquam cauerit, multò certius est hæredem scriptum in paganicis non posse illa petere bona quæ testator in castris reliquerit. Non modò si in castrensibus hæres nullus scriptus proponatur (quod difficilius est vt contingat) quemadmodum è contrario si castrensium tantummodo bonorum commilitonem suum hæredem instituisset, cætera eius bona tanquam intestati defuncti ad legitimum eius successorem pertinerent, *lege 2. Codice eodem.* Verùm etiam si in castrensibus cohæres aliquis datus sit, sed qui ea noluerit adire: Nam & illo casu veniunt sui cedentes ab intestato, quod discretè scriptum est *in leg. 1. eodem titulo.* An, quia miles qui de bonis castrensibus & paganicis ita testatur vt diuersos in iis hæredes sibi eligat duorum testatorum vice fungatur? Ita ratiocinatur Baldus noster ad eum locum. Ne insolubiliter vt sibi videtur, ex hoc inferens non esse ideò inter hæredes istos locum iuri accrescendi. Quia, inquit, sicut ex diuersis diuersorum testamenti ius coniunctionis non potest contingere, *l. si sub conditione 16. D quib. mod. vsusfr. amitt.* Ita neque ius accrescendi locum habere in testamentis, & hæreditatibus diuersorum testatorum, additque rationem rationis, Quoniam inquit, ius accrescendi ab eadem causa efficiente proficisci debet, ne vnus & idem decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus, quæ ratio cessat in testamentis diuersorum: sed quod cum bona Baldi venia & pace dictum velim, parum subtilis est tota hæc ratiocinatio, nec valde tanto viro digna. Primum enim falsum illud est militem qui in paganicis & castrensibus bonis alium atque alium hæredem scribit fungi loco diuersorum testatorum. Fateor quasi duorum hominum duas hæreditates hoc casu intelligi, vt Caius scribit *in l. si certarum 17. §. Iulianus D de testam. milit.* Hactenus nimirum vt etiam in æs alienum quod in castris contractum esset solus is teneatur, qui castrensium rerum hæres institutus esset, at extra castra contracto ære alieno, is solus obligetur, qui cæterarum rerum hæres scriptus esset, quomodo ibidem Caius interpretatur, subijciens huic conueniens esse respondere, vt ex quaqua causa debeatur militi, vel huic hæredi vel illi ipso iure debeatur. Sed nego, Habendum ideò testatorem militem pro duobus testatoribus in cæteris. Idque ex eo manifeste appatet quod supradicto loco sequitur apud Caium, Si alterutra pars bonorum æri alieno, quod ex ea causa pendebit, non sufficiat, & propter hoc is qui ex ea parte hæres institutus est, non adierit, alterum qui adisset compellendum esse aut defendere totam hæreditatem, aut totum (sic enim legendum est, non *totam* creditoribus soluere. Hoc verò cur ita? Nisi quia vnius testatoris vna tantùm hæreditas ista est, quæ licet admittat fictionem duarum hæreditatum in personis hæredum, ad impediendam patrimoniorum inter eos confusionem, non tamen simpliciter admittit, & indistinctè, sed ad certum vsque finem, & quatenus fieri potest citra dispendium creditorum, quibus vtique nocere non potuit diuisio patrimonij à testatore facta. Cæterùm si generaliter & indistinctè dici posset admittendam fictionem illam duorum testatorum, & duarum hæreditatum, fieri certè nullo casu posset, vt necessitas æris alieni soluendi, quod ex vna causa penderet, ad aliam causam transferretur. Non magis quam vt æri alieno cuiusquam alius obstringatur ob id solum quòd alterius quam debitoris hæres fuerit. Sed neque ex illa duplicis hæreditatis fictione factum esse vt inter militis hæredes iuri accrescendi locus non sit, ille idem Caij, vel potiùs Iuliani textus manifestè probat. Nec enim fictio illa impedit quominùs ei qui partem vnam bonorum agnouit, accrescat etiam inuito altera cum suo onere, si plus altera illa oneris habeat & incommodi quàm commodi. Hactenus saltem vt qui partem suam adiit vel hæreditatem totam defendere cogatur, vel totum creditoribus soluere, Ne scilicet aliter posito iure priuilegium militis ad creditorum iniuriam traheretur, si eos ob patrimonij diuisionem à testatore sic factam in damno morari oporteret: quod ratio non admittit *leg. impuberi 40. D. de admin. tutor. l. cùm filiusfamilias 18. in fin. D. de testam. milit. l. filiusfamilias 114. §. Diui 2. in fin. de legat. 1.* Idque benè, ac longè melius quàm Baldus vidit Bartolus, qui *ad dict. §. Iulianus*, opponens tanquam contrarium quod scriptum est *in d. l. si sub conditione 16. D quib. mod. vsusfr. amitt.* ex diuersis testamentis ius coniunctionis non posse contingere, Respondet rectè *in dict. leg. si sub conditione duarum hæreditates esse.* At *in dict. §. Iulianus*, non nisi vnius. Quamquam hoc ipsum, meo iudicio, verè magis quam rectè: Potuit enim & debuit melius respondere, quod nos in superioribus Decadibus quas de iure accrescendi integras conscripsimus, non semel monuimus, Inter cohæredes non æstimari ius accrescendi ex iure coniunctionis, cùm habeat locum etiam inter inuitos, quantumlibet re ac verbis disiunctos, sed ad ius prælationis totam eam rem pertinere vt qui ex cohæredibus inuicem coniuncti sunt, disiunctis cæteris præferantur, *leg. item quod Sabinus 17. §. 1. leg. si ita quis 66. D. de hæredit. instit.* Solùmque inter legatarios de quibus agitur *in dicta leg. si sub conditione*, & fideicommissarios & alios huiusmodi singulares id obtinet vt ius accrescendi ex iure coniunctionis æstimari oporteat. Non nego tam verum esse quod vult Baldus ex diuersorum testamentis non posse ius accrescendi locum habere etiam inter hæredes, quàm quod Iureconsf. ait *in dict. leg. si sub conditione*, Ex diuersis testamentis non posse ius coniunctionis contingere, sed nego ex hoc iure coniunctionis æstimandum esse ius accrescendi inter hæredes, & rationem à Baldo allatam, ea eòque iure petitam malam esse contendo. Sicut & illam propter quam receptum esse ait ius accrescendi in hæreditatibus Ne, inquit, decedat quis pro parte testatus & pro parte intestatus. Alia enim ratio verior quærendi est, quam nos etiam in Decadibus attulimus, Cùm defuncto quoque patrefamilias intestato non eò minùs locum habeat ius accrescendi inter cohæredes, quamuis inuitos, quo tamen casu verendum non esset ne aliter posito iure decederet pro parte testatus is qui nullum penitus testamentum fecisset. Sed neque potest ratio hæc bona esse in milite, in quo receptum est iure singulari, vt pro parte testatus possit decedere & pro parte intestatus *dict. leg. si miles 6. D. de testam. milit.* Denique in specie *dict. leg. 1. Cod. eod.* non ideò prohiberi ius accrescendi inter cohæredes quòd vnus institutus esset in bonis paganicis, & alius in castrensibus, appatet manifestissimè ex eo quòd non aliud rescripsissent Imperatores, etiamsi miles hæredes plures instituisset in bonis paganicis tantùm, aut in solis castrensibus. Nam neque inter paganicorum, neque inter castrensium bonorum hæredes locus esset iuri accrescendi, Cùm nec si quis ex fundo tantùm, aut ex fundo simpliciter institutus sit à milite

ob id magis reliquam hæreditatem iure accrescendi consequ tur. quamuis poneres tepide ti hæreditatem legitimam ab omnibus intestati successoribus, fierentque potius bona vacantia & ad fiscum deuolnerentur, *d.l.leg. similes*, iunct. *argum. leg ultim. de success edict.* Neque tamen verè quisquam dixerit, pluribus institutis hæredibus in bona castrensibus tantùm, aut in solis paganicis plures ideirco plurium hominum hæreditates intelligi. Fictionem enim illam plurium hæreditatum inducit pluralitas non hæredum sed patrimoniorum. Omnium autem bonorum paganicorum quatenus castrensibus opponuntur, vnicum duntaxat patrimonium esse creditur, sicut & castrensium omnium. Dixi, *quatenus castrensibus opponuntur*, quia nihil vetat etiam paganica sic distribui à milite, vt diuersitatem quoque aliquam patrimoniorum constituere videantur. Puta si miles instituerit hæredem vnum ex bonis paternis, alium ex maternis, Tertium ex bonis cæteria. Aut vt *in d.l.l.g. si certarum 17. in princip. D de testam. milit.* vnum vrbanorum prædiorum, alium rusticorum, tertium cæterorum. Sed tamen verius est nullam hoc casu reuera induci patrimoniorum diuisionem, at tunc tantùm cùm separauit miles paganica à castrensibus: quoniam hæc sola diuisio fauore militiæ facta est per constitutiones, inquit Paulus *in l. heredes 25. § 1. D famil ercisc.* vbi ob hanc causam eleganter ait, Si miles alium castrensium, alium cæterorum bonorum hæredem fecerit, non esse locum iudicio familiæ erciscundæ, Non magis quàm cùm nihil est in corporibus, sed omnia in nominibus sunt, Nempe quia sicuti nomina debitorum & iura omnia hæreditaria ipso iure diuisa sunt per legem duodecim tabularum inter cohæredes *l. 1. C. si cert. pet. l. 1. C. si vnus ex plurib hered. ecbit.* Ita & patrimonium castrense diuisum est à paganico ex constitutionibus, non similiter bona paterna à maternis, aut vrbana prædia à rusticis. Nec quod etiam his casibus miles patrimoniorum diuisionem inducere voluerit, ad rem faciet, quia non sola militis voluntas hoc ius facere potest, sed sola constitutionum authoritas, à qua pendet ius omne militarium testamentorum. Neque igitur pluralitas hæredum in solis castrensib s bonis, aut in solis paganicis inducere poterit patrimoniorum diuisionem, quam contitutiones eo tantùm casu induxerunt, quo miles castrensia à paganicis diuiserit, instituendo vnum vel plures in castrensibus, alium verò vel alios in paganicis. Eoque pertinet quod Caius scribit *in d.l. si certarum in princ.* Si certarum rerum hæredes instituerit miles, veluti alium vrbanorum prædiorum, alium rusticorum, alium exteriorum rerum: valere institutionem, perindéque haberi, atque si sine partibus eos hæredes instituisset, reliquae omnes suas per præceptionem cuique legando distribuisset: Vt intelligamus nullam hoc casu patrimoniorum diuisionem inter cohæredes non magis quid ad æris alieni onus pertinet quàm quod ad cætera, sed inter eos pro æquis partibus omnia diuidi onera hæreditaria, quomodo contingeret si ex partibus hæreditatis sine partibus scripti essent, nempe quoniam totum patrimonium hoc casu diuisum est, nec quicquam superest in hæreditate quod in causam intestati cadere possit, Aliud esset si miles ex tribus bonorum generibus de duobus tantùm disposuisset puta instituendo vnum hæredem ex paternis bonis, alium ex maternis, at neminem ex cæteris, vt *in l. qui non militabat 78 D. de hered. instit.* Tunc enim non haberent singuli iure semisses, quia in bonis quæ nec paterna essent, nec materna locus esset legitimæ successioni. Quæ ratio & sententia est *dict. leg. qui non militabat*, vbi euidenter diuersum ius constituitur hac parte in milite, & in pagano, Sicque conciliari is locus debet cum *dict l. g. si certarum, in princ.* Nec tamen consequens est, quod video velle Interpretes, vt eo magis in specie *d.l. si certarum* inter eos locus sit iuri accrescendi, si modò testamentum non iure communi, sed iure militiæ factum proponatur. Si enim hæres scriptus ex vrbanis prædiis hæreditatem omiserit, non ideirco accrescet pars eius cæteris, sed ad intestati hæredes haud dubiè pertinebit, Non secus acsi ab initio solus hic scriptus fuisset in vrbanis prædiis, In reliqua autem hæreditate nemo *d.l. similes*. Quid enim refert siue voluntatem militis spectes, siue effectum rei consideres, An in reliquis bona nemo institutus sit, An verò qui instituti fuerunt, omiserint hæreditatem? Vtroque nimirum casu ea ratio facit ne ius accrescendi locum habere possit, quòd non tam ex testatoris voluntate proficiscatur, quàm ex legibus, quibus tamen locus nullus est in testamento militis quod iure militiæ factum fuit, si de eo nihil miles expressim dixerit.

ERROR X.

De sententia & emendatione legis 1. Cod. de testam. milit.

Etsi quæ proximo capite disputauimus de iure accrescendi in hæreditate ex testamento militis longè aliter quàm ab Interpretibus nostris tractari soleant, comprobantur apertissimè ex rescripto illo Antonini quod extat *in l. 1. Cod. de testament. milit.* de cuius sententia iam aliquid dicere cœpimus. Non alia tamen in toto iure lex est de militaribus testamentis, quæ maiores in hac quæstione tenebras offuderit Interpretibus, Vt rescripti elegantiam videre non potuerint, aliúdque ab Imperatore responsum crediderint quàm quod ex vera iuris ratione respondere debuit. Nascitur autem difficultas tota ex eo quòd postquam Imperator dixit, Si miles specialiter in bonis quæ in paganico habebat aliquem hæredem fecerit, alium verò in castrensibus, & hic qui in castrensibus scriptus est adire noluerit non ideirco eum, qui in paganicis scriptus est, castrensia petere posse, sed ab intestato succedentes venire, subiungit in hæc verba, *modò si in tius locum substitutus non est, & liquidò probetur fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere noluisse.* Quorum verborum vident omnes non alium sensum esse posse, quàm ex contra id quod diximus, bona castrensia in quibus fuerat institutus hæres is qui noluit adire hæreditatem, pertineant ad cohæredem institutum in paganicis, idque iure accrescendi, nisi liquidò probetur contraria militis voluntas, quòd id noluerit. Hoc verò pugnat euidenter cum iis omnibus iuris locis quos suprà citauimus. Ex quibus apparet nullo casu locum esse iuri accrescendi in hæreditate ex testamento militis, Sed multò minùs eo casu quo ex pluribus hæredibus vnus institutus sit in bonis paganicis, & alius in castrensibus, propter diuisionem illam patrimoniorum quam constitutiones de militarium testamentorum priuilegiis factæ induxerunt. Est verò in eandem sententiam insignis Papiniani locus *in l. filius 42. § 1. D. de bon. libert.* de cuius tamen sententia quoniam satis obscura est, & ab Accursio nostro pessimè explicata, separatim dicendum erit. Decad. sequent. Vetus glossator Ioannes præcipuè ac felicis inter veteres omnes glossatores eruditionis, quem Accursius noster passim refert & probat, cùm supradicta verba non aliter ad rationem

cationem iuris accommodare posset, Dixit ita esse accipienda, vt tamen satis probarum intelligatur. Noluisse militem bona sua castrensia peruenire ad eum quem scripserat in paganicis, hoc ipso quòd non probatur contrarium. Quam interpretationem Bartolus quoque probauit cùm nihil melius haberet quod diceret, Accursius autem licet à Ioanne rarò dissentiat, hic tamen sibi visus est aliquid habere quod melius dici possit, Nimirum liquidò probari posse quòd testator noluerit bona castrensia acquiri iure accrescendi hæredi paganicorum, ex ipsa voluntate defuncti, quasi instituendo vnum in bonis paganicis hoc ipso prohibuisse videatur ne succederet ille in castrensibus & contrà, Ex eo nimirum quod dici solet inclusionem vnius esse exclusionem alterius *vulg. leg. cùm Prætor 12. D. de iud.* Sed vt bene Baldus notat, incidit hæc interpretatio in illam Ioannis, nec tam alia vel melior, quàm clarior dici debuit ab Accursio. Quod enim Ioannes simpliciter dixerat probari voluntatem hanc militis hoc ipso quòd non probatur contrarium, latiùs explicat Accursius, petita ratione non tam ex verbis, quàm ex voluntate testatoris. Verùm neque interpretatio Ioannis vera est neque Accursij explicatio & ratiocinatio probabilis. Illa enim verba *& liquidò probetur.* quæ liquidam & manifestam probationem exigunt, non possunt admittere interpretationem eius voluntatis quæ tantùm sit, præsumpta. Cùm præsumptio soleat opponi probationi, prælertim verò probationi liquidæ & manifestæ, *leg. si chirographum 24. leg. seq. leg. Imperatores 29. & pass. D. de probat.* Ita vt propriè ac pariter loquentibus, nihil aliud sit Probari quid liquidò, quàm Probari concludenter, non præsumptiuè. Aliter denique quàm per præsumptionem. Et verò non nisi frustrà & ridiculè possit quis liquidam probationem requirere eius rei quæ per se satis probata intelligi deberet si non contrarium probetur. Nec simile est quod Accursius pro simili affert ex *leg. 2. Cod. qui testam. facer. poss.* vbi scriptum est, Si testatoris sanæ mentis fuerit eo tempore quo testamentum ordinabat, nec postea criminis alicuius conscientia obstrictus se præcipitem dedit, eiusque innocentia liquidis probationibus commendari possit, postremum eius iudicium adscitæ mortis obtentu conuelli non debere. Etsi enim dici solet, præsumendum innocentem omnem quisquis non probatur nocens *ex l. vltim. in fin. D. de bon. cor. qui mort. sib. consciuer.* in illis verbis, *nisi de crimine fuerit probatum* Certum tamen est probari debere ab hæredibus innocentiam illius qui mortem sibi consciuit, maximè si in reatu fuerit constitutus: Probata scilicet bona primùm defuncti fama, deinde alia mortis adscitæ causa, puta furore, vel doloris alicuius impatientia, vel pudore æris alieni. Quo etiam facto, saluum adhuc ius superest accusatori probandi crimina aduersus omnes illas innocentiæ probationes, quæ scilicet quantumuis liquidæ sint non tamen vsque adeò liquidæ ac certæ esse possunt vt non admittant contrarias admissi sceleris probationes, quas tantò fortiores esse necesse est, quantò faciliùs affirmatio probatur quàm negatio. Innocentia verò quid aliud est, quàm sceleris & nocentiæ, vt ita dicam, priuatio? Itaque benè Iurec. *in d. l. vlt. in fin. de his qui mort. sib. consciuer.* duo coniunctim requirit, Vt & defuncti hæredes innocentiam eius ostendant susceptis ipsius defensionibus, & alia ex parte crimen nullum probetur. Idque optima sanè ratione, quia negari non potest, quin magna præsumptio vrgeat contra eum qui in reatu constitutus mortem sibi consciuit. Propter quam præsumptionem qua vrgetur, onerari eum probatione non modò æquum, sed etiam necessarium est, Maximè cùm nihil vetet etiam innocentiæ concludentes & necessarias probationes afferri. Puta si is qui tali die hominem Camberij occidisse dicitur, Taurini eo ipso die fuisse probetur, *l. 3. in princip. vbi not. D. de accusat.* Iunctis iis quæ tradit Iul. Clar. *lib. 5 sentent. §. vlt. in pract. crimin. quæst 22. vers. Dixi etiam.* Qua de causa benè Imperatores *in d. l. 2. C. qui testam. facer. poss.* sic loquuntur, *eiusque innocentia liquidis probationibus commendari potest à te*, vt significent probationem hanc non à solo iure fieri, à quo fiunt præsumptiones, sed ab hærede ipso defuncti, Per probationes igitur liquidas & formales, non per præsumptiones Proinde non probaria locus quod Ioannes & Accursius & cæteri volunt ad *d. l. 1. C de testam. milit.* liquidò probatam videri in ea specie voluntatem militis hoc ipso quòd non probatur contrarium. Quis ergo verborum illorum sensus esse poterit? Aut si de sensu dubitari non potest, quænam erit ratio? An fortè ad Baldi distinctionem recurrendum erit, qui ad *d. l. 1.* notat, Multùm referre vtrum testator de bonis suis disposuerit sub appellatione castrensium, & paganicorum, an verò sub qua alia denominatione, vt priore tantùm casu procedat Ioannis opinio, Posteriore verò necessariæ sint liquidæ, certæque probationes. Verùm nec ista quoque distinctio probabilis est inciditque rursum in aliam Accursij distinctionem ad *d. l. 1.* Distinguit enim Accursius, An miles instituerit hæredem vnum in bonis paganicis & alium in castrensibus, aut contra: An verò hæredem vnum ex vna re certa, & alium ex alia. Aut etiam vnum ex vncia vna, & alium ex duabus vnciis (quomodo scripsisse Accursium, aut scribere debuisse Baldus rectè notat.) An denique vnum in bonis paganicis tantùm nullo addito cohærede in castrensibus, Aut è contrario, vnum in bonis castrensibus nullo dato cohærede in paganicis: Primo casu ait non esse inter cohæredes locum iuri accrescendi ex *d. l. 1. l. si duobus 37. D. de testam. milit. dict. l. filius 42. § 1. De bon. libert.* Nisi, inquit, bona vnius patrimonij non sufficiant dissoluendo æri alieno quod ex ea causa contractum fuit. Ex *l. si certarum 17. § Iulianus D. de testam. milit.* Aut nisi hæres institutus in illo patrimonio, sit etiam ipse proximior ad succedendum ab intestato, vt *in d. l. filius § 5.* quamquam postea magis probat vt eo casu non iure accrescendi succedatur quasi ex testamento, sed potius iure agnationis ab intestato. Secundo casu admittit ius accrescendi locum habere inter cohæredes, nisi contraria militis voluntas probetur ex *l. 3. C. de testam. milit. & d. l. si certarum in princip. D. eod.* Et ad hanc nimirum distinctionis partem referendum est secundum caput supradictæ distinctionis Baldi. Tertio autem casu negat locum esse iuri accrescendi, siue in bonis paganicis tantum, siue in solis castrensibus hæres à milite scriptus proponatur, & siue commilito testatoris ille sit, qui scriptus fuit, siue extraneus: Sed pro ea bonorum parte de qua miles non disposuit, fatetur locum fieri legitimo successori, *ex l. 2. C. eod. tit.* Quemadmodum circa tempus contingeret, vt si miles aliquem hæredem post certum tempus in bonis omnibus instituisset, interim totóque illo medio tẽpore intestati causa locum haberet, *l. miles ita 41. D. eod.* Huius verò distinctionis fatemur nos primam partem veram esse, & priorem quæ ad illam additur exceptionem. Ex *d §. Iulianus*, non etiam posteriorem desumptam *ex d. l. filius §. 1.* vt ex iis apparebit, quæ de illius loci sententia sequenti Decade dicturi sumus. Sed secundam distinctionis partem omnino negamus, tanquam quæ pugnet euidenter cum eo quod scribit Vlpianus *in d. l. si miles vnum 6. D. eod tit. De testam.*

stam. milit. Si miles, vnum ex fundo hæredem scripserit, credi eum quantum ad residuum patrimonium decessisse intestatum. Miles enim, inquit, pro parte testatus potest decedere & pro parte intestatus, Cui non dissimile est quod Papinianus *in l. qui non militabat 78. De hered. inst.* tractans de testatore qui bonorum suorum maternorum hæredem libertum scripserat, paternorum verò Titium, notat expressim agere se de testatore qui non militabat, Vt ostenderet quod in duobus illis pagani hæredibus respondet, Videri eos iure institutos ex semissibus, non idem se in duobus militis hæredibus similiter institutis responsurum fuisse: Cur ita vero? Nisi quia sic testato milite, vt vnum in bonis paternis hæredem scripserit, alium autem in maternis, supersunt alia bona militis, quæ nec paterna nec materna sint, puta castrensia, vel etiam aliunde quam ex castris quæsita, in quibus cùm non alium hæredem, quam legitimum intestati successorem habere miles possit, consequens est vt qui ex paternis tantùm & maternis bonis hæredes scripti sunt, semisses iure habere nequeant, quoniam ita fieret vt nulla pars successionis legitimo hæredi relinqueretur. Atqui falsum hoe esset si à milite institutus ex re certa ius haberet accrescendi. Siquidem inde sequeretur institutos ex certis bonis nullo cohærede dato in cæteris, sic habendos esse acsi in toto asse ex semissibus scripti essent, quemadmodum contingit in hæredibus eo modo scriptis à pagano, Ergo vel nihil causæ fuit cur Papin. quæstionem proposuerit de testatore non militante potiùs quam milite, Vel fatendum est aliud iuris eum constituisse hac parte in milite, aliud in pagano, id est, ius accrescendi quod inter pagani hæredes locum haberet inter militis hæredes denegasse. Vidit Accursius priorem illam obiectionem *ex d. l. si miles*: Sed posteriorem hanc quæ non minus vrget, vel non vidit, vel dissimulauit, Priorem verò sic diluit, vt dicat quod lex ait *creditur* sic accipi debere vt à iura ita demum si probetur miles id voluisse. Sic enim ille interpretatur & *ad d. l. 1. & ad l. 3. eod. tit.* Quod tamen prorsus absurdum est. Nec enim apriore verbo potuit Vlpianus quam illo *creditur* aut *videtur*, iuris potestatem & præsumptionem significare, ad excludendam eius voluntatis aliter quam per præsumptionem iuris probandæ necessitatem: cùm vel ipso fatente Accursio sic intelligendus sit Vlpianus vt credatur hoc à iure non à iudice: Nisi quod credit iudex quicquid ius credit adeo vt aliam nullam probationem exigere possit vel debeat, quam iuris allegationem. Sed & in supradicto illo Papiniani responso interpretando quod extat in *d. l. qui non militabat*, euidenter errat Accursius, dum id quod Papinianus ait de cautionibus officio arbitri familiæ ercifcundæ propter actiones interponendis, Explicat de actionibus legatorum & prælegatorum nomine competentibus, & de cautione danda ex edicto Prætoris, *Si cui plus quàm per leg. facid.* Cùm tamen loquatur Papinianus de actionibus hæreditariis, quæ quoniam ex æquis partibus contra singulos hæredes competituræ sunt licèt inæqualis sit rerum prælegatarum æstimatiō necessitatem inducunt interponendarum vicissim cautionum de cohærede defendendo si qua fortè sit aut emergat quæ contra vnum ex hæredibus in solidum exerceri possit, quas indemnitatis cautiones possumus dicere. vt *l. si fi ra 20. §. hoc amplius, & §. Papinianus, alias l. si vni l. heredes 25. §. idem iuris est. D. famil. ercisc.* Quare non ait Papinianus interponendas huiusmodi cautiones propter legem falcidiam (quamuis si fuerit incertum an falcidia interuentura sit, rectissimè dicatur officio iudicis cautiones esse interponendas, vt ex eodem Papiniano tractat Vlpianus *in l. ex facto 35. §. vnde scio quæsitum in fin. eod. titul. De hered. instit.*) sed *propter actiones*, adeóque priusquam loquatur de falcidia, de qua sic postea subiicit *salua falcidia*: sic innuens interponendas esse cautiones omni casu siue certum sit, siue incertum falcidiam interuenturam, vel non interuenturam. Nempe propter actiones in solidum competituras siue iam emerserint, siue adhuc lateant, & siue personales sint siue hypothecariæ, quarum omnium natura & coditio illa est, vt indiuiduæ sint *l. rem hereditarium 65. D. de euict.* vsque nihil prosit cohæredi partem suam soluere ad liberandum pignus si non etiam totum soluat *d. l. heredes §. idem obseruatur famil. ercisc, l. si rem 9. §. omnis pecunia D. de pignor. act. l. in executione 81. § pen. De verb. oblig.* Porrò vix vlla hodie personalis actio est quam non aliqua hypotheca vel expressa vel tacita concomitetur. Ergo vel solo hypothecariæ metu non possunt non esse vtiles & necessariæ cautiones etiam si de falcidia nihil quæratur: Idque Accursium non vidisse miror, sed illud magis quòd sententiam illam suam adeò improbabilem De accrescendi iuri inter militis hæredes inducendo cùm ex certis rebus instituti sunt, probari putat *ex d. l. 3. C. de test. milit. & d. l. si certarum in princip. D. eod.* Cùm tamen rescriptum Imperatorum de quo *in d. l. 3.* loquatur de testamento facto quidem à milite sed iure communi non militari vt sequenti Decade docebimus: Caij verò responsum *in d. l. si certarum* nihil exprimat de iure accrescendi, neque eum casum tractet quo institutis à milite tribus hæredibus, vno ex prædiis vrbanis, alio ex rusticis, tertio ex cæteris, quisquam ex iis portionem suam omiserit, sed illum quo omnes adierint, atque ita quo nullus quæstioni de iure accrescendi locus superesse possit: Longéque aliud est dicere Videri eos institutos sine partibus, totumque testatoris patrimonium quasi legando per præceptiones inter eos distributum vt lex ait, Aliud verò dicere, quod interpretes de suo addunt, Nihil interesse an tale testamentum à pagano, an à milite factum sit. Nam etsi nihil interest, quod ad hoc vt videantur hæredes instituti sine partibus, & bona ex quibus scripti sunt, veluti per præceptionem iis legata, vt proinde ad æris alieni solutionem ex æquis partibus teneantur, quia scilicet totum patrimonium suum testator distribuerat, non partem duntaxat vt *in d. l. qui non militabat*, quemadmodum ad finem superioris capitis docuimus. Interest tamen cùm agitur de accrescendi iure de quo apud Caium supradicto loco verbum nullum. Quod verò ad tertiam distinctionis Accursianæ partem attinet, Vera lanè est, sed in eā nō perstat Accursios qui longè aliter siue ex sua siue ex aliorum sententia distinguit *ad l. 2. eod. tit.* de qua ideò latiùs in sequentibus tractandum erit. Ergo cùm neque veterum glossatorum, neque Baldi aut alterius cuiusquam interpretationem probemus, superest vt coniecturam nostram de sententia & emendatione *d. l. 1.* proponamus. Puto ego mendum subesse in verbo *noluisse* legendúmque *voluisse*, Tam facili & lubrico errore, vt typographis & librariis omnibus facilior alius aut familior nullus sit, ideóque nec frequentior quàm vt pro litera *n* ponant literam *u* & contra. Nam & in Baldi ad hunc ipsum locum commentariis idem accidit vt scriptum hodie legamus *volnit* pro eo quod scribere debuit & scripsit haud dubiè *noluit*. Hoc autem admisso, non est difficile animaduertere quis totius clausulæ sensus sit: ille nimirum vt ad præcedentem propositionem quæ habebat scriptum hæredem in bonis paganicis non posse petere bona castrensia in quibus fuesat alius institutus qui omisit hæreditatem, duplex

acceptio

exceptio subjiciatur. Vna illa si non sit cohæredi substitutus ille qui fuit in paganicis institutus. Nam si substitutus est, dubitari non oporteret quin posset ille ex substitutione petere ea ipsa bona quæ alioqui per ius accrescendi consequi non posset, cùm latiùs pateat ius substitutionis quam ius accrescendi: Altera exceptio est si non liquido probetur militem voluisse vt ad hæredem in paganicis institutum bona quoque castrensia pertinerent si forte scriptus in iis hæres castrensem hæreditatem adire noluit. Nam vt in lege sequitur, *voluntas militis pro iure seruatur*. Sic enim legendum est circumscriptis verbis illis, *in expeditione occupati*, quæ tanquam ineptiria lineis interclusa sunt. Nec enim necesse est in expeditione esse militem vt iure militari testari possit, dummodò in militia retentus sit, nec dum missus, si ius vetus inspicias, quod toto iure Pandectarum & Codicis obtinuit vsque ad Iustiniani Constitutionem *in l. pen. C. eod.* de qua & ipse gloriatur initio eiusdem tituli in Institut. Ex qua probabile est illa etiam verba, *in expeditione degentes*, addita esse ad Constantinianam, quæ extat *in lege milites* 15. *Cod. eodem.* Cum itaque secundùm hanc nostram interpretationem tam aperta sit, & rationi consentanea legis sententia, quid obsecro impedire potuit, quominus eam viderint probarintque Interpretes? Vnum illud, quod totam illam clausulam non pro duplici exceptione, sed pro vnica conditione acceperunt duas quidem habente partes, sed quarum prior negatiua sit posterior affirmatiua: An potiùs partim pro exceptione, partim pro conditione. Acceperunt pro exceptione, priorem illam partem negatiue conceptam, *modo si in eius locũ substitutus non es*. Pro conditione verò, & quidem affirmatiua posteriorem hanc, *& liquidò probetur fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere noluisse*. Cui errori causam dedit non solùm illud mendum quod subeat in verbo *noluisse*, sed etiam quòd non animaduerterunt ita esse accipiendam clausulam acsi negatio posita esset post conditionem *si*, & vterque articulus repetitus in hunc modum, *modò si non in locum eius substitutus es, & si non liquidò probetur fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere voluisse*. Quomodo si Imperator rescripsisset nemo dubitaret quin id ipsum sensisset quod sentimus. Atqui nihil refert an ita scriptum sit, an quomodo habet vulgata editio præterquam in verbo *noluisse*, nisi quòd constructio vulgatæ editionis obscurior est, tam propter non subiectam negationem post articulum conditionis in priore parte clausulæ, quàm ob non repetitum in posteriore vtrumque articulum, *si non*, qui tamen suppleri facilè, & ex præcedentibus pro repetito haberi non ineleganter potuit. Cæterùm non id agere Imperatorem his verbis, vt aliquam superiori propositioni conditionem injiciat sed potiùs vt duplicem subijciat exceptionem, vel ex eo apparet, quod non ita scribit, *si modò non in eius locum substitutus es* (quæ formula difficiliùs aduerteret, vt in sequentibus verbis duo illi articuli, *si non* coniunctim repeterentur, qui in præcedentibus coniuncti non essent) sed ita *modò si non*, quod nihil aliud est quam *nisi*. Illud quoque subobscurum est, quod lex ait in fine, *Nam voluntas militis pro iure seruatur*. Quid enim necesse est voluntatem militis haberi pro lege ad inducendum ius accrescendi, quod ex legibus & ipso iure locum habet inter cohæredes pagani? Sed respondendum est, ita posito iure ex constitutionibus, vt in testamentis militum nullus sit locus legibus, ex quibus tamen proficiscitur ius accrescendi potiùs quam ex testantis voluntate, non fore sufficientem militis voluntatem etiam de qua liquidò constaret, quòd inter hæredem institutum ex bonis paganicis, & institutum ex castrensibus iuri accrescendi locum esse vellet, nisi ex iisdem constitutionibus factum esset, vt nudam militis voluntatem pro iure seruari oporteat Præsertim cùm militibus possit imputari, si quando velint vt vno ex hæredibus portionem suam omittente portio illa ad alterum perueniat, cur non expressè illos inuicem substituerint vulgariter: cùm sciant non posse ab auxilio legum expectari, vt iure accrescendi id fiat: Quod non similiter imputari pagano potest cogitanti fore vt quamuis neque cohæredes suos inuicem substituerit, neque voluntatem suam circa ius accrescendi aperuerit, ipso tamen iure deficiens portio accrescat etiam inuito. Itaque si tale quid paganus voluisse probabitur, voluntas eius seruanda erit, non tanquam quæ sit pro iure, sed tanquam quæ sit iusta. At si de militis testamento agitur, voluntatem ipsius seruabimus, non quasi iustam, sed quòd ipsa ius sit, & habenda pro lege. Dices, Cur non verò habetur potius ea voluntas pro substitutione, vt non esset necesse haberi eam pro iure? Respondeo substitutiones omnes vulgares & directas requirere non modò voluntatem expressam: sed etiam expressis & ciuilibus verbis declaratam, siue à militibus, siue à paganis fiant (nulla enim hac parte inter paganos, & milites differentia est, *l. verbis ciuilibus* 7. *l. centurio* 15. *D. de vulgar. & pupill. substit. l. precibus* 8. *C. de impub. & aliis substit.*) Illam verò voluntatem militis vt ab vno ex hæredibus omissa portio ad alium perueniat, facile talem probari etiam liquidò posse, vt tamen pro vulgari substitutione haberi nequeat, puta si appareat testantis militis eam fuisse voluntatem vt nulla ex parte nulloque casu agnatum suum proximum ad intestati successionem admitti vellet, quæ res cùm successorem intestati excludat, nec tamen vulgarem faciat, reliquum necessariò est vt inter cohæredes eius accrescendi inducat. Et ita totum illud Imperatoris Antonini rescriptum elegans interpretandum arbitror.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Septuagesimasecunda.

ERROR PRIMVS.

De sententia & lectione l. filius 42. §. 1. D. de bon. libert.

PROSEQVEMVR hac Decade tractatum illum quem superiore aggressi sumus De iure accrescendi in hæreditate ex testamento militis, & de militaribus testamentis. Prima autem quæ a nobis occurrit instituenda disputatio est De sententia & lectione, *l. filius* 42. aliàs & vulgò, *l. si filius* §. 1. *D. de bon. libert.* Species enim quæ ibi apud Papinianum proponitur, perelegans est, sed vitio vulgatæ lectionis potiùs quàm iuris obscuritate meo iudicio pessimè ab Accursio, aliisque Interpretibus, qui Accursium secuti sunt, accepta. Tractat eo loco Papinianus de milite liberto qui cùm duplicis generis patrimonium haberet, paganicum scilicet & castrense, in castrensibus hæredem scripserat Titium, in paganicis verò Sempronium, præterito in totum patrono, cui tamen dimidiam bonorum suorum partem ex Prætoris edicto relinquere tenebatur cùm nullos ille liberos habere proponeretur. Adita fuerat hæreditas à Titio, Bonorum ergo Castrensium in quibus solis erat ille institutus, Sempronius verò in paganicis institutus nondum adierat, ignorans fortè adhuc sibi delatam aut deliberans vtrùm adire expediret, an repudiare. Quærebatur an aperta esset via præterito patrono petendæ bonorum possessionis ex edicto contra liberti tabulas. Dubitationem faciebat ex vna parte, quod hæc bonorum possessio, quæ patrono accommodatur non est similis quam prætor dat liberis contra tabulas parentum. Nec enim aliter quam si vel iam adita sit hæreditas ex testamento, vel iam petita bonorum possessio, *l. 3. §. vt patronus. D. de bon. libert.* cùm illa quæ liberis datur nec aditionem exigat, nec petitam bonorum possessionem ex testamento, sed contenta sit quòd extent tabulæ ex quibus possit adiri hæreditas vel bonorum possessio peti, licet neutrum eorum postea secutum sit vel sequi potuerit, quomodo scriptum est *in leg. quod vulgò 29 iunct. l. illud 4. D. de bon. poss. cont. tab.* An quia bonorum possessio quæ datur filio præterito assem persequatur? vt putat Cuiacius ad Papinianum in hunc locum? minimè. Nam neque id perpetuum est si forte plures sint liberi non exhæredati. Neque minùs querela inofficiosi testamenti assem persequitur si filius exhæredatus sit solus, & tamen non competit ante aditam hæreditatem, *l. Papinianus 8. §. si conditioni D. de inoff. test.* An potiùs quòd per bonorum possessionem contra tabulas quæ datur patrono partienda sit hæreditas inter patronum & hæredem scriptum, vt proinde hæredem priùs esse oporteat vt sit cum quo partiatur? Sic idem Cuiacius ibidem putat. Malè. Nam bonorum possessio contra tabulas quæ datur patrono rumpit totum testamentum quamuis ex eo iam sit adita hæreditas, ita vt sit necessaria hæredi scripto noua bonorum possessio secundum tabulas, *l. 6. D. de bon. poss.* Sed quòd fauorabilior sit causa liberorum in successione parentum, cum ad penè propria bona veniant, *l. 1. § largius, D. de success. edict. l. vlt. D. de bon. damn.* facerentque patris testamentum ipso iure nullum & iniustum per præteritionem si non essent emancipati, *l. non putauit 8. & pass. D. de contr. tab.* quod de patrono siue præterito, siue succedente non perinde tractari potest. Porrò in proposita specie licet iam adita esset hæreditas per Titium institutum in castrensibus. Non tamen videbatur aditio illa sufficere ad inuitandum patronum vt exinde posset petere bonorum possessionem contra tabulas, quia nec facere poterat vt contra Titium qui adierat ea bonorum possessio peteretur, cùm non esset institutus ille nisi in castrensibus bonis, quorum ratione certum est non magis bonorum possessionem illam posse competere, quam querelam inofficiosi testamenti, *d. l. 3. § patronus D. de bon. libert. l. 1. §. est & alius casus, D. si quis à parent. manum. sit. l. de inofficioso 9. & l. vlt. Cod. de inoffic. testam.* Ergo cùm Sempronius nondum adisset contra quem solum peti bonorum possessio poterat, magis esse videbatur vt nondum ad petendam illam admitti patronus deberet pro bonis paganicis in quibus fuerat Sempronius institutus, At ex altera parte mouebat pro patrono quòd cùm iam adita esset hæreditas à Titio quamuis non nisi ratione bonorum castrensium, Ex eo tempore certum erat non posse libertum facere omninò exitum intestati. Neque enim potest intestatus dici qui vel vnum ex testamento hæredem habet. Itaque quamuis in eo esset Sempronius, vt delatam sibi bonorum paganicorum hæreditatem adhuc repudiare posset, cùm tamen ea res non posset facere intestatum libertum qui iam hæredem ex testamento habebat Titium, frustrà videbatur id expectare, cuius euentus nihil operaretur, *l. si quis ita scripserit 35 D. de hered. instit.* Præsertim cùm ratio iuris suaderet vt si Sempronius institutionem suam omittere quàm agnoscere mallet, eius portio accrescere Titio deberet tanquam cohæredi, vt ita non minùs paganica, quàm castrensia bona ad eum pertinerent, ex iure communi tam prætorio quam ciuili, ex quo non petentium partes petentibus accrescunt, *l. vnic. C. quand. non petent. part.* Nihil ergo causæ subesse videbatur, cur non statim permittendum esset patrono vt peteret bonorum possessionem contra tabulas liberti adita iam per Titium hæreditate: Papiniani tamen aliud iudicium est, nondum patrono natum esse ius petendæ bonorum possessionis contra tabulas *magis nobis placebat*, inquit, *nondum patronum possessionem contra tabulas petere posse.* Sed cur ita sentiat non tam citò aperit: Subijcit enim *verùm illa quæstio interuenit, an omittente eo qui reliqua bona accepit, perinde Titio accrescant, acsi partem eiusdem hæreditatis accepisse.* Sensus est, primam illam quæstionem de iure bonorum possessionis contra tabulas ex alia pendere quæ priùs discutienda est. Acsi diceret quæstionem in eo esse: Vtrùm omittente Sempronio qui ex reliquis bonis omnibus fuit institutus & nolente illo hæreditatem adire, perinde accrescant Titio bona cætera, ac si ageretur de vna eadémque

quæ hæreditate pluribus data. In proposito enim duo quasi duorum hominum hæreditates esse intelliguntur, cùm miles hæredem vnum instituit in bonis castrensibus, alium verò in paganicis, *l. si certarum 17. §. 1. D. de test. milit.* quia diuisum est per constitutiones patrimonium, *l. heredes 25 §. 1. D. famil. ercisc.* Itaque non partem eiusdem hæreditatis videtur recepisse Titius, sed aliam prorsus hæreditatem quam quæ Sempronio data fuit, & similiter non videtur Sempronius institutus aliqua ex parte eiusdem hæreditatis quæ Titio data fuerit, quomodo contingeret si ab alio quàm à milite factum esset testamentum. Tunc enim ambo fecisses iure haberem, vt idem Papin. respondit, *in l. qui non militabat 78 D. de her. inst.* quia non plures hæreditates esse viderentur, sed vna eadémque vnius & eiusdem hominis hæreditas. Ideò nimirum respondet Papin. ad posteriorem hanc quæstionem incidenter interpositam, Verius sibi videri iure intestati deferri bona cætera, id est, aditionem à Titio factam bonorum castrensium, non impedire quominùs Sempronio institutionem suam repudiante bona militis omnia paganica iure intestati deferantur, tanquam si neque pro castrensibus adita ex testamento hæreditas fuisset. Cui verò deferuntur ab intestato bona militis cætera? Non alij vtique quam patrono, cui hoc casu competit ex edicto Prætoris bonorum possessio ab intestato, cùm nullos libertus reliquisset liberos qui patronum excludere potuissent. Et ir. Paulus quoque scribit apertius, tractans de milite liberto qui æquè duos hæredes instituerat, quorum alter omiserat hæreditatem *in l. si duob. 37. D. de testam. milit.*

E R R O R I I.

De legitima hæreditate militis liberti, pro qua parte decessit intestatus, & an competat bonorum possessio Vnde legitimi.

VErum hîc illa non elegans inspectio occurrit, Cur dicat Papinianus bona cætera deferri ab intestato, non etiam hæreditatem ipsam: Nam si verum est, vt est, quod Papinianus supponit, aliam videri planéque diuersam hæreditatem in qua Sempronius institutus fuit ratione bonorum non castrensium, quid obsecro, impedit quominùs re ad intestati causam deducta per repudiationem Sempronij perinde succedat patronus liberto intestato, & sine liberis defuncto, & quidem ex lege 12. Tabularum, ac si nullum testamentum factum esset. Lex enim 12. Tabularum illa fuit, quæ iam olim patronos ad legitimas libertorum hæreditates vocauit, si quando & intestati & sine suis hæredibus morerentur, vt Iustin. refert *in Inst. de success. libert.* Constat autem in Legibus duodecim Tabularum intestatos dici etiam eos qui testamentum fecerunt si modò non sit adita ex testamento hæreditas, quamuis magis propriè ij intestati dicantur, qui cùm possent testamentum facere, nullum fecerunt, *l. 1. D. de suis & legit.* sed respondendum est: Non posse in casu nostro libertum dici intestatum eo fine vt ipsius legitima hæreditas pro bonis paganicis ex lege duodecim Tabularum obtinuit, non possit intestatus dici libertus qui non solùm de bonis suis omnibus testamentum fecit, sed etiam hæredem testamentarium habet in castrensibus, adita per Titium hæreditate qui ex castrensibus fuerat institutus: Adeò vt solo eo iure inspecto dubitandum non sit, quin ius etiam accrescendi locum habere deberet in persona Titij, nec minùs in militis quàm in alterius testatoris cuiuslibet hæreditate. At vt in proposita specie post aditam quoque à Titio castrensem hæreditatem ex testamento militis, nihilominus intestati successio locum habeat in bonis paganicis, fit ex Constitutionibus Imperatorum quæ Legem duodecim Tabularum secutæ sunt, longo temporum interuallo, & diuisionem illam patrimoniorum, ac diuersitatem hæreditatum induxerunt, *d. l. heredes 35. §. 1. famil. ercisc.* Post quas Constitutiones cœperunt milites testati, adeóque factionem habere testamenti, non iam à Lege duodecim Tabularum, vt cæteri ciues Romani ex verbis illis generalibus, *Paterfamilias vti super res legassit, ita ius esto*, *l. verbis legis 120. De verb. significatione.* quàm ex ipsis Constitutionibus quæ militibus testandi quomodocunque velint, & quomodocunque possint, facultatem dederunt, *leg. 1. l. Diuus Traianus 24 & pass. D. de testam milit. leg. 3. & leg. milites 15. Codice eodem.* Proinde quamuis apud Papinianum negari non possit quin bona defuncti militis non castrensia repudiante Sempronio deferantur iure intestati. Fatendum est non ideò hæreditatem militis vllam posse intelligi in bonis illis non castrensibus. Non enim hæreditas esse potest, quin vel testamentaria dicenda sit vel legitima, quæ summa hæreditatum omnium diuisio est, *leg. 1. D de hered. pet. l. lege obuenire 130. de verborum significat.* Atqui hæc de qua agimus licèt ab initio delata fuerit Sempronio ex testamento, & ideò potuerit dici testamentaria, posteà tamen talis esse desinit per repudiationem Sempronij, per quam fit vt quod ad bona paganica pertinet, testamento miles destituatur. Nec idcirco tamen ex testamentaria potest fieri legitima cùm non ex Lege duodecim Tabularum, aut qua alia, sed ex Constitutionibus, quæ licèt non minorem quàm leges vim habeant, leges tamen non sunt sed suprà leges, ideóque à legibus passim separantur, totóque iure nostro aliud est succedere ex Legibus, Aliud verò ex Constitutionibus. Non igitur possit quis benè dicere in Papiniani specie vllam esse militis hæreditatem legitimam: Ac multò minùs, Patronum hæredem liberti sui defuncti legitimum esse posse. An verò saltem legitimum bonorum possessorem? Ne hoc quidem, Testamentum enim à milite factum, & per Titij aditionem in bonis castrensibus confirmatum impedit non solùm ne Lex duodecim Tabularum qua parte de successione intestati locuta est possit vllo modo se interponere, sed etiam ne possit fieri locus bonorum possessioni quæ ab intestato defertur à Prætore ex capite Vnde legitimi. Neque enim aliis defertur illa, quàm qui vel ex Lege duodecim Tabularum, vel ex qua alia, vel ex aliquo Senatusconsulto ad legitimam hæreditatem, vel ad bonorum possessionem vocantur, *leg. 1. l. 2. §. vltimo l. 3. & pass. ff. vnd. legit.* In quo numero esse nemo potest cùm miles siue de castrensibus bonis tantùm, siue de toto patrimonio testatus hæredem ex suo testamento habet Titium in Castrensi hæreditate. Reliquum igitur est, vt bona illa dici debeant, quomodo eleganter ac disertè suo more Papinianus loquitur, non hæreditas, & vt quamuis in bonis non castrensibus ab intestato succedatur, non tamen legitima vlla intestati successio, vel bonorum possessio sit, sed proprio quodam ac speciali iure deferri eam à Prætore necesse sit. Propter quam causam rectè Paulus quoque *in d. l. si quis duobus 37. D. de testam. milit.* sic loquitur, vt dicat competere hoc casu patrono ab intestato bonorum possessionem. Non dixit *legitimam*, aut meliùs *vnde legitimi*, sed *ab intestato*, nec *iure legitimo*, sed *iure intestati* quod longè diuersum est. Omnia quippe bonorum possessio, quæ defertur ex capite Vnde legitimi, ab intestato

est, sed non vicissim omnis bonorum possessio quæ ab intestato est, defertur ex illo edicti capite Vnde legitimi: vt neque ex illo Vnde liberi: aut ex alio Vnde cognati. Quid ergo est? In patrono quidem res non habet dubitationem quin admittatur proprio quodam iure ex illa parte edicti qua specialiter cauit Prætor de bonis & successione libertorum. Patronis enim consuluit prætor deferendo iis bonorum possessionem non solùm contra tabulas si fortè facto testamento præteriti essent, sed etiam ab intestato, si intestatos eos mori contingeret, quia Lex duodecim Tabularum plus æquo fauerat patronis, vocando eos ad legitimam liberti hæreditatem, si modò is absque suo hærede defunctus esset, tametsi libertos emancipatos reliquisse proponeretur. Quemadmodum è contrario minùs iis fauebat, quàm oporteret, in eo, quòd suos hæredes quoslibet, id est etiam adoptiuos patrono præferebat, atque ita in liberti potestate relinquebat vt adoptionis commento patronum à quo tantum beneficium acceperat, omninò excluderet, quod apertè iniquum erat, vt ratiocinatur Iustin. *in dicto titulo De success. libert.* Propter quas causas sic Legem duodecim Tabularum temperari æquum fuit, vt vna ex parte ius patroni à prætore augeretur, ex altera verò minueretur. Proposito in eam rem proprio ac speciali edicto ad deferendam patrono bonorum dimidiæ partis possessionem contra tabolas liberti eo casu quo libertus vel nullos vel non nisi exhæredatos liberos reliquisset, Aut ab intestato assis totius si testamentum nullum factum probaretur. Quamquam non nego potuisse patronum tanquam legitimum petere bonorum illam possessionem ab intestato, & ex capite vnde legitimi, sed eo demùm casu quo Lex duodecim Tabularum locum haberet, ac totorum bonorum illa possessio esset, vt Iulianus loquitur *in l. si libertus 13. hoc eodem titulo.* Sed hoc contendo, si quando eueniat, vt pro parte testatus libertus, & pro parte intestatus decedat, quod euenit in liberto milite qui in castrensibus bonis hæredem instituit Titium à quo sit adita hæreditas, & in paganicis Sempronium, qui hæreditatem adire noluerit, Non posse vllam liberti huius legitimam hæreditatem intelligi: Quod neque dici possit hæreditas quæ non vniuersa bona complectatur, neque legitima, quæ nec ex duodecim Tabulis, nec alia vlla ex lege deferatur, sed tantùm ex Constitutionibus, quæ id ò non de hæreditate locutæ videntur, sed de bonis duntaxat, & de patrimonio militis, vt coniicere licet *ex dicta lege hæredes 25. §. 1. famil. ercisc. & dict. leg. si miles 6. D. de testam. milit.* & ex hoc ipso paragrapho quem nunc tractamus. Et consequenter dico non posse hoc casu admitti patronum tanquam legitimum ad bonorum possessionem ab intestato, & ex capite Vnde legitimi, sed necessarium ei esse auxilium prætoris ex edicto illo De bonis & successione libertorum: Ex quo posset etiam petere bonorum possessionem si vellet illo quoque casu quo diximus admittendum eum esse vt legitimum, id est quo possit dicere se vocatum ad successionem liberti ex Lege duodecim Tabularum, quod contingit quoties libertus vel ab initio, vel ex postfacto decedit intestatus in totum, nullis suis hæredibus, neque adoptiuis, neque naturalibus relictis, vt in specie *dict. leg. si libertus.* Nihil enim vetat in eodem casu competere bonorum possessionem etiam ab intestato ex pluribus partibus edicti, Vt apparet ex *leg. generaliter 3. D. vnde legit.*

ERROR III.

Quo iure succedatur ingenuo militi pro qua parte decessit intestatus.

AT difficilius est si in milite non liberto talis species contingeret, vt hæredem ex testamento haberet Titium in bonis castrensibus, in paganicis verò nullum, ita vt dubitari non posset quin decessisset intestatus quantum ad bona paganica, quonam demum iure posset ab intestato in paganicis militi succedere is, qui tum proximior agnatus inueniretur. Si enim verum est quod diximus non posse hoc casu legitimam militis hæreditatem vindicari ex lege 12. tab. quæ scilicet nullam pro parte legitimam hæreditatem agnoscit, neque bonorum possessionem peti ex capite edicti Prætoris Vnde legitimi, quia bonorum illa possessio non alij competit, quam qui vel ex lege aliqua vel ex Senatusconsulto vindicare hæreditatem iure ciuili possit, *l. 2 § vlt. eod. tit. Vnde legit.* Nec denique aliam bonorum possessionem agnoscet ex edicto, De bonis libertorum, quia miles libertus non fuisset, difficile sanè est dicere. Quo igitur iure in bonis illis paganicis ab intestato succedet proximus agnatus possit. Eadémque dubitatio erit, si ponas militem non separasse in institutione bona castrensia à paganicis, sed tantum duos ex semissibus eiusdem assis hæredes instituisse, quorum alter adierit, alter repudiauerit, vt in specie *d. l. si duobus 37. D. de testam. milit.* Nisi quod lex illa de milite liberto loquitur. Nos de ingenuo nunc tractamus. Non enim Constitutiones diuidunt omni casu patrimonium militis in tot hæreditates, quot sunt hæredes, sed eo tantùm casu quo & testatus ille sit, & testamento suo castrensia bona à paganicis distinxerit, & ex testamento vtraque hæreditas adeatur, *d. leg. hæredes §. 1. l. si certarum 17. in princ. iunct. §. 1. D. de testam. milit.* Existimo posse responderi, Dandam hoc casu à Prætore bonorum possessionem ex capite illo edicti quo ex legibus, & Senatusconsultis eam se daturum pollicetur *l. vnic. D. vt ex legib. & senatusc. bonor. possess. det.* Etsi enim verba edicti non nisi de legibus & senatusconsultis loquuntur, quidni tamen perinde locum habeant si quando ex constitutionibus bonorum possessio deferatur? Nec enim Constitutiones minorem vim habent, quàm Leges & Senatusconsulta, licet neque Leges, neque Senatusconsulta sint, sed tantò maiorem quòd sunt & suprà Leges, & suprà Senatusconsulta: Nec proinde minùs æquum est Prætorem subsequi Principum & Constitutionum Principalium quam Legum voluntatem, *leg. nec non 28. §. quoad eius D. ex quib. caus. maior. l. cum sponsus 12. §. si res D. de Public. in rem act.* Eiúsque bonorum possessionis exemplum elegans est a nobis aliàs non semel allatum & explicatum *ex l. posthumus 12. D. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam.* Dices fortasse Admisso etiam eo vt ex illa parte edicti danda sit bonorum possessio ex constitutionibus perinde atque ex Legibus & Senatusconsultis, Non aliter tamen posse competere quàm si ex constitutione aliqua nominatim bonorum possessio deferatur, vt disertè scriptum est *in d. l. vnic. in fi. ill. tit. vt ex legib. & senatusc. bonor. poss. det.* Porrò nullibi scriptum esse, quod principalibus constitutionibus circa militum testamenta factis cautum sit, vt si miles pro parte testatus, & pro parte intestatus decederet, bonorum possessionem ab intestato dare Prætor deberet. Verùm facilis responsio est: Ex eo quòd huiusmodi Constitutiones intestati militis non hæreditatem sed bona deferunt,

quemadmodum

quemadmodum Papin. loquitur in hoc §. apparete satis deferri per eas bonorum possessionem. Bona enim quæ nec iure hereditario, nec iure peculij deferuntur, quomodo possent deferri, nisi delata bonorum possessione? Addidi *nec iure peculij*, vt excludam eum easum quo agatur de filiofamil. as militis intestati successione. Nam si filiusfamilias miles testatus sit de castrensi peculio, quod pro suo iure facere ex constitutionibus potest, haber vtique & hæreditatem & hæredem testamentarium, si modò adire scriptos hæres velit: Sed si intestatus moriatur, neque hæreditatem vllam habet neque hæredem, quamuis habeat successorem pattem occupantem bona filij omnia non pertia vlla bonorum possessione, sed iure peculij, *l. 1 & 2. D. de castrens. pecul. l. filiusfamilias 18. D. ad l. falcid.* Cæterùm vel ex eo maximè probatur, quòd nos volumus, Non esse nouum, vt cuius hæredi as verè est ea testamento, nulla tamen sit ab intestato, ac proinde vt ab intestato necessaria sit bonorum possessio, quæ non est necessaria ex testamento. Nihil autem interesse an dicamus Militis intestati bona deferri ex constitutionibus. Aut deferri bonorum possessionem ab intestato, apparet non obscurè ex coniunctione responsorum Papiniani in hoc §. & Pauli *in d. l. si duobus*. Nam quod Papinianus in hoc §. scribit militis intestati bona patrono deferri, Paulus *in d. l. si duobus*. sic effert vt dicat competere patrono ab intestato bonorum possessionem. Eaque interpretatio semper & necessariò capienda est quoties de bonis per legem aut constitutionem aliquam, aut per Senatusconsultum delatis agitur, nisi si quando bona tanquam vacantia, vel caduca fisco deferantur, vt *in l. vlt. D. de success. edict.* aut fisco vindicentur, cuiusmodi ea sunt, quæ indignis auferuntur, *ex tot. tit. De his quæ vt indign.* Ius enim fisci potentius est quàm vt egeat auxilio Prætoris, quo vtique priuati indigent ad succedendum, quoties hæreditatem sibi acquirere iure ciuili non possunt. Nulla enim successio in toto iure nostro est, quam non sit necesse vel ciuilem esse, vel prætoriam, si excipias successionem quæ fit per arrogationem, de qua Iustin. *in tit. De acquisit. per adrogat.* & illam quæ à Diuo Marco inducta est tuendarum libertatum causa de qua apud eundem Iustin. *in tit. seq. De eo cui libert. caus. bon. addic.* quamquam hæc ipsa ciuilis est cùm sit ex Imperatoris constitutione. Denique hic casus de quo tractamus addendus est cæteris in quibus alibi scripsimus etiamnum esse necessarium vsum bonorum possessionis, manca scilicet iuris ciuilis & legitimi potestate, Sed pergamus ad reliquam Papiniani responsi interpretationem.

ERROR IV.

De Papiniani sententia in versic. Titius igitur, dicto paragrapho 1. leg. filius 42. de bon. libert.

Hic versiculus est, qui non tantùm Accursio, quod minùs mirandum esset, verum etiam Iacobo Cuiacio in suis ad Papiniani quæstiones Commentariis plus difficultatis habere visus est, & in quo explicando si non erro ego, vterque ipsorum errauit. Papinianus igitur postquam scripsit quod nos in præcadentibus explicauimus, Adita per Titium hæreditate castrensi, & repudiata per Sempronium institutione bonorum paganicorum, deferri patrono iure intestati bona illa paganica, subiungit, *Titius igitur hæres non poterit imitare manumissorem, cùm Titio nihil auferatur nec bonis cæteris quæ nondum ad causam testamenti pertinẽ*. Quæ verb. sic Accurs. & Cuiac. acceperunt, quasi ea ferenda sint ad casum posterioris quæstionis, quo Sempronius io paganicis institutus omiserit, & repudiauerit hæreditatem. Et hic primus error vtriusque est. Nam præter id quòd dictio *igitur* non minùs Papiniano quàm cæteris Prudentibus familiaris quoties post interiectam disputationem aliquam redeunt ad priùs propositam quæstionem, ostendit satis eo tit. Papiniani ad priorem speciem quæ erat de patrono volente contra tabulas lib. rti petere bonorum possessionem statim post aditionem Titij, non expectata Sempronij aditione vel repudiatione, Apparet etiam id manifestiùs ex dictione *nondum* posita in illis verbis, *quæ nondum ad causam testamenti pertinent*. Nam si eum casum tractaret Papinianus, quo iam omissa & repudiata esset à Sempronio hæreditas, non erat cur diceret ad causam testamenti nondum pertinere bona paganica, quæ pertinere amplius nunquam possent, neque quod ad personam Titij, qui in solis castrensibus ita fuerat institutus, vt nullum ius accrescendi spectare in paganicis posset, neque quòd ad personam Sempronij qui ab adeunda hæreditate quam semel repudiauerat, in perpetuum exclusus erat. Sed quia in proposita specie solus Titius adierat, Sempronius verò needum adierat, nec repudiauerat, benè Papinianus vt id comprobet, quod priùs dixerat, Nondum posse patronum petere bonorum possessionem contra tabulas, rationem congruam subiungit, quòd bona paganica de quibus solis dubitari & quæri poterat, nondum ad causam testamenti pertinerent. In eo quidem erant ve pertinere possent, nimirum si contingeret adiri hæreditatem à Sempronio, qui tamdiu poterat adire, quamdiu nec repudiatione, nec tempore exclusus esset, *l. si curatoris 9. C. de iur. deliber.* Sed tamen nondum pertinebant, quia in eo quoque erant vt possent nunquam pertinere, scilicet si Sempronius delatam sibi eorum bonorum hæreditatem repudiare mallet quàm adire. Porrò ad excludendam interim bonorum possessionem contra Tabulas, sufficiebat quòd nondum ad causam testamenti pertineret, licèt adhuc pertinere quandoque possent. Nam cùm bonorum possessio contra Tabulas vna sit ex iis duabus per quas succeditur ex testamento vt Iustin. noster scribit *in tit. de bon. poss.* Nempe quoniam is qui petit contra Tabulas & rumpendo succedit, & succedendo rumpit, prius est vt bona quæ per eam possessionem auocare quis velit, ad causam testamenti pertineant, quàm vt eorum nomine bonorum possessio contra Tabulas peti possit. Sensus igitur Papiniani est, Titium hæredem scriptum in castrensibus non posse inuitare manumissorem, id est, aperiro viam ei petendæ bonorum possessionis contra Tabulas liberti, quamuis adierit ipse castrensem hæreditatem ex testamento, quoniam aditio illa non facit, vt quidquam sit quod per bonorum illam possessionem patronus auferre possit, neque Titio qui nec habet nec habere potest ex eo testamento alia bona, quàm castrensia, quæ bonorum possessioni contra Tabulas nunquam sunt obnoxia, neque cæteris bonis, id est paganicis ex quibus scriptos fuerat hæres Sempronius, quia nondum ad testamenti causam illa pertinent. Cùm autem nihil sit quod hanc nostram interpratationem magis adiuuet, quàm propria significatio dictionis *nondum*, tantò magis mirandum est, & Accursium & Cuiacium, quasi id consultò egerint, ne Papiniani sententiam assequi possent interpretatos esse *nondum* pro *non*. Nulla certè exemplo. Etsi enim *non* pro *nondum* quibusdam iuris locis vsurparum legimus, vt *in leg. 2. D. si pars hered.*

hered. pet. l. si filius 16. D. de liber. & posthum. Contra tamen *nondum* pro *non* scriptum esse nullibi repetias: Fefellit vtrumque quod putarunt, vt diximus, hunc versiculum ad eum casum pertinere quem Papinianus proxime tractauerat, omissæ per Semproniũ hæreditatis. Cùm tamen redeat Papinianus ad priorem speciem de qua erat quæstio proposita, id est de Sempronio adhuc deliberante aut sibi delatam bonorum paganicorum hæreditatem ignorante. Sed Accursium fefellit etiam vulgata lectio duobus locis corrupta. Primùm in verbis illis *adita est à Titio hereditas.* Sic enim vulgati codices habent *ab intestato adita est a Titio hereditas.* Quasi Titius in castrensibus bonis institutus, etiam agnatos proximos fuerit, vt defuncti liberti hæreditatem potuerit adire ab intestato. Vnde etiam est, quod in illis sequentibus *Titius igitur heres* putat Accursius tractari de bonis paganicis quæ Titius possideat tanquam legitimus hæres & ab intestato. Quod est ridiculum: Nam si ponerem Titium adisse castrensium bonorum hæreditatẽ ab intestato, siue deliberante adhuc Sempronio de paganicorum hæreditate vel adeunda vel repudianda, siue post factam ab eo repudiationẽ. Quænam obsecro, dubitandi causa esse posset propter quam videretur admittendus patronus ad bonorum possessionem contra Tabulas liberti, quasi Iuuitatus per aditionem ab intestato factam à Titio? An fortè quisquam est qui suspicari possit solam hæreditatis aditionem sufficere posse, vt fiat locus bonorum possessioni contra Tabulas? Aut quis nesciat illud omnimodo requiri vt hæreditas adita sit ex testamento priùs quàm patrono ea bonorum possessio competat: Rursus si ponas Titium adisse liberti hæreditatem ab intestato, consequens statim fiet vt repudiante suam institutionem Sempronio bona paganica debeant accrescere Titio etiam inuito, quia certum est in militis perinde ac in alterius cuiuslibet legitima hæreditate ius accrescendi posse locum habere, nec de militis voluntate, aut de iure singulari pro militibus constitutio quærendum quicquam esse. Etsi enim miles qui in totum decessit intestatus duplicis generis bona reliquerit castrensia & paganica, non ideò tamen videri potest duas reliquisse hæreditates, cùm diuisio illa patrimoniorum in totidem hæreditates facta sit ex Constitutionibus in casum testati duntaxat non etiam in casum intestati. Denique interiecta illa & à Papiniano incidenter proposita quæstio. De Sempronio paganicam hæreditatem ea qua scriptus erat omittente, quid haberet dubij, si Titius hæreditatem castrensem non nisi ab intestato adisse proponeretur? Cui enim alij quàm Titio possent accrescere bona paganica per Sempronij repudiationem? & quo iure nisi intestati? Atqui Papinianus cùm ait quæstionem hanc interuenire, ostendit satis non carere illam dubitatione, Dubitationem porrò in eo esse, quòd videbatur deficiens portio Sempronij debere ex testamento accrescere Titio, qui adita iam ex testamento castrensium hæreditate adeò testamentum confirmauerat, vt libertus ex totum intestati facere ampliùs in totum non posset. Et tamen concludit Papinian. bona paganica intestati iure deferri, patrono scilicet, vt suprà explicauimus, non Titio quem lex neque agnatum esse ponit, neque aliquem ex iis qui ab intestato succedere possint, quod tamen minimè omnium erat prætermittendum si de legitima successione illi deferenda Papinian. sensisset; Multóque verisimilius est quod Cuiac. putat fuisse Titium hunc commilitonem testatoris. Quamquam ne id quidem necesse, vt sequenti capite dicemus. Alterum vulgatæ lectionis mendum quod æque Accursium fefellit, grauius est in iis verbis, *Titius igitur heres non poterit inuitare manumissorem.* Habet enim vulgata lectio *euitare* pro eo quod Pandect. Florent. *inuitare.* Quorum verborum sicuti prorsus contraria significatio est, ita & Accursij interpretationem necesse fuit cum Papiniani sententia pugnare. Sic namque Papinianum Accursius explicat vt Titius hæres castrensium si tanquam ab intestato possideat bona paganica non possit euitare manumissorem, id est effugere quominùs conueniatur a manumissore siue per bonorum possessionem. Vnde legitimi, siue per possessoriam hæreditatis petitionem, vt paganica bona ei restituat non tamen castrensia. Quasi verò castrensium bonorum priuilegium aliquod esse possit in persona illius qui cùm ex castrensibus institutus esset, maluit ab intestato adire hæreditatem, Aut quasi tractari possit de bonorum possessione contra Tabulas, cùm hæreditas ab intestato possidetur. Quare nec huic interpretationi conuenire potest ratio quæ sequitur apud Papinianum *cùm Titio nihil auferatur,* nec si addas eiusdem Accursij notam supplentem ex *bonis scilicet castrensibus*, Non solùm quia Papiniani verba generalia generaliter quoque sic accipienda sunt vt Titio nihil penitus auferatur, id est, non magis ex paganicis bonis quàm ex castrensibus, cùm in solis castrensibus scriptus esset. Verum etiam quià quod nihil aufertur Titio ex castrensibus, non fit propter priuilegium bonorum castrensium, quod hoc casu, vt diximus, nullum est, sed potiùs quoniam bonorum possessio contra Tabulas de qua sola Papinian. tractat, nunquam datur contra eum qui ab intestato possidet hæreditatem, Præterim patrono cui nec aliter competit in bona liberti, quàm si hæreditas liberti adita sit ex testamento, & quidem quantum ad illa bona quæ per bonorum possessionem contra Tabulas peti possint. Quod verò sequitur apud Papin. *nec bonis cæteris* ostendit satis eum casum tractari quo cætera bona non ad Titium, sed ad quem alium pertineant. Alioqui etiam Titio auferretur quod ex paganicis auferretur, si Titius etiam paganica possideret. Et tamen ponit ista Papin. tanquam diuersa *cùm Titio*, inquit, *nihil auferatur, nec bonis cæteris.* Qua de causa fortassis factum est vt hoc quoque loco vulgaris lectio corrupta sit quæ habet *cùm Titio nihil auferatur in bonis cæteris.* Omninò male. Esset enim manca & mutila ratio per quam probandum fuit non competere hoc casu bonorum possessionem contra Tabulas liberti. Nam cùm testator duplicis generis bona reliquisset, castrensia quædam, & paganica altera, non aliter probari potuit bonorum possessionem contra Tabulas liberti hoc casu dari non posse, quàm si probaretur neque in bona castrensia posse illam competere, quamuis ex testamento adita esset castrensis hæreditas, neque in bona paganica quandiu Sempronius paganicam hæreditatem non adisset. Prius tamen non magna indigebat probatione, cùm notissimi iuris esset bonorum possessionem contra Tabulas nunquam dari in militia testati bona castrensia, ideóque satis fuit Papiniano hac parte scribere *cùm Titio nihil auferatur.* Nam & ipsa quæstio proposita hoc ipsum supponit pro vero. At posterius tanquam difficilius probandum fuit. Probatúrque ratione illa, quæ sequitur in fine §. & quæ iam à nobis explicata est, quod bona cætera, id est, non castrensia, nondum pertineant ad causam testamenti quandiu nondum adita est à Sempronio hæreditas ex testamento, licèt quod attinet ad castrensia iam confirmatum sit liberti testamentum per aditionem Titij. Atque hæc quidem sufficiant aduersùs interpretationem Accursij, cui sanè ignoscendum potiùs & miserandum, quàm succensendum est, qui in loci tam corrupti interpretatione laborauit. Sed illud mirandum magis

quòd

quod vir doctissimus Iacob. Cuiac. feliciore natus sæculo, & Florentinæ lectionis authoritate adiutus, Papiniani tamen sententiam non fuerit assecutus, nec animaduertit Papinianum *in d. vers. Titius igitur*, redire ad priorem quæstionem, post finitam illam quã dixerat interuenire, & quæ licèt posteriore loco proposita, attamen tanquam antecedens, & à qua prior pendebat priùs decidenda fuit, hoc est post priorem quidem propositam, sed ante ipsam decisam. Aliuqui non tanquam interueniens, & interposita, sed tanquam sui sequens quæstio tractari, nec inseri, sed subijci debuisset. Et verò postquam Papin. dixerat, Omittente institutionem suam Sempronio, bona paganica deferri iure intestati patrono, fieri sanè non poterat vt subijceret nisi perabsurdè quod sequitur *in vers. Titius igitur*, non inuitari eo casu patronum per aditionem Titij petendam contra liberti Tabulas bonorum possessionem. Tam enim id certum erat, quam certum est bonorum possessioni contra Tabulas nullum esse locum posse in bona castrensia, neque rursum ab intestato, & aduersùs legitimum Intestati successorem. Sed & in eo videtur errasse Cuiacius, quod *ex d. l. 1. C. de testam. milit.* addit duas illas exceptiones ad Papinianum quæ ponuntur *in d. l. 1.* si non Titius Sempronio substitutus sit: Aut nisi probetur voluisse libertus miles vt bona paganica repudiante Sempronio ad Titium peruenirent. Nec enim ista sufficerent ad inuitandum manumissorem ad bonorum possessionem contra Tabulas liberti, nisi etiam illud concurreret, vt Titius omissam delatámque Sempronij portionem ad se pertinere vellet, eámque agnosceret: cùm necesse sit aditam esse hæreditatem petitámque bonorum possessionem ab hærede scripto priusquam possit patronus petere contra Tabulas. Aliáque est species quæ supradictas exceptiones duas admittit *in d. l. 1.* in qua scilicet non de bonorum possessione contra Tabulas agitur, sed de accrescendi iure, quod habere volebat hæres institutus in paganicis, cum alius hæres institutus in castrensibus hæreditatem repudiasset, & cui nihil aliud obstabat, nisi quod de militis testamento agebatur in quo regulariter non est locus iuri accrescendi præterquam duobus illis casibus, ei alter alteri substitutus sit. Aut si ea militis voluntas fuisse probetur, vt iuri accrescendi potiùs quàm successioni intestati locus esset, quemadmodum in superioribus explicauimus.

ERROR V.

De sententia variisque interpretationibus l. 1. C. de testam. milit.

HAbet Lex duas partes. Prior ponit institutum à milite commilitonem in bonis tantummodò castrensibus, Posterior verò loquitur de extraneo hærede scripto, sed ita vt non appareat an in castrensibus tantùm scriptus ille sit, an in solis paganicis, an in vtrisque, An denique simpliciter & indistinctè. Hinc variæ planéque discrepantes nostrorum ad hunc locum interpretationes. Prima est, Multùm referre, an in castrensibus tantùm institutus sit à milite commilito, an extraneus. Priore casu institutionem factam in castrensibus bonis non trahi ad paganica. Posteriore verò casu trahi, quasi priore casu miles videatur iure proprio ac militari institutionem facere voluisse. Posteriore autem, iure potiùs communi. Cui interpretationi fauet antithesis illa quæ est in verbis legis. Prior enim disertè loquitur de commilitone instituto, Posterior de extraneo. Item quod ex qualitate personæ institutæ possit non obscure conijci voluntas testatoris, vt ea tantùm quæ in castris quæsiit commilitoni in solis castrensibus instituto reliquisse intelligatur, Quæ præsumptio non similiter capi potest instituto extraneo. Neque ab hac interpretatione videtur abhorrere Iacob. Cuiac. ad illum Papin. locum de quo suprà diximus: Cùm probat laudatque eos qui apud Papiniam. adiecerunt verbum *commilitonem* quod est, inquit, *in l. 1. C. de testam. milit.* Non alia de causa, vt arbitror, quàm quia ibi Papin respondeat illud ipsum, quod rescribitur in prima huius legis parte, Institutionem factam in bonis castrensibus, ad paganica trahi non oportere. Secunda interpretatio est, Nihil quidem referre an cõmilito an extraneus à milite institutus sit, sed tantùm distinguendum esse, an in castrensibus institutus sit an in paganicis, vt scilicet bonorum castrensium institutio nũquam ad se trahat paganica, At paganicorum trahat castrensia. Et ratio huius dissimilitudinis illa affertur, quod specialis bonorum castrensiũ facta mentio coniecturam præbeat verisimilem, Testari militem voluisse ex priuilegio militari, ex quo fit inter cætera vt possit miles decedere testatus pro parte, & pro parte intestatus, quod non perinde suspicari quis possit facta mentione paganicorum. Quidni enim potius credatur miles tanquam paganus testari voluisse, cùm de paganicis solis testatus fuit? Atqui non nocet in pagani testamento facta mentio certæ rei, aut certi generis bonorum, quominùs in vniuerso patrimonio, & ex toto asse scriptus hæres existimetur. Ergo nec eò minùs institutio facta in bonis paganicis trahetur ad castrensia à milite facta sit. Tertia interpretatio est, siue castrensium tantummodò siue quod paganicorum bonorum hæres scriptus sit, & siue commilito, siue extraneus dummodo à milite adhuc militante (aliud enim respondendum esset in veterano) non trahi institutionem bonorum castrensium ad paganica, neque paganicorum ad castrensia, Sed vtroque casu hæredem institutum ea tantummodò habere bona, ex quibus institutus est, in cæteris de quibus miles specialiter non disposuit succedere legitimum hæredem ab intestato. At si institutio non certorum bonorum facta sit, puta castrensium, aut paganicorum, sed simpliciter eo casu succedi ex testamento in bonis omnibus. Propterea quòd simpliciter facta Institutio etiam à milite trahenda sit ad omnia militis bona haud aliter quàm si de testamento & hæreditate pagani ageretur. Atque ita Salycet. ad hanc legem expressim tradit. Quarta & postrema interpretatio fuit Baldi, hoc vnum sibi velle Imperatorem, Vt vna institutio non trahat aliam ad se, cùm ambo hæredes sunt æquè principales, quòd contingit eo demùm casu quo vnus ex hæredibus institutus sit in bonis paganicis, alius verò in castrensibus, licèt Bald. non explicet. Alioqui si testator vel de solis castrensibus, vel de solis paganicis disposuerit, nõ possunt videri duæ institutiones, nec duo hæredes æquæ principales, cùm vna tantùm sit, nec ideò cætera bona de quibus testator nõ disposuit ad legitimum intestati successorẽ pertineant quasi miles in his tacitè illum instituisse videatur, quomodo dicere solemus in pagano, *l. 5. in princ. l. conficiuntur 8. ff. de iur. codicill. l. ab exhæredatis* 26. *de legat.* 1. Sed quia cessante expressa militis dispositione, lex ita disponit. Mihi nulla ex omnibus interpretationibus iuris rationi conuenire videtur, nec verbis legis Non prima, quoniam etsi lex ponit, & commilitonem hæredem institutum esse & in bonis tantummodò castrensibus, Non tamen ratione illa factum id videri debet, quod aliud rescripturus fuerit Imper. si vel extraneus institutus, vel in bonis paganicis facta institutio fuisset, sed quia ex facto ita

 contigerat.

contigerat. Nam si poneres à milite scriptum extraneum in bonis tantummodo paganicis, idem haud dubie obtineret, vt paganica duntaxat haberet scriptus hæres. Cætera vero bona omnia, id est castrensia ad legitimum intestati successorem pertinerent. In omnibus enim militaribus testamentis ita ius est, vt qui ex certa re institutus fuit, aut in certo genere bonorum, nihil aliud ex testamento consequi possit, nec proprio nec accrescendi iure, nulla hac parte facta distinctione bonorum paganicorum aut castrensium, vt probauimus in præcedentibus, *ex l. si miles 6. & l. si duob. 37. D. eod. tit.* Nec rursus existimandum est huius legis rationem petendam esse ex dictione *tantummodò*. Nam quod lex ponit commilitonem in castrensibus tantummodò institutum, non ita accipiendum est quasi testator in commilitone instituendo ex bonis castrensibus dictionem illam *tantummodò* adiecerit, concepta institutione in hunc modum: *Titius commilito meus in bonis tantummodo castrensibus hæres mihi esto.* Sed Imperatorum verbum illud est significantium sic testatum militem vt non in aliis bonis, quam in castrensibus commilitonem suum hæredem scripserit. Nihil enim distat an miles ita dixerit *Titius in bonis tantummodò castrensibus hæres esto*, an ita *Titius in bonis castrensibus hæres esto*, cùm semper in iis tantummodò scriptus esse intelligatur de quibus solis testator locutus est, sicuti nec quicquam refert an Titius ille commilito sit testatoris, an extraneus. Nam neque extraneus in castrensibus solis institutus alia bona esset habiturus quàm castrensia, non magis quàm commilito testatoris. Secundam verò interpretationem quæ non extraneum à commilitone distinguit, sed bona paganica à castrensibus, neque ratio, neque lex vlla comprobare potest. Non magis enim castrensia, possunt accessoria esse paganicorum, quàm paganica castrensium. Nec aliud sanè rescripsisset, Imper. etiamsi commilito in bonis paganicis scriptus fuisset, vt constat *ex l. 1. eod. tit.* quæ eiusdem Imp. est. & cuius tamen solius authoritate moti sunt ij, qui hanc primùm distinctionem inuexerunt. Sic enim putarunt, Probat lex ea lege hæredem à milite scriptum in bonis paganicis, posse suo iure petere castrensia si hæreditatē castrensem hæres in ea scriptus repudiauerit, nisi liquidò probetur militem noluisse castrensia ad paganicorum hæredem peruenire: Cùm è contrario Impp. sit sententia non esse in illa specie locum iuri accrescendi, si non liquidò probetur testatorem bona quoque castrensia ad paganicorum hæredem pertinere voluisse. Neque verò ex bonorum differentia æstimandum est an miles testari voluerit iure militari an communi, sed ex solemnitatibus iuris communis vel obseruatis, vel neglectis. Et quamuis de bonis paganicis specialiter & tantummodò testatus sit, non etiam de castrensib. Nulla tamen causa est cur eò magis videri debeat testatus iure communi, quin potiùs hoc ipso credendus est testari voluisse iure militari. siquidem vt diximus, est hoc vnum nec postremum ex priuilegiis militaribus, vt possit decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, quod pagano non æquè permittitur, nec quòd etiam paganus certæ rei hæredem instituere possit ad rem facit. Non. n. valet eiusmodi institutio per paganum facta tanquam facta in certa re, ne alioqui fatendum sit voluisse illum decedere pro parte intestatum, atque ita testari contra leges, sed quoniam mentio illa certæ rei habetur pro non adiecta, vt detracta fundi vel bonorum mentione institutio valere possit tanquam facta ex asse, *l. 1. §. si ex fund. D. de hær. inst. l. quoties 15. C. eod.* Vnde fit vt qui à pagano institutus est ex re certa, totam nihilominùs hæreditatem obtineat, non etiam institutus à milite, Nempe quia institutio facta per militem ex re certa, valeat ex priuilegio militari eo modo quo facta est: Facta verò à pagano nō eo modo facta est, quo fieri debuit, idque per iuris interpretationem vt fauorabiliter adiuuetur & salua maneat institutio quæ alioqui non valeret, *l. cum quidam 19. D. de lib. & posthum.* Quis porrò non credat eo potiùs modo testari voluisse militem quo testari suo iure potuit, ita vt nullum iuris auxilium habuerit implorandum, quàm quomodo testari benè potuit citra benignam iuris interpretationem. Credendus igitur est miles quoties hæredem ex certa re instituit testari iure militari potiùs quàm communi voluisse. Iam verò quod ad tertiam interpretationem attinet, quamquam negari non potest quin sit vera, fatendum tamen est verbis legis nullo modo eam cōuenire. Nam neque prior, neque posterior pars legis loquitur de institutione simpliciter facta. sed prior, vt mox dicemus, de institutione facta in bonis castr. posterior autem de illa quæ facta sit in bonis pagan. Et certè parū elegans esset legis sententia, quæ moneret institutionem simpliciter factam etiam à milite trahi ad bona militis vniuersa. Cum dici nequeat quænam bona posset eiusmodi institutio comprehendere, si non omnia comprehenderet. Sed fefellit Salycet. quòd posterioris partis sic habent: *Quod si extraneum scripsit hæredem*, nulla videlicet bonorum siue castrensium siue paganicorum subiecta mentione: Quasi verò ex antithesi prioris partis, quæ bonorum tantummodò castrensium institutione loquitur, non satis appareat posteriorem de illo extraneo hærede accipienda, qui non simpliciter institutus sit, sed in eiusdem militis bonis paganicis quæ ad legitimum intestati successorem deuoluerentur, si non alia institutio facta proponeretur, quàm commilitonis in castrensib. Restat vltima quæ Bald. fuit interpretatio Institutionem vnam non trahi ad aliam in diuersis hæredibus æquè principalibus. Quibus verbis quid sibi Bald. velit difficile est dicere, si totius legis vtramque partem consideremus. Nam instituto per militē commilitone in bonis castr. Extraneo autem in bonis pagan duæ quidem erunt institutiones, sicut & duo hæredes æque principales, sed non de quibus possit dubitari, an vna institutio aliam ad se trahat, cùm lex non ponat repudiatam esse ab alterutro hæreditatem quam proinde ponendum est aditam fuisse vtramque & castr. à commilitone, & pagan. ab extraneo. Sed videtur Bald. eo, vt loquuntur, summario priorem tantùm legis partem complexus esse quæ habet, Milite sic testato vt castr. tantummodò bonorum hæredem commilitonem instituerit, cætera eius bona velut intestati defuncti, à matre iure possideri. Quasi eo casu quo miles de bonorum suorum tantummodò parte testatur duas faciat institutiones, Vnam eius quem nominatim instituit, alterā verò legitimi hæredis eius, etsi de eo nihil exprimat: Exemplo videlicet eius quod in pagano dici solet si quando intestatus decedat, tacitè videri eum scribere hæredē quisquis futurus illi est legitimus successor. Verùm iam monuimus militem qui ex certis tantùm rebus testamento sibi hæredem scribit, nullam posse dici facere institutionem ab intestato, quia militis quoquomodo testati voluntatem tacitam lex neque supplet vnquā neque adiuuat, neque interpretatur, ne hoc ipso faciat contra militis voluntatem, quæ non alia fuisse creditur, quā quæ ab ipso expressa fuit. Itaque legitimum militis successorem lex ad intestati successionem vocat non tanquā tacitè scriptum, vt in legitima hæreditate pagani, sed tanquā nullomodo institutū. Nō sunt igitur duæ institut. vna expressa & altera tacita, nō magis quam expressa duplex, licèt sint duo hæredes æquè principales, Vnus testamentarius, alter legitimus. quia vnum hæredem institutio testatoris fecit, Alium facit dispositio legis. Dicendū igitur est legis nostræ sentētiā eam esse, vt in proposita

specie

specie distingui oporteat, Vtrùm miles commilitonem in bonis castrensi‑bus tantummodò hæredem fecerit, An verò etiam extraneum in bonis paganicis. Vt priore casu bona eius paganica quæ ad testamentarium hæredem in solis castrensibus institutum pertinere non possunt, ad solam defuncti matrē tanquam ad legitimam hæredem ab intestato pertineant. Si autem in paganicis illis extraneum hæredem scripserit, isque adierit hæreditatem, non alius quam extraneus hæres ille paganica bona petere possit. Quo quid certius? quid apertius? quid denique verbis Legis conuenientius? Nam quod initio legis ponit Imperator castrensibus tantummodò institutum fuisse commilitonem, haud dubie sic accipiendum est, vt non tantùm in solis castrensibus cōmilito institutus sit, ad differentiam paganicorum, sed etiam solus ipse, id est, nullo addito cohærede. Cui consequens est posteriorem distinctionis partē sic accipi debere, vt e contrario ponendum sit institutum cum commilitone extraneum, & quidem in paganicis bonis sicuti commilito institutus fuit in castrensibus Ita enim fit plena & absoluta antithesis, opposita institutione extranei institutioni commilitonis, & institutione bonorum paganicorum institutioni castrensium: Vt appareat bona paganica, qua in priore distinctionis parte dixerat Imperator ad matrem tanquam legitimam hæredem pertinere, ad extraneum in iis scriptum peruenire debere. Non enim de castrensibus apud Imperatorem quærebatur, cùm dubitari non posset quin ad commilitonem in iis institutum pertinerent, sed tantùm de paganicis, quæ eum deferri commilitoni non posse, necesse erat ad matrem tanquam legitimam hæredem si nullus in iis scriptus hæres fuisset, vel ad extraneum qui & in illis institutus esset, & adiisset, peruenire. Extraneum namque lex intelligit eum qui neque commilito sit, neque legitimus intestati successor, cùm in præcedentibus & de commilitone instituto, & de legitima hærede matre dictum esset. Tam certum autem illud est vt de eo dubitari probabiliùs possit quid causæ fuerit cur de iure tam aperto Imperator consuleretur. De quo tamen nemo disputat, vt neque de eo quid sibi velint postrema illa legis verba, *bona eius in te transferri non iure desiderat*; quod tamen præcipuè fuit explicandum. Possit enim fortè quis existimare consultum fuisse Imperatorem ab aliquo ex creditoribus militis defuncti quis pro debito bona sui quōdam debitoris sibi addici postularet, vt *in l. pro debito 6. C. de bon. auth. iud. possid.* Sed non esset interpretatio probabilis. Quid enim attineret tractasse in tota lege de militis hæreditate totiúsque successionis inre si non nisi de creditoris iure quærebatur? Quippe nihil commune habet ius creditorum cum iure successionis, ne tum quidem cùm testator miles pro arbitrio diuisit bona inter hæredes institutis castrensibus, alium verò in paganicis, quia non potest ea diuisio creditoribus nocere quominùs id quod ab hærede seruare non potuerunt, ab alio consequantur, *l. si cert. 17 §. 1. in fin. D. de test. milit.* Sed etsi vnus tantùmà milite scriptus fuisset hæres in bonis omnibus, petinde potuisset illa quæstio proponi licèt nullo iuris colore, An militis bona in creditorem pro debito transferri oporteret, Nec hæredum pluralitas & patrimonii diuersitas à milite constituta difficultatem augere potest, maioremque dubitandi causam vel colorem præbere. Cùm ergo Imperator illud potissimùm inspiciat, & distinguat, Qua ratione miles testatus sit in diuidendo patrimonio separandisque bonis castrensibus à paganicis, Apparet illud quiddam eum sensisse quàm quod ad nudum ius creditoris, seruandique crediti causam pertineat. Sic existimo, consultum fuisse Imperatorem ab illo ipso defuncti commilitone, qui bonorum tantummodò castrensium hæres scriptus proponebatur. Nam & legis inscriptio ostendit militem eum fuisse qui consulebat Imp. Qua de causa minùs mirandum est de re parum dubia fuisse consultationem ab eo propositam qui magis arma quam leges scire deberet, & cui iuris imperitia fuerit quodammodo pro peritia rei militaris. Credibile autem est, ita visum fuisse consulenti, vt quia & defuncti commilito fuisset & ab eo hæres scriptus, in bonis licet tantummodò castrensibus, totam ideò hæreditatem obtinere deberet, non tam accrescendi iure quam ex priuilegio militari, Quasi fauorabiliores sint militum hæredes, si & ipsi sint milites, fauorabiliores etiam bonorum castrensium institutiones quàm paganicorum. Atque idcirco cùm nihil aliud precibus suis exposuisset, nisi quòd à suo commilitone qui matrem superstitem reliquerat, hæres scriptus esset, in bonis tantummodò castrensibus, non expresso eo, An in bonis paganicis intestatus decessisset, an verò extraneo in iis hæredem instituisset, Peteretque transferri in se bona defuncti omnia etiam paganica, Rescribit Imp. nullo eum iure id desiderare, Idque non tam distinctione adhibita, quàm dilemmate sic composito, quia siue de paganicis miles testatus non sit, pertinet illa ad legitimum intestati successorem, ac proinde ad matrem superstitem, Siue de iis testatus sit instituto hærede extraneo, non ad alium quàm ad hæredem ipsum institutum peruenire debent, si modò is adierit hæreditatem, Nullo igitur casu videri poterat commilito iure desiderare, vt paganica bona prætextu castrensium, in quibus scriptus erat in se transferrentur. Dices fortasse, dilēma hoc non esse integrum & absolutum. Deesse namque casum illum, quo extraneus hæres in paganicis institutus nolit adire hæreditatem, siue metu æris alieni adid bonorum genus pertinentis, siue qua alia de causa nec enim præscribendum est hæredi, cur ea adire nolit hæreditatē quam habeat pro suspecta, *l. si in test. 2 3. in fi. D. si quis omiss. caus. test. l. quia poterat 4. D. ad SC. Tr.* Quo vno casu certum est non adeò cēseri istas quasi duas duorum hominum hæreditates, vt non possint & debeant bona paganica peruenire ad hæredem castrensium, vel contra, vt vel totam hæreditatem aduersus creditores defendere cogatur, vel totum soluere, vt scriptum est *in d. l. si certarum 17. §. 1. in fi. D. de test. milit.* Excluso scilicet legitimo intestati successore, quia licèt miles possit decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus si velit, maximè verò ex postfacto, quod nec in paganis absurdum esse creditur, *l. circa 14. D. de inof. test.* nulla tamen ex parte intestatus decedere voluit miles, qui in bonis suis omnibus hæredes sibi scripsit. Sed facilis responsio est, Consultò prætermissum ab Imp. hunc casum fuisse, quia cùm ex facto sic euenit, vt vnus ex hæredib. institutionem suam repudiet, siue ob ineōmodum & onus emergentis iam æris alieni, siue ob periculum & metum latentis, vix est vt alius hæres desideret accrescere sibi eam partem hæreditatis, quæ omittitur, quomodo in specie huius *l. 2.* miles in castrensib. institutus, desiderabat etiam paganica in se transferri, & ideò dicitur pars illa repudiata, eo casu accrescere inuito non desideranti, *d. l. si cæterarum §. 1. in fi.* nisi quòd permittitur ei si malit castrensem hæreditatem quam adierat, repudiare, quasi ex noua & improuisa causa, quam præuidere nec potuerit, nec debuerit, vt in specie, *l. cū hæreditate 55. l. si minor annis 61. & l pen. in fin. D. de acq. her.* Nihil ergo causæ fuit cur hūc casū exprimeret Imp in hac consultatione militis, qui cùm totā hæreditatem habere desideraret, hoc ipso satis significabat opulentiorē eā esse quàm vt posset incidere casus ille repudiationis:

Qui

Qui tamen non obscurè à contrario sensu expressus est in iis verbis, *isque adyt hæreditatem*, Hactenus saltem ne dubitari possit, aliter rescriptum fuisse Imperatorem, si extraneus ille in paganicis institutus hæreditatem repudiasset. Nempe nullum eo casu fore desiderium militis qui scriptus hæres in castrensibus etiam paganica in se transferri postularet: Quod porrò dici non posset si consulens alius fuisset quam commilito ille qui in bonis tantummodo castrensibus institutus proponebatur. Alio enim hærede repudiante qui in solis paganicis scriptus fuerat non ideò transferri possent bona illa paganica in alterum, quàm in hæredem scriptum ex castrensibus, adeóque nec ad hæredem intestati, propter aditionem iam semel ex testamento factam, quæ legitimum hæredem in perpetuum exclusisset, *d. §. 1. in fin. l. si certatum.* Tanto igitur magis ex eo apparet verum esse quod dicimus consultum fuisse Imperatorem à commilitone in castrensibus bonis instituto. Idcóque nec dubitandum est meo iudicio, quin scripserit & rescripserit Imperator *commilitonem te suum*, addita dict. one *te*, quæ si non deesset longe facilior, & ea ipsa quam nos dicimus, interpretatio cuilibet obuia pateret. Nec est quod quis putet idem visum fuisse Accursio quod nobis, vt in posteriore huius legis parte ponendum sit institutum hæredem vnum in bonis paganicis, & quidem extraneum, in castrensibus verò alium, vt ex glossa ipsius apparet in verb. *extraneum*, vbi scribit ille *in paganicis, Alium verò in castrensibus.* Euidens enim mendum est, & pro *alium*, legendum *aliud*, vt constat ex præcedente glossa, ad quam se refert eo loco Accursius, Dixerat enim separanda esse bona castrensia à paganicis, vt paganica possint ad se trahere castrensem hæreditatem, non contrà: Quod nos suprà refutauimus.

ERROR VI.

Quantum intersit an ex fundo aut per quotam facta sit institutio à milite, an à pagano. Ad l. 3. C. eod. de test. milit.

HÆc quoque lex habet commune aliquid cum eo, de quo proximè incidenter tractauimus, An se statis miles in dubio credendus sit iure militari testatus esse, an iure communi. Nam ex hoc potissimum loco probare solent Interpretes, Testamentum militis quantum fieri potest salua ratione recti sermonis reduci ad ius commune: Neque aliam huius legis sententiam esse arbitrantur, nisi quod addit Baldus posse idem testamentum valere, tam ex priuilegio quàm de iure communi, ex iis verbis huius legis, *institutio etiam iure communi accepit authoritatem*, Et rursum, Testamenta omnia etiam militaria, interpretanda esse secundùm ius commune. Quæ omnia videamus, an non sicut à ratione iuris abhorrent, ita & ab Imperatoribus sensu, verbísque huius constitutionis aliena sint. De specie legis inter omnes constat: Proponebatur Valerianus centurio testamento suo hæredem scripsisse filiam ex duobus vnciis vxorem verò ex vnciis, nec de residuis portionibus quicquam significasse, id est neque hæredem in iis quemquam instituisse, neque declarasse an quod ad eas pertineret, decedere intestatus mallet legitimósque habet successores. Quærebatur quomodo esset diuidenda hæreditas inter scriptas hæredes, & an reliquæ partes hæreditatis de quibus miles nihil disposuerat, legitimis successoribus tanquam ab intestato deferrentur. Dubitationem faciebat, quod constabat militem testatum fuisse iure & priuilegio militari, Militis aut in priuilegium illud esse inter cætera vt possit decedere testatus pro parte, & pro parte intestatus. Itaque cum ea hæreditatis ex duodecim vnciis constet, nec miles nisi de tribus vnciis disposuisset, relatione tamen facta ad assem, per verborum expressionem & designationem quæ assis partes sunt integrales, non abs re videri poterat eam fuisse centurionis voluntatem vt ex 12. vnciis duas haberet filia, tertiam vxor, reliquus dodrans ad legitimum intestati successorem perueniret: Quemadmodum accideret si ex fundo Corneliano filiam, ex Liboniano vxorem hæredem instituisset, nec de reliquo patrimonio quicquam cauisset. Nemo enim dubitaret quin cæteris in bonis omnibus decessisse intestatus videretur, *l. si miles 6. l. ex militari 11. §. vlt. & legib. seqq. D. de test. mil.* Contrà tamen rescribit Imp Antonin. Quamquam militum testamenta iuris vinculis non subijciantur, cum propter simplicitatem militarem quomodo velint, & quomodo possint ea facere his concedatur, Tamen in centurionis huius testamento institutionem etiam iure communi accepisse authoritatem Nam cum pater familias, inquit, filiā ex duabus vnciis, vxorem verò ex vncia hæredes scripserit, nec de residuis portionibus quicquam significauerit, in tres partes diuisisse apparet eum hæreditatem, vt duas habeat quæ sextantem accepit, tertiam quæ ex vncia hæres est instituta. Idē ergo iuris hac parte est, inquiunt Interpretes, in testamento militis quod in testamento pagani: Vt quia iure communi paganorum sic diuideoda esset hæreditas, *l. interdum 13. §. 1. d. si ita scriptum 47. § 1. D. de hær. inst. eod. in* eadem diuidendi ratio & proportio in testamento militis seruetur. Hoc verò cur ita? Nisi quia testamentum militis, inquiunt, reducitur ad ius commune quantum fieri potest salua ratione recti sermonis, vt Bald dicebat. Quod si ita est plane non video cur non æque dicendum sit Milite sic testato, vt ex fundo aliquo hæredem scripserit, nec reliquo patrimonio quicq iam dixerit totum hæreditatē ad eum pertinere qui ex fundo scriptus sit, Quandoquidem iure communi etiam in pagani testamenta idem iure iteratur: nec ratio recti sermonis repugnaret quia licèt fundi appellatione tota hæreditas non significeretur, fundi tamen mentio detrahitur ex ea institutionis formula, *Titius ex fundo Corneliano hæres esto*, qua detracta supersunt verba illa sola. *Titius hæres esto*: quibus rectè datur hæreditas nec minùs à milite quàm à pagano. *l. 1 § si ex fundo l. quoties 9. § si duo, & l. seq. eod. tit. De hær. inst.* Id nimirum præsentiens Salycet. & vt obiectionem hanc effugeret, dixit separandam institutionem quam miles fecerit ex fundo, aut ex alia certa re, certóve genere bonorum, ab ea quæ facta sit per quotam. id est per vnciarum distributionem. Nam institutionem illam quæ per quotam facta sit trahi ad bona cætera, non item illam quæ facta sit ex fundo. Sed quæro, hoc ipsum cur ita? An forte quòd recti sermonis ratio non repugnet quominus sextantis aut vnciæ appellatione totus as significetur, repugnet autem ne fundi significatione comprehendatur? At dici hoc nullo modo potest. Tam enim certum est appellatione vnciæ vel sextantis totum assem non significari quàm certum est, certæ partis nomine totum non contineri, *l. verbis ciuilibus in fin. 7. D. de vul. & pup. subst. l. Lucius 78 §. qua habebat in fin. D. ad SC. Treb.* Fateor virilis portionis appellatione interdum etiam totam hæreditatem cōtineri vt Vlpianus noster scribit *in l. virilis 145. de verb. sign.* Sed aliud est de virili parte tractare, aliud de parte simpliciter quæ ab initio sit certa. Virilis enim ab initio prorsus incerta est, nec nisi per concursū certa constituitur. Id quinter legatarios vocatos

ex virilibus partibus locus est iuri accrescendi, *l. si duobus 16. §. 1. de legat. 1.* cui tamen locus non est inter vocatos ex ... partibus, qui ab initio certas partes habent, *l. plane 34. §. 1 coniunctim eod. tit. l. re coniuncti 89. de legat. 3.* Vt scripsimus *Decad. 50.* Ratio igitur reddi nulla potest, cur institutio à milite facta per quotam trahi ad bona ipsius omnia debeat potiùs, quàm quæ facta est ex fundo. Quinimò si verum amamus maior ratio subesse videtur, vt institutio ex certo fundo facta extendatur ad vniuersa testatoris bona quàm quæ facta est per quotam, quia fundi mentio, vt suprà diximus, detrahitur, & pro non adiecta habetur: At non similiter vnciæ aut alterius quotæ expressio, Vt ex eo apparet, quod certis vnciis expressis accrescunt cæteræ assis vnciæ, de quibus nihil testator disposuit *d. leg. interdum §. 1 ex d. §. videamus.* Quæ tamen accrescere nullo modo possent si vnciarum mentio iuris interpretatione ac potestate detraheretur, Cùm dici soleat ius accrescendi simile esse alluuioni, quia deficiens portio non personæ accrescit sed portioni, *l. si Titio 33. §. 1. D. de vsufr.* Et ex hoc rursum intelligimus non esse bonam rationem quam afferre nostri solent cùm quæritur in testamento pagani, Cur institutio facta ex minore vnciarum numero quam quæ assem impleant trahatur ad totum assem. Aiunt enim id fieri quoniam alioqui contingeret vt paterfamilias pro parte testatus decederet, & pro parte intestatus: Quod si vere diceretur, vtique aliud iuris constituendum esset in testamento militis, quem nihil vetat decedere intestatum pro parte, Et tamen non ita est. Perinde enim diuiditur hæreditas tota in tres partes si miles filiam instituerit, ex sextante, vxorem verò ex vncia, atque si à pagano sic factum esset testamentum vt hæc lex habet. Sed &, si ratio bona esset sequeretur, sic testato pagano, vt plures quàm duodecim vncias inter hæredes scriptos distribuisset transeundo ad dupondium, Nihil causæ fore cur partes quæ supra duodecim vncias essent, decrescere hæredibus deberent pro rata, quomodo decrescere illas scriptum est *in d. l. interdum §. sed si excesserit, & in §. & si plures Inst. eod. tit.* Nec enim verendum esset ne quo ex parte intestatus decederet, qui de pluribus quam duodecim vnciis testatus esset, Et tamen nihil penitus interest an testator in distribuẽda per vncias hæreditate legitimum modum excesserit plures quàm duodecim vncias distribuendo, an pauciores distribuerit, Cùm vtroque casu as testatoris, id est quem sibi testator pro arbitrio finxit ex tot vnciis quot voluit, reuocetur ad assem iuris, qui duodecim vnciis completur, Eadem duntaxat proportione seruata in asse illo iuris, quæ obseruata fuit in asse testatoris, ne quid contra eius voluntatem fiat, Nec minus obseruatione dignum illud est, quod tamen pauci obseruant, quàm dispar ratio sit institutionis a pagano factæ ex fundo, & institutionis ab eodem factæ per quotam, adeoque si voles ex vnica. Etsi enim vtrique institutioni commune illud est vt trahatur ad totum assem, differentia tamen illa est, quod a pagano institutus ex vncia totam hæreditatem reliquam obtinet iure accrescendi: Non ille similiter qui ex certo fundo scriptus fuit. Nam cum ea fundi mentio per iuris interpretationem detrahatur, vt fauorabiliter adiuuetur & conseruetur institutio quæ alioqui non valeret, quemadmodum suprà diximus ex *d. l. 1. §. si ex fundo l. quoties 9. §. si duo, & l. seq. D. de hered. instit. l. cum quidam 19. D. de liber. & posthum.* non potest iure vllo accrescendi egere ad totam hæreditatem obtinendam hæres, qui detracta fundi mentione non in alia re quàm in toto asse scriptus reperitur verbis illis generalibus quæ sola ex institutione remanent, *Titius heres esto.* Neque sane posset ius accrescendi habere scriptus hæres ex fundo, si fundi mentio non detraheretur, quia cùm portio non nisi portioni accrescat, certum est fundum licet hæreditarium non esse portionem hæreditatis, sed bonorum quæ sunt in hæreditate, siquidem hæreditas nomen iuris est non corporis, *leg. hæreditas 50. D. de hered. pet.* Multóque minùs dici illud potest, quod tamen Interpretibus placet, Institutum ex certo fondo à testatore pagano hæreditatem totam ideò duntaxat habere, Ne alioqui fatendum esset decessisse illum testatum pro parte & pro parte intestatum, Nam cum benigna iuris interpretatione mentio fundi detrahatur, quomodo videri potest decessisse pro parte testatus is, qui hæredem ex toto asse instituit? Aut si replices ob hoc ipsum detrahi mentionem fundi ne successio illa intestati pro parte inducatur, Dic sodes quomodo possit videri decessisse pro parte intestatus is, qui testamento suo non nisi ex fundo hæredem scripsit? Imò verò fatendum est decessisse hunc omninò intestatum & in totum, quia nulla ex parte testatus dici potest, qui de nulla hæreditatis suæ parte disposuit, Iam autem diximus fundum ex quo aliquis hæres scriptus est non hæreditatis partem esse, sed bonorum. Ex quo illud etiam fit vt non nisi pro legatario habeatur si quis ei cohæres adiectus sit, siue ex parte aliqua hæreditatis, siue sine parte, *l. quoties 13. C. de hered. instit.* Proinde si non placuisset prudentibus ex eiusmodi institutione facta in fundo detrahendam esse fundi mentionem, non idcirco absurdum illud euenisset, vt paterfamilias pro parte testatus, & pro parte intestatus decessisse videretur, sed illud potiùs vt intestatus omninò decessisset qui testamẽtum fecisset, Corruente scilicet propter vitium suum institutione *d. l. cùm quidam.* Vitium namque institutionis est, & quidem maximum si quis ita hæres instituatur, vt tamen ex nulla hæreditatis parte scriptus inueniatur, & ob id necessaria est benigna iuris interpretatio vt vitium institutionis tollatur, & eo sublato salua maneat institutio, quemadmodum si ex tempore aut ad tempus hæreditas data esset, *leg. hereditas ex die 34. D. de hered. instit.* In eóque aliud elucet priuilegium militare quòd si miles aliquem ex fundo hæredem scripserit, nec de reliquo suo patrimonio quicquam cauerit, nullum institutionis vitium est, valétque institutio non detracta fundi mentione, Ita vt is qui in eo fundo scriptus fuit perinde sit hæres acsi ex re aliqua certa institutus esset, eique dentur actiones tanquam hæredi, & quidem testamentario, licet pro residuo patrimonio miles intestatus decessisse intelligatur, vt eleganter ex Marciano scribit Vlpianus *in leg. cogi 16. §. sed etsi miles ad SC. Trebell.* vbi benè Haloander monuit legendum esse *ex certa re*, pro eo quod vulgò legitur *excepta re.* Ponit enim Vlpianus eo loco differentiam inter militem & paganum: quòd cùm paganus hæreditatem vel bona quæ sibi ab aliquo obuenerunt, vel quæ in aliqua regione habet, restituere rogat, ex Trebelliano non transeunt actiones: At in militis testamento contra respondetur, Nam sicuti concessum est, inquit, militibus circa institutionem separare species bonorum, Ita etsi per fideicommissum ab institutis hæredibus id fecerit admittendum est Senatusconsultum Trebellianum, vt actiones transferantur à iuris successore in iuris successorem. Cùm igitur tanta sit inter paganum & militem differentia quod pertinet ad institutionem ex certo fundo factam, videamus an non etiam aliqua sit, cùm institutio facta est per quotam, vt Salycetus loquitur, Nullam enim agnoscunt Interpretes, moti *ex d. l. 3. C. de testam. milit.* quæ institutio-

nem

nem à milite sic factam, ait etiam a iure communi accipere authoritatem, nec aliter fieri diuisionem hæreditatis inter filiam militis institutá ex sextante & vxorem scriptam ex vncia, quàm si a pagano factum esset testamentum. Et certè fatendum est, nihil inter ista differe si effectum rei inspiciamus, quem solum spectant Interpretes de iuris ratione parum solliciti, & hoc vno in quæstione ista decepti. Sed tamen puto si rationibus iuris agatur multùm referre an talis institutio ex quota hæreditatis facta sit a milite an à pagano. Etsi enim cuilibet patrifamilias siue pagano, siue militi liberum est hæreditatem suam in quot velit vncias distribuere, id est siue in plures, siue in pauciores quàm duodecim, si tamen paganus sit, qui ex paucioribus vnciis hæredes instituit, potestas iuris necessaria est, vt as testatoris ad assem solemnem iuris reducatur, vt apertè scriptum est *in dict. l. interdum* §. 1. quia non potest as testatoris assem iuris immutare, non magis quàm testator ipse legibus derogare, ac facere ne in testamento suo leges locum habeant, *vulg. leg. nemo potest* 55. *de legat.* 1. At si à milite talis institutio facta sit, nulla iuris potestate opus est commorandum assem testatoris in assem iuris, quia nec habet derogandum legibus miles, qui earum vinculis cum testatur, nullo modo constringitur. Itaque solum eum assem intuemur quem testator miles pro arbitrio suo fecit, vt si de tribus tantùm vnciis disposuerit nulla reliquarum facta mentione, non alius as hæreditarius vllus esse intelligatur, quàm qui ex tribus tantummodò vnciis constet. Vnde fieri necesse est vt hæreditas in tres partes diuidatur, quarum duas ferat filia instituta ex sextante, tertiam vxor scripta ex vncia, vt lex ait. In quo obseruandum est non ita loqui Imperatorem, vt dicat filiam institutam ex sextante, videri scriptam ex besse, vxorem verò ex triente quæ instituta fuit ex vncia, quod tamen contingeret in testamento pagani, Sed duas partes hæreditatis ad filiam, tertiam ad vxorem pertinere, quoniam æquè commodè fit ea diuisio hæreditatis, constituto & conseruato asse quē testator miles fecit ex tribus vnciis, atque si filia scripta esset ex besse, vxor ex triente. Itaque nil necesse est vt tres vnciæ in quas testator totam hæreditatem suam distribuit, redigantur ad duodecim: Quod in pagano necesse est non tam ad conseruandā testatoris voluntatem, quam ad tuendam iuris authoritatem, quæ solemnem illam assis in duodecim vncias distributionem induxit; & cui non magis derogare voluntas pagani potest, quàm cæteris solemnitatibus à lege introductis: Adeò vt nec si aliis omnibus quam quæ à iure præscripta sunt testator vsus sit, quicquam proficiat, puta si vnum hæredem instituerit ex prima parte hæreditatis, secundum ex secunda, tertium ex tertia, & quartum ex quarta. Nam æquales partes hæreditatis ad institutos peruenient, quasi testator appellatione numeri scripturæ magis ordinem quam modum partibus imposuisse videatur, *l. si quis hæredes* 14 *ff. de hæred. inst.* Quòd si miles è contrario in plures quàm duodecim vncias hæreditatem suam distribuerit, similiter quidem eueniet, vt easdem hæreditatis partes habeant instituti quas haberent ex testamento pagani, sed tamen alia ratione, quia non habebunt per reuocationem & reductionem quæ fieri debeat ad solemnem numerum duodecim vnciarum ex quibus as iuris constat, sed perinde ac si as ille iuris ex tot vnciis constaret, quot à milite distributæ sunt. Quare nec erit necesse vt iis qui ex duodecim prioribus vnciis scripti fuerunt quicquam decrescat pro rata, non magis quàm vt paucioribus distributis quicquam accrescat pro rata: Quod vtrumque tamen in pagani testamento eueniret *d. l. interdum* §. 1. *& seq.* Hinc concludo, Non posse dici verè quod volunt Interpretes, in specie *d. l.* 5. *Cod. de testam. milit.* testamentum militare reduci ad ius commune & ex eo sumere interpretationem. Valet enim iure militari, & eo ipso modo quo miles voluit, id est vi distributionis factæ a milite totius hæreditatis in tres tantummodo vncias, haud secus ac si nullus alius esset as hæreditarius, quàm qui ex tribus vnciis constaret. Neque contrarium est quod rescribit Imperator hanc institutionem etiam à iure communi accipere authoritatem, Sensus enim est, Tantò magis ratam esse debere militis voluntatem, quòd etiamsi à pagano facta esset talis institutio, eandem quoque diuisionem hæreditatis fieri oporteret. At non excludit ea res quo minùs alio iure censeatur institutio sic a milite facta, quam quæ iisdem verbis concepta esset a pagano. Nam institutio quam paganus ex tribus tantum vnciis fecisset reuocanda primùm esset iuris potestate ad assem iuris, Vt deinde quæ plures vnciæ in asse iuris essent, iis accrescerent, quas testator præscripsisset, quorum neutrum fit in institutione facta per militem, quia scilicet potestas iuris nulla est in testamento militis, cuius nuda voluntas pro iure seruatur, vt scriptum est *in l.* 1. *Cod. eod. tit.* Nec illud rursum admitti potest, quod Salycetus dixit institutionem factam à milite per quotam trahi ad omnia ipsius bona. Nam quod lex ait in proposito casu diuisam esse totam hæreditatem in tres partes non fit per protractionem & iuris interpretationem aliquam, sed ex propria vi & significatione verborum, quibus testator vsus est, si tractes de testamento militis: Secus si de testamento pagani.

ERROR VII.

De reciproca substitutione per militem facta, Ad legem in testamento 6. Codice eodem titul. De testament. mil. t.

QVod disputauimus proximo capite, Reducendum non esse testamentum militare ad ius cōmune, nec si fieri possit salua ratione recti sermonis, neque ex eo sumere interpretationem debere, probari meo iudicio non malè potest *ex l. testamento 6. C. eod. tit. de testam. milit.* vbi tractetur de substitutione reciproca per militem facta, qui filia sua impubere scripta ex parte dimidia, fratre verò ex altera dimidia, subinde inuicem eos substituerat per vulgatem formulam, verbúmque illud commune, *eósque inuicem substituo*, vt *in l. iam hoc iure 4. D. de vulg. & pupill. subst. l. quamuis 4. C. eod. tit. De impub. & aliis subst.* Cúmque pupilla patri hæres extitisset, posteà verò intra pubertatem decessisset, superstite matre, itémque patruo & eodem substituto, quærebatur ad quē hæreditas pupillæ pertineret, An ad matrem ab intestato, an ad patruum & substitutum tanquam ex substitutione pupillari. Pro substituto facere videbatur constitutio Diui Marci, quæ induxit vt substitutio impuberi facta in casum non aditæ hæreditatis trahatur ad alterum & secundum casum agnitæ hæreditatis impubere, postquàm bonis paternis se immiscuit, defuncto. Tracta enim est à Diuo Pio ea constitutio ad tertium quoque genus substitutionis, id est ad eum casum quo non tantùm impuberi substitutus vulgaris datus sit, sed etiam facta substitutio reciproca inter filium impuberem, datúmque ipsi cohæredem, vt Vlpianus scribit *in dict. leg. hoc iure.* Etsi autem subiungit eo loco, ita hoc accipiendum

piendum esse, vt si pater duos filios impuberes hæredes instituens, eosque inuicem substituat, in vtrumque casum reciproca substitutio facta esse videatur, sed si alter pubes alter impubes, hoc communi verbo *eosque inuicem substituo*, fuerint substituti, in vulgarem tantummodò casum facta videri debeat, ex alia Seueri & Antonini constitutione quòd inconueniens videatur vt in altero duplex sit substitutio, in altero sola vulgaris. In proposito tamen non videbatur ea Seueri constitutio nocere patruo, quominùs fratris filiæ impuberi etiam in pupillarem casum substitutus intelligeretur, cùm potuerit miles testator ex priuilegio militari substituere directò fratri etiam post aditam ab eo hæreditatem, perinde ac filiæ ipsi impuberi. Non quidem in casum pupillarem, sed in casum aditæ hæreditatis, qua appellatione significatur quid generalius quod etiam militarem casum comprehendat. Proinde non erat verendum in hac specie ne absurdum illud emergeret quod constitutioni Seueri causam dedit, vt in vnius persona duplex esset substitutio, in alterius verò, simplex: Æquè enim duplex esset in persona fratris, vna scilicet vulgaris, altera militaris, sicut in persona pupillæ vna vulgaris, & altera pupillaris. Sed tamen contra substitutum rescribit Imp. Alex pro matre, Non fauore vllo matris vt quidam ex interpretib. putant, (nec enim aliud in agnato quolibet aliove legitimo successore rescribendum fuisset.) Sed quia supradictæ constitutiones omnes ad paganorum duntaxat testamenta pertinent, non etiam ad militum voluntates, in quibus neque leges neque constitutiones. Principum aliæ locum habent, quàm quæ militibus permiserunt testari quomodo possint, & quomodo velint vt nuda militis voluntas prò iure seruetur sicuti scriptum est *in l. 1. in fin. eod. tit.* Itque apparet manifestè ex antithesi verborum quibus Imp. vsus est in priore & posteriore parte legis Sic n. initio legis scribit. *In test. quo Gaius qui miles non fuit*. In posteriore autē parte, *Sed cùm ex test. milit. contr. esse prop*. & hic quidem sicut primus, ita præcipuus Interpt. nostrorum omnium error est circa legis huius explicationē: Putant enim legis sensū hūc esse, vt substitutio breuiloqua facta personis imparibus contineat vulgarē tantùm, nō etiam substitutionem quā testator facere poterat ex priuilegio speciali, nisi de eius volūtate probetur. Quę Bartoli verba sunt legis huius summarium proponentis. Itaque nō dubitant quin aliud rescripturus fuerit Imperator, & rescribere debuerit, si reciproca illa substitutio a milite facta esset personis paribus, id est, duobus filiis impuberibus, quorum alter post agnitam patris hæreditatē impubes decessisset. Quid verò si non filios, sed duos extraneos hæredes scripsisset miles, eósque inuicem substituisset, An reciproca illa substitutio non modò vulgarem, sed etiam militarem casum contineret? Videretur hoc consequēs interpretationi Bartoli & cæterorum, quia substitutio eo casu facta esset non imparibus personis, sed paribus, & quibus æquè militariter in casū quoque aditæ hæreditatis ac vulgariter substituere miles potuisset. Denique si voluntas militis ea fuisse probetur vt in breuiloqua substitutione contineretur illa etiam substitutio quam testator facere poterat ex priuilegio speciali, non dubitat Bartolus, quin dicendum sit potiores substituti quàm matris partes fore in pupillæ hæreditate vindicanda, eamque esse sententiam legis in postremis illis verbis *sed tibi probandum est an ita frater tuus senserit*. Quæ tamen omnia quàm falsa & absurda sint, facile est vel ex ipsis legis verbis animaduertere. Nam tametsi breuiloqua illa substitutio duobus filiis impuberibus à patre milite facta esset, non ideò tamen aliam substitutionem quàm vulgarem contineret, quia cùm breuiloqua substitutio sui natura sit vulgaris, non potest fieri vt trahatur ad pupillarem nisi ex authoritate constitutionis D. Marci, quæ ob hanc causam necessaria in eam rem fuit. Atqui ea constitutio non nisi in testamento eius qui miles non fuit, locum habet, vt lex præfatur. Non ergo fieri potest vt in testamento militis facta substitutio siue in vulgarem casum expressim, siue per formulam breuiloquæ, trahatur ad pupillarem substitutionem: nec magis paribus personis facta sit quàm si imparibus facta esset. Idque ab Imperatoribus Diocletiano & Maximiano apertiùs rescriptum est *in l. precibus 8. C de impub. & aliis subst.* In cuius priore parte rescribitur, si miles filio impuberi scripto hæredi substituerit in primum duntaxat casum, & impubes ille patri hæres extiterit tùm in pupillari ætate decesserit, hæreditatem ipsius non ad substitutum sed ad matrem omnimodò pertinere. Non alia vtique ratione quàm quod testator miles fuisset, cuius proinde nuda potiùs quàm iusta voluntas spectanda est & ex verbis quibus vsus fuit, non ex iuris interpretatione Principumque constitutionibus æstimanda. Hanc enim rationem verba legis illius bis inculcant primū eo loco *[illegible]*. Deinde illo *siquidem [illegible] potestate* vt mirum sit non fuisse illam ab Interpretibus si Goueanum fere vnū excipias, obseruatam. Sed plura de eo nunc scribere nihil attinet, cùm tam multa iam scripserimus de sententia & lectione, *d. l. precibus lib. 15. Coniectur.* Illud monuisse sufficiat, non ea ratione moueri Imp. Alexandrum *in d. l. in testamento*, vt neget substitutionem factam filiæ impuberi in casum vulgarem trahendam esse ad pupillarem, quod facta esset per formam breuiloquæ inter personas impares, sed illa potiùs, quòd à milite facta proponeretur, ad cuius testamentum aptari Constitutiones Marci & Pij non poterant, quamuis duobus impuberibus ea substitutio breuiloqua facta fuisset. Multò magis dicendum est vt ad aliam hypothesim suprà propositam veniamus, si miles duos non filios impuberes, sed extraneos hæredes instituisset, eósque mox inuicem substituisset, non habendos eos pro substitutis militariter in casum aditæ quoque hæreditatis, sed tantùm pro substitutis vulgariter: quia quod vnum spectatur in testamento pagani qui hæredes suos inuicē substituit, An vterque hæredum substituere potuerit, *dict. l. quamuis quarta, in fin. Cod. de impub. & aliis subst.* & quidem *pari ratione*, vt hæc lex ait, non similiter spectandum est in testamento militis, quem non sufficit potuisse, nisi etiam voluerit, eamque voluntatem suam tam apertè declarauerit, vt ad eam ex coniecturis inducendam, neque iuris interpretatione aliqua opus sit, neque Constitutionibus vllis Imperatorum. Nam si eo quoque casu qui Constitutionibus Diui Marci & Diui Pij comprehensus est substitutio vulgaris à milite facta siue per vulgarem formulam, siue breuiloquam non trahitur ad pupillarem vt modò diximus, quantò minus trahi poterit ad militarem, de qua nec Diui Marci aut Diui Pij, nec alia Constitutio locuta vnquam fuit? Et tamen facta esset substitutio vtroque casu personis paribus, & quibus in duplicem casum pari iure substituere miles potuisset. In vulgarem iure communi, In militarem verò ex priuilegio & iure militari. Non igitur paritas personarum inspicienda est cùm agitur de testamento militis, sed vnum illud, quòd à milite factum sit testamentum, in testamento autem eius qui miles fuit nullus sit constitutionibus locus, ne tùm quidem cùm omnia illa concurrunt,

currant, quæ in testamento pagani possent sufficere ad inducendam constitutionum potestatem. Multò minùs autem si talis species incidat quæ non solùm nulla constitutione, sed nec paganorum exemplo adiuuetur. Sed illud fortasse mirabilius videatur, quod addimus, Etiam probata militis voluntate illa, vt substitutio breuiloqua inter filiam impuberem & fratrem hæredes institutos facta contineret militarem, non ideò tamen statim consequens fore vt in huius legis specie matrem vincere substitutus deberet. Nec enim de solis bonis patris inter matrem pupillæ & substitutum contendebatur, sed de pupillæ successione & hæreditate, quam mater vindicabat sibi ab intestato, substitutus autem ex testamento, vt probant verba illa, *Et mater quidem intestatæ filiæ sibi successionem defendebat, tu autem ex substitutione ad te pertinere contendebas.* Ergo non tanquam substitutus militariter contendebat frater cum matre defunctæ impuberis, sed tanquam substitutus pupillariter. Siquidem militaris substitutio non impedit quominus is cui facta esse dicitur legitimum hæredem habeat, & ab intestato, quia nec ad bona illius pertinet, cui substitutus datus fuit, sed ad bona solius testatoris qui substituendo militariter primo hæredi, non hæredi sed sibi hæredem fecit, vt constat *ex d. l. precibus in fin. & ex l. centurio 15. D. eod. tit. de vulg. & pupill. substit.* vbi hæc nominatim differentia traditur à Papiniano inter substitutionem pupillarem, & militarem etiam impuberi factam quòd per pupillarem succeditur pupillo in bonis omnibus non solum quæ à patre sed & quæ aliunde habuit, per militarem verò non nisi in bonis quæ à testatore prouenerunt cum fructibus repertis in hæreditate. Nec mirum, cùm isti quos dicimus militares substitutos, non tam substituti dicendi sint si propriè loqui volumus quàm instituti ex tempore postquam placuit inter cætera militarium testamentorum priuilegia hoc vnum esse, quòd hæredem scribere & ex tempore & ad tempus miles potest *l. miles ita 41. D. de testament. milit.* Quod cùm sit, euenit sanè vt qui ex tempore institutus est, plerumque inueniatur secundo loco institutus, puta si scriptus sit hæres post mortem alterius qui prior institutus fuerit, quæ res fecit vt substitutus dici cœperit eo colore, quòd omnis substitutio sit secunda institutio vel secundi hæredis, vt Vlpia. & Caius in Institutionibus definiunt, quasi è conuerso quilibet secundo loco institutus possit æquè dici substitutus, quod non ita est. Nec enim ista conuertuntur: Cùm vera substitutio æstimetur ex delatione quę secundo gradu facta sit eiusdem hæreditatis quam testator alij priùs delatam voluit, & quæ nunquam eadem hæreditas esse desierit, hæreditas autem quæ à priore instituto semel adita fuit, desiit exinde esse hæreditas, cœpitque fieri patrimonium hæredis, *l. 1. D. de separat.* Sed neque perpetuò verum est eum qui à milite institutus sit ex tempore, secundo loco institutum esse. Quid enim si miles nullo alio hærede instituto ita scripserit: *Titius post decem annos à die mortis meæ hæres mihi esto.* Erit Titius institutus ex tempore, nec tamen secundo loco institutus, cùm inter in & toto medio tempore locum habeat causa intestati. Quemadmodum è contrario si ita scriptum esset, *Titius vsque ad annos decem hæres esto.* Nemine substituto intestati causa post decem annos locum haberet, *d. l. miles ita.* Igitur vt ad rem nostram redeamus, Etiamsi ponamus voluntatem illam expressam fuisse militis vt filiam suam impuberem & fratrem suum hæredes scriptos inuicem substitueret per breuiloquam non modò vulgariter, verùm etiam militariter, non eo minus tamen falsum erit, quod Interpretes ex eo inferunt, Totam hæreditatem impuberis eo casu ad fratrem peruenturam. Atqui de hoc tantùm lex quærit, An huic filiæ impuberi succedere debeat mater ab intestato an frater defuncti ex substitutione. Non ergo de substitutione militari rescribere debuit Imperator, sed de pupillari de qua sola quærebatur, & ex qua frater non testatoris bona, sed & hæreditatem pupillæ vindicabat. Quid igitur attinebat, inquies, rationem illam afferre pro substituto *iuris quidem ratio manifesta est, licere militibus proprio priuilegio etiam hæredibus extraneis postquam hæredes extiterunt, mortuis substituere,* si de pupillari tantùm non etiam de militari substitutione rescribendum erat? Respondeo fuisse illam rationem dubitandi quæ mouere poterat pro substituto, vt etiam in casum pupillarem & aditæ hæreditatis substitutus videretur, quod nō idcirco futurum esset, vt propter imparitatem personarum in vnius persona duplex substitutio, in alterius verò simplex inueniretur, cùm in fratris quoque persona esset futura duplex vulgaris scilicet & militaris. Sed fortior decidendi ratio, quæ ab Imperatore non expressa ex iuris ratione supplenda est, illa fuit quòd si ob priuilegium istud militis admitteremus substitutionem breuiloquam à milite factam trahi debere ad pupillarem, probata sola illa militis voluntate quod substitutionem vulgarem trahi voluerit ad militarem, necessariò inducenda erit potestas constitutionum D. Marci & D. Pij in testamento militis ad inducendam pupillarem de qua quid miles senserit nihil probetur. Atqui constitutiones illas certum est in testamento militis locum non habere. Parum igitur proderit quod probetur miles voluisse vt substitutio porrigeretur ad vtrumque in casum aditæ hæreditatis, nisi probetur etiam voluisse vt nominatim ad casum pupillarem vulgaris substitutio traheretur. Alioqui absurdum illud sequeretur quod etiam in pagani testamento potestate constitutionis impediret, quod in persona quidem fratris duplex tantùm substitutio esset. Vulgaris vna, militaris altera: sed in pupillæ persona triplex esset, Prima vulgaris in casum abstensionis, secunda pupillaris ab instanti acquisitæ paternæ hæreditatis ad supremum vsque diem completi anni decimi quarti. Tertia militaris ab anno decimoquarto completo vsque ad finem temporis quod testator substitutioni præscripserit. Etsi enim pupillaris & militaris in hoc conueniunt, quòd vtraque fieri solet in casum acquisitæ hæreditatis, quamuis non semper (puta si pupillaris facta sit exhæredato, aut militaris post mortem legitimi hæredis) Differunt tamen tota specie nec tantùm nomine, sed etiam in effectu rei quia per pupillarem, vt iam dixi, succeditur pupillo per se ac immediatè, per militarem verò soli testatori: Per pupillarem iure communi, per militarem verò iure speciali ac militari. Denique per pupillarem vsque ad pubertatem, per militarem ad quodcunque vsque tempus miles eam extenderit, *dicta lege centurio.* Porrò nemo negauerit tam absurdum & incongruens esse vt breuiloqua substitutio contineat duplicem substitutionem in persona vnius, & triplicem in persona alterius, quàm inconueniens visum est Seuero & Antonino, vt in vnius persona substitutio sit simplex, in alterius verò duplex. Et semper verum est substitutionem factam per verbum commune non alios casus posse comprehendere quàm qui sint communes vtrique substituto, *dicta lege quamuis in fin.* Ita vt nec sufficiat quod potuerit testator vtrique substituere, nisi etiam illud concurrat vt potuerit substituere vtrique pari ratione, quomodo scriptum est in hac lege, nemo autem dixerit pari ratione potuisse militem in specie nostra substituere & filiæ impuberi

puberi &, fratri, cùm filiæ qnidem potuerit substituere non solùm vulgariter & militariter, sed etiam pupillariter, fratri verò non nisi vulgariter, aut militariter. Atque in hoc errauit Baldus noo minùs quàm cæteri *ad hanc legem numero septimo.* vbi postquam diait verba illa *an ita frater tuus senserit*, duplicem habere sensum, primum illum, An senserit quòd tu debeas vocari ex substitutione pupillari, alterum hnnc, An senserit quòd hæc substitutio porrigatur directè ad vtrumque etiam post aditam hæreditatem. Concludit tandem sibi magis placere posteriorem interpretationem, deceptns vt fateretur ea supradictis verbis legis quibus dubitandi ratio pro substituto continetur: nec animaduertens consultum fuisse Imperatorem non de militari, sed de pupillari substitutione, vtrum ad eam breuilo qua porrigeretur. In quo nihil est quod de militari priuilegio tractetur, cùm priuilegium militis nullum sit vt post pupillares annor possit substituere popillariter, aut vt in militari substitutione facta extraneo possit contineri pupillaris, aut contrà, Vt in substitutione militari facta filiæ impuberi, pupillaris non contineatur. Ea his apparet quàm inepta sit eorum interpretatio, qui verba illa *sed tibi probandum est an frater tuus ita senserit.* sic accipiunt, vt tamen ea voluntas satis probata intelligatur hoc ipso quòd non probatur contrarium. Ita transferentes in matrem onus probandi quod ex eam apertis verbis legis incumbit substituto. Sed & illorum longè ineptior sententia est, qui legem sic intelligunt, vt quamnis reciproca substitutio facta personis impatibus à pagano non contineat nisi solas substitutiones vulgares quæ per aditionem hereditatis expirant. Tamen si à milite fiat impuberi & fratri cohæredibus institutis, non espirat per aditionem, sed continet pupillarem in persona pupilli, & militarem in persona fratris. Et ideò pupillo mortuo in pupillari ætate mater excludatur, nisi per aliqua extrinseca probetur voluisse testator contrarium. Qua interpretatione nihil certè dici potuit, aut à iuris ratione, aut à verbis legis alienius. In hoc tamen interpretes omnes consentiunt differre hac parte testamentum militis à testamento pagani, licèt in explicanda & inquirenda differentia valde laborent, quæ tamen & ex supradictis satia colligitur, & ea aliis quæ nos in eandem legem scripsimus *lib.* 15. *Conselt. c.* 11. vnde plura petere poterit si quis erit cui hæc minùs satisfaciant. Apparet denique iis quæ diximus testamentum militis non reduci ad ius commune, neque ea eo accipere interpretationem, Ne quidem in fauorabilibus qualis est substitutio pupillaris: sed nudam militis voluntatem nulla iuris potestate adiuuandam spectari oportere. Quàm præcipuè in rem, caput hoc superiori coniunximus.

ERROR VIII.

De testamentaria successione militis condemnati ex vetere & nouo iure.

CVm de militis condemnati successione testamentaria quæritur, constat inter omnes distinguendum esse an ea communi delicto condemnatus sit, an ea militari. Primo casu nullum esse testamentum quod siue antè, siue post capitalis supplicij condemnationem milea fecerit, tanquam ab eo conditum qui postea per interrogatam pœnam capitalem seruus pœnæ effectus sit. Certum enim est seruum non magis posse decedere cum testamento quod ante sententiam fecerit, quàm testari post santentiam & condemnationem. *l. si quis filio* 6. *§. sed & si quis D. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam.* Altero autem solere concedi militi condemnato vt de bonis castrensibus testetur, *dict. §. sed & si quis. versic. nisi fortè miles fuit.* Nec tantum solet id permitti, sed etiam debet, id enim est quod ait *l.* 1. *D. de veteran. & milit. success.* militi qui capite puniri meruit, testamentum facere concedendum. Quæ locutio satis ostendit postulare militem debere ab eo ipso iudice, à quo condemnatus est, hanc testandi licentiam: Alioqui non licebit militi testari ne quidem de castrensibus si non specialiter id ei concessum sit, & ita accipiendum est quod Vlpianus noster scribit *in leg. ex militari* 11. *in princip. D. de testament. milit.* Ea militari delicto capite damnatis testamentum facere licere, vt apparet *ex leg. cùm hic status* 32. *§. si miles D. de donat. int. vir. & vxor. leg. si quis in principio* 22 *§. miles. de legatis.* 3. qui locus etiam probat ipsa sententia quæ capitis condemnationem irrogat, permissionem hanc concedi debere, ne sera nimis & contra leges futura sit si aliquo quantumlibet breui interuallo sequatur condemnationem, quia non in alterius quàm supremi Principis potestate est, vt ei qui iam seruus pœnæ effectus fuit restituat amissam testandi facultatem. Illud verò notatu dignum est quod priuilegium hoc sicuti datur militibus, tanquam militibus, Ita nec ad alios milites pertinet, quàm qui ea militari delicto condẽnati sint, vt diximus, nec ad alia bona quàm quæ in castris quæsita fuerint, nec ad aliud testandi genus quàm ex priuilegio militari, Vt eleganter ratiocinatur Vlpianus noster *in d. l. ex militari.* Iunct. *d. l.* 1. *in fin. D. de veteran. & milit. success.* In quo mirum est quòd miles non ex communi sed ea militari delicto condemnatus facilius obtineat facultatem testandi ea priuilegio militari quàm ex iure communi: cùm è contrario dicendum potiùs videretur omni priuilegio carere illum debere qui aduersus militares leges deliquerit, vt proprium militare delictum propria quoque & militari pœna coercetur *l.* 2. *D. de re milit.* iunct. *l. auxilium* 38. *in fin. D. de minor.* Siquidem priuilegia militaria non nisi præmij loco bene merentibus tributa sunt *l. milites* 13 *§.* 3. *De re milit. l. testamenta* 26 *§.* 1. *D. de testam. milit.* vbi ex hoc infert Macer, Ius testandi de castrensi peculio quod filiis familias militantibus concessum est ad eos qui ignominiæ causa missi sint, non pertinere. Sed rationem illud hanc habet, quòd quisquis capite damnetur ea quocunque tandem crimine siue communi, siue militari, statim amittit factionem testamenti idque communi iure, quia statim fit seruus pœnæ. Nec minùs iure militari intestabilis est quisquis seruus pœnæ effectus est quia nec seruus miles esse potest *l. ab omni militia* 11. *D. de re milit.* non magis quàm testamenti factionem vllam si nō indulgeatur retinere. Amissa porrò testandi facultate ea iure tam communi quàm militari, facilius est vt per militarem iurisdictionem restituatur aut potiùs reseruetur condemnato licentia testandi ea priuilegio, quàm ex iure communi, quia neque ius commune ex persona militis Immutari potest, neque iudex militaris se vllomodo interponere in ea re quæ ad ius commune pertineat. Nec enim priuilegia militum sunt ex iure communi, sed contra ius commune, ideóque nimirum priuilegia id est priuatæ leges dicuntur, ad differentiam communium quæ omnes tenent. Est ergo conuenientius, tùm quoque cùm ex militari delicto miles condemnatus est, vt permittatur ei testari ex priuilegio militari, quàm vt ex iure communi: Sicut & minùs absurdum est dari eam licentiam militi capitis damnato, quàm cōseruari illi qui ignominiæ causa missus sit *d. l. testamenta §.* 1. Siue quòd odiosior

sit is;qui ignominiæ causa missus, quàm qui ob crimen aliquod militare condemnatus est, (sunt enim delicta pleraque militaria quæ licèt nunquam iustã tamen honestam causam aliquã habent potiùs quàm ignominiosam, vt si quis rem à duce prohibitam fecerit eiusque mandata non seruauerit, & tamen benè rem gesserit *l. 3. §. in bello D. de re milit.* quamuis ignominiosa missio sit quoque vna ex pœnis militaribus *d. l. 3. §. 1. l. qui cum vno 4. §. ignominia missus eod.* siue potiùs quòd qui per ignominiam militia mittitur, quemadmodum ex milite fit paganus, ita eo ipso instanti quo priuilegia omnia militum amittit, redditur iuri communi, à quo nec vnquam excidit. Non enim ideò dantur priuilegia vt ius commune auferatur, sed potiùs vt iuri communi etiam speciali adiiciatur. Itaque satis ei esse debet, quod facultatem testandi ex iure communi saluam retineat. Quod nõ similiter euenit in persona militis condemnati, qui ex instanti condẽnationis vtramque amitteret, si non ex indulgentia Iudicis licentiam testandi ex militari iure retineret. Cæterùm quod placuit hanc licentiam testandi non esse concedendam militi condemnato nisi ratione bonorum castrensium, vt disertè scriptum est *in d. l. ex militari & in l. & militibus 13. C. eod.* tantò magis suadere debuit, vt non nisi ex iure ac priuilegio militum testari ei permittatur. Facilius enim est, vt priuilegium militare conseruetur ratione bonorum castrensium quàm cęterorum, quẽadmodum è conuerso difficilius est vt de bonis castrensibus liceat testari iure communi, quàm vt iure militari, quia & totum ius militare castrense est. Vnus tamen casus ab Vlpiano excipitur *in d. l. ex militari*, quo miles capite punitus testandi licentiam impetrare non potest, ne quidem de bonis castrensibus, si fuerit ideò condemnatus quòd sacramẽti fides rupta sit, puta si proditor fuit vel transfuga. Hi enim non solùm capite plerunque puniuntur, sed etiam exauctorantur, primùm vt torqueãtur, quia pro hoste non milite habentur, *l. proditores 7. D. de re milit.* Idemque & ad bestias & in furcam damnari solent, quamuis milites nihil eorum patiantur *d. l. 3. §. is qui ad hostem eod. tit.* Vt intelligamus milites qui ex militari delicto capite puniuntur, puniri tanquam milites, & ideò sicuti militum nomẽ adhuc retinent, ita non esse illos hac parte seruos pœnæ, quod satis innuit Vlp *in d. vers. sed & si quis*, vbi post verba illa, *Nam seruus pœnæ efficitur*, subiicit exceptionem *nisi forte miles fuit*, Nec proinde omnino indignos qui priuilegium aliquod militare retineant, quale illud est, vt possit eis permitti testari, dummodò non nisi de bonis castrensibus, nec nisi iure militari, quamuis contra militares leges deliquerint & tanquam milites. Id enim proprium militare delictum est, quod quis vti miles admisit *d. l. 2 eod. tit.* Nec exauctorari solent milites qui militantes deliquerunt, sed ex quibusdam tantùm causis, vt *in d. l. 3. §. pen. d. l. 4. §. non omnis, d. l. proditores 7. l. vlt. eod. tit.* At iure communi testari nunquam eis permittitur, quia vt dixi castrensis iurisdictio quæ dat hanc licentiam, tota seiuncta est à iure communi, & implicat contradictionem vt ius commune violetur à iure communi, at non etiam vt violetur per priuilegium militare, quod cùm possit sufficere superuacuum est petere, vt idem iure communi concedatur. At bella hic insurgit quæstio, quid hodie iuris obtineat siue miles, siue paganus quispiam post irrogatam capitis condemnationem testari velit. Nam superiora quidem ex iuris veteris ratione verissime disputantur, quæ faciebat, vt pœnæ seruus fieret quisquis ad pœnam capitis & vltimi supplicij damnatus esset *d. l. si quis filio 6. §. sed & si quis. D. de iniust. rupt.* Sed cùm hodie iure nouo quod Iustinianus in Nouellis induxit nemo benè natus pœnæ seruus fiat. *Nouell. 22. De nupt. cap. 8. §. quod autem*, vnde sumpta est *Auth. sed hodie C. de donat. int. vir. & vxor.* consequens videtur, vt etiam qui capite damnatus est possit hodie testari, nec tantùm miles impetrata vt olim licentia testandi ex priuilegio militari, sed etiam paganus quilibet, iure communi. Atque ita in pagano de consuetudine vbique ferè gẽtium recepta obseruari testatur Iul. Clar. *lib. 3. sentent. in §. testamentum quæst. 21.* sic tamen vt miretur nec abs re, consuetudinem hanc, quasi iuri communi contrariam, & tamen subiicit, non esse ab ea in practica recedendum. Quo admisso vt saltem ex consuetudine, quanquam inuitis legibus, vt dicemus, in sequentibus, paganus hodie etiam post capitis condemnationem testari possit iure communi, (scilicet si non tale crimen sit quod vel ex iure communi vel ex regionis legibus aut moribus pœnam irroget confiscationis vniuersorum bonorum, quo casu frustra quæreretur de danda testandi licentia ei qui bona nulla relinqueret, nec relinquere posset, *l. lex Cornelia 28. ad fin. D. de vulg. & pupill. subst.*) Quæro An non igitur & miles capite cõdemnatus testari poterit etiam nulla impetrata licentia, & quidem non tantùm de bonis castrensibus, sed etiam de paganicis, adeoque iure communi? Nam & consuetudo vim legis obtinet, sic videtur, ne alioqui siue noua constitutio, siue consuetudo, quæ paganis quoque fauet, deteriorem fecerit conditionem militum quæ hac parte semper melior fuit quàm paganorum. Verùm ego contrà puto, nihil scilicet immutatum esse aut immutandum quantum ad milites, si modò ex militari non ex communi delicto sint condemnati, Nec enim id Iustinianus egit, vt in militaribus pœnis quicquam innouaret, inter quas vna hæc est, quòd miles capite condemnatus amittit factionem testamenti, nisi quatenus ei permissa fuit ab eo ipso Iudice qui condemnauit. Idque ex Principum constitutionibus, præsertim verò ex illo rescripto Hadriani, quod Vlpian refert *in d. l. si quis filio §. sed & si quis, versic. nisi fortè miles fuit.* Nam cùm Hadrianus rescripsit concedendum esse militi ad pœnam capitalem damnato vt testetur de castrensibus, hoc ipso prohibuit ne de cæteris testari posset *d. l. & militibus, C. de testam milit.* Cui prohibitioni nemo dixerit supradicta Iustiniani Nouella quæ tam absurdæ consuetudini causam dedit, quicquam derogatum fuisse, aut de militaribus pœnis imminutum. Planè quod olim obtinebat vt non nisi iure militari de castrensibus testari posset, hodie dicendum esset admissa illa consuetudine pro iure correctum esse, eique permittẽdum à iudice, vt testari possit etiam iure communi. Cessaret enim hodie ratio illa ab Vlpiano allata *in d. l. ex militari*: quòd ei non nisi quasi militi ius testandi tribuatur: Cùm si miles non esset tantò liberiorem de bonis suis etiam paganicis & iure communi testandi potestatem à iure ipso communi & consuetudinario haberet, nec speciali concessione vlla indigeret: Vt non tam priuilegium militis hodie sit quale olim fuit, quòd testari possit de bonis castrensibus & iure militari, quàm pars quædam pœnæ quòd non æquè de cæteris bonis paganicis iure communi permittatur ei testari, quòd pagano cuilibet ex quacunque causa condemnato permitteretur, dum ne confiscatio bonorum omnium esset irrogata. Sed si poneres cõdemnatum militem ex delicto communi, non dubitarem supposita consuetudine, quin huic permissum esset testari nec tantùm de bonis paganicis, sed etiam de castrensibus, sed tamen iure duntaxat communi, quoniam ad hunc casũ neque priuilegia, neque supplicia militaria extẽdũtur, cùm etiã iure vetere miles qui nõ

militare

militare sed commune delictum admisisset, non tam pro milite hac parte quàm pro pagano haberetur, vt constat *ex d.l.1.in fin.D. de veteran. & milit. success. d. l. ex militari*, & aliis suprà citatis Quidni enim partim pro milite, & partim pro pagano, itemque partim pro seruo pœnæ, partim pro libero haberi potuisset, qui duorum hominum vicem gerere credebatur facto testamento de castrensibus, *l.si certarum 17.§ 1.D.de testam.milit.* Ita fiet vt melior hodie sit conditio pagani de capitali crimine quàm militis ob crimen militare damnati, quia paganus ex consuetudine de bonis suis omnibus testari hodie potest, nulla impetrata licentia, & ex iure communi, Miles vero ex militari delicto condemnatus, nō nisi de castrensibus, idque & iure militari non communi, & licentia demum impetrata. Melior verò militis ex communi delicto condemnati, quàm ex militari, quia condemnatus ex delicto communi testari hodie potest etiam de paganicis nedū de castrensibus iure communi, condemnatus autem ex militari de solis castrensibus. Melior denique militis condemnati ex delicto militari quàm olim fuerit, quia cùm non posset olim testari miles, etiam de castrensibus nisi & iure militari, & impetrata licentia, hodie potest & iure communi & nulla licentia impetrata nisi cùm vult testari iure militari. Quæ omnia iure vetere longè aliter, vt diximus, obtinebant, & obtinerent etiam hodie nisi consuetudo illa quam retulimus iuri communi hac parte derogaret. De quo tamen sequenti Decade latiùs dicemus.

ERROR IX.

De militis condemnati & intestati leg. successione, ac primum in bonis castrensibus.

TRactatus difficilior est de legitima militis condemnati & intestati successione, propterea quòd ex variis iuris nostri locis qui ad hunc tractatum pertinent, nonnulli sunt qui pugnare inuicem videantur, & quorum conciliatio interpretibus omnibus perdifficilis non immeritò visa est. Extat enim constitutio Imperatorum Valeriani & Galieni *in l. & militibus 13. C. de testam. milit.* quæ de vtraque militis condemnati successione & testamentaria & legitima definit in hæc verba, *Et militibus nostris. Centurionibus quoque ob flagitium militare damnatis non aliarum quàm castrensium rerum testamentum facere permittitur, & intestatis iure proprio succeditur à fisco.* Quibus postremis verbis apertiùs nihil scribi potuit pro fisco, non alium scilicet quàm fiscum ab intestato succedere in bonis militis qui ob flagitium aliquod militare damnatus est. At Papinianus contrà *in l. 2. D. de veteran. & milit. success.* disertè ait Bona militis intestati defuncti castrensia fisco non vindicari, cùm hæres legitimus ad finem quinti gradus existit, aut proximus cognatus eiusdem gradus intra tempus possessionem acceperit. Nec aliter Iurec. Macer. *in l. eod. tit.* ex Pauli & Menandri sententia scribit Militi qui capite puniri meruit testamentum facere concedendum, eiusque bona intestati si punitus sit ad cognatos eius pertinere, si tamen ex militari delicto non ex communi punitus est. Nostri vulgò sic conciliant post Accursium *in d.l.& militibus*, vt bona paganica hac parte separanda sint à castrensibus, Et in castrensibus quidem agnati succedant & cognati vsque ad quintum gradum *ex d.l.1.& 2.de veteran. & milit.success.* In paganicis verò solus fiscus exclusis omnibus agnatis & cognatis. Atque ita accipi volunt *d.l.1.& 2.* vt loquantur de solis castrensibus, Itemque *dictam. l.& militibus*, vt de solis paganicis pro qua sententia facit quod cùm prior pars dictæ *l. & militibus* loquatur de causa testati, deque bonis solis castrensibus, tanquam de quibus solis permittendum sit militi condemnato vt testetur consentaneum videtur vt posterior pars, sicuti loquitur de milite intestato, ita de iis solis bonis accipi debeat de quibus testari non licet militi condemnato, Ergo de solis paganicis vt perfecta & absoluta sit antithesis. Facit etiam quòd Papin *in d.l.2.de vet. & milit.success.* cùm scripsit bona militis intestati defuncti fisco non vindicari, nominatim adiecit *castrensia*, non aliam vtique ob causam, vt videtur, quàm ad distinctionem & exclusionem paganicorum. Neque ab hac interpretatione abhorret vir doctissimus Iacob. Cuiacius, *ad l.si quis filio 6.§.eius qui deportatur, in fin.* vbi distinguit & benè militem condemnatum ab eo qui mortuus sit ante condemnationem. Nam si miles moriatur indemnatus, aut æquè latè patere legitimam eius vel honorariam successionem, atque pagani. Nec proinde circumscribi eam quinto gradu siue agnatorum siue cognatorum *ex dicto paragrapho eius qui deportatur in fine.* Sed sicut pagano ita militi hoc casu succedi vsque ad septimum, inquit, gradum. Et hoc quoque rectè si ad cognatos restringatur, sed non etiam si ad agnatos referatur, quos constat etiam vltra septimum gradum succedere & saltem vsque ad decimum, *l.octaui gradus 9.* iunct. *l. 1. §. hac autem bonorum possessio D.vnd.cognat.& §.vlt.Inst. de success.cognat.* Adeóque ni fallor etiam vltra decimum, & quamuis longissimo sit gradu vt Iustin. loquitur *in §. cæterùm 3. D. de legit. agnat. success.* Decimum enim gradum pro exemplo non restitutionis gratia posuit idem Iustin. *in d. §. vlt. Inst.de success.cognat.* Post agnatos verò aut cognatos, id est deficientibus iis siue quòd nulli sint, siue quòd qui supersunt nolint succedere nec prætorio iure nec ciuili, constat admitti legionem in qua miles fuit, non fiscum *d.§ eius qui deportatur in fin.& leg. 2.C.de hæred.decur.* Nam quod contrà scriptum videtur *in d. l. 2. D. de veteran. & milit. success.* bona militis intestati defuncti fisco vindicari si neque agnatus neque cognatus quisquam extiterit intra quintum gradum qui vel legitimam hæreditatem iure ciuili adierit, vel bonorum possessionem acceperit, intelligendum sanè est de intestato milite condemnato, vt idem Cuiacius benè interpretatur, sumpta coniectura, *ex l. 1. eod. tit.* quæ de milite capitis condamnato apertè loquitur, & ex inscriptione *d.l. 2.* quæ est ex Papiniani *lib. 16. responsorum*, in quo de reis duntaxat capitalium criminum disputauit. At militis condemnati successio, inquit Cuiacius, ab intestato angustior est quàm pagani in castrensibus quoque bonis: fiscum enim vocari deficiente quinto gradu, cùm tamen ad intestati pagani successionem, nec ante septimum gradum cognatorum vocaretur, nec quandiu ex agnatis quisquam superesset. In quo tamen miror nec possum probare quod vir doctissimus confert hac parte successionem militi cum successione pagani. Nam si sensit de pagano non condemnato, quomodo illum sensisse est, quid attinebat monere angustiorem esse successionem intestati militis condemnati quam pagani non condemnati; Quis tam stolidus fuisset vt de eo dubitare aliquomodo potuisset. Si vero sensit de pagano æquè ad capitis pœnam condemnato, aperte falsum est angustiorem esse militis intestati successionem quàm pagani, cùm paganus ad mortem damnatus, non magis ab intestato quam ex testamento hæredem habere possit, non tam ratione illa sola quod seruus

pœnæ effectus sit per sententiam *d.l. si quis filio §. sed etsi quis de iniust. rupt.* Quàm quòd multò magis ciuitatem amiserit, qui amisit etiam libertatem, *l. qui vltimo 29. iunct. l. sunt quidam 17. D. de pœn.* Nam & in eo qui deportatus tantùm est, licèt retineat libertatem, & solam amittat ciuitatem, idem tamen haud dubiè obtinet, vt neque testamentarium, neque legitimum hæredem habere possit, nec alium denique successorem quàm fiscum, non magis quàm si ad mortem damnatus esset, quia scilicet ius succedendi & habendi hæredis siue ex testamento, siue ab intestato est ex legibus ciuitatis, *l. lege obuenire 130. de verb. signific.* quarum porrò commercium nullum retinet quisquis amittit ciuitatem, tametsi retineat libertatem. Vnde fit vt prætextu constitutionis Iustin. quæ neminem benè nàtum ex supplicio fieri seruum patitur, de qua superiori capite scripsimus, non possit defendi damnatos vltimo supplicio posse testari, quia licèt non amittant hodie libertatem perinde tamen ac olim amittunt ciuitatem: item vt hac parte nihil intersit an morte quis afficiendus sit an deportatione & quod ad hoc vt fisco locus fiat, *l. 9. §. vt autem D. de bon. eor. qui mort. sibi consciuer.* Damnatione enim bona publicantur quoties aut vita aut ciuitas adimitur, aut seruilis conditio irrogatur, *l. 1. in princip. D. de bon. damnat.* vbi seruilem conditionem intellige quæ irrogata sit per modum pœnæ, non de illa quæ irrogatur per omnem sententiam capitalem hoc ipso, quòd seruus pœnæ efficitur quisquis ad mortem damnatur: Hæc enim & irrogatur per sententiam & finitur per executionem sententiæ. Illa verò de qua *in d. l. 4.* irrogatur salua vita, quamuis non etiam salua ciuitate. Itaque poterat sufficere Callistrato *in d. l. 1.* vt duos tantùm casus illos exprimeret ademptæ per sententiam, vel libertatis, vel ciuitatis, aut si maluisset, vel vitæ, vel ciuitatis. Tertium enim illud membrum quo addit, irrogatæ seruilis conditionis poterat vtique contineri, secundum priorem quidem locutionem in casu ademptæ libertatis secundum posteriorem verò in casu ademptæ ciuitatis. Quamuis in aliis plerisque casibus multùm intersit an sola ciuitas an etiam libertas adimatur, quia seruitus morti passim assimilatur, non etiam semper deportatio, *l. sed si alia 5. eod. tit. de bon. damnat. l. intercedit 57. de condic. & demonstr.* Adeò autem is qui deportatus hæredem nullum habere potest siue ex testamento, siue ab intestato, vt quamuis possit etiam post deportationem emere, vendere, aliaque huiusmodi facere quæ sunt ex iure gentium cuius ille capax manet, ita vt quæ ille post deportationem acquisiuerit, non sequantur fiscum, *l. si mandauero 22. §. is cuius bona D. mandat.* In iis tamen ipsis bonis, quæ post deportationem quæsita sunt, certum sit non alium quàm fiscum ei mortuo successorem fore nisi ante mortem & ciuitati, & bonis suis omnibus restituatur, *l. deportatus 15. D. de interd. & releg. l. 3. D. de sent. pass. & restit.* Idque est quod Paulus scribit *in l. cum ratio 7. D. de bon. damnat. in §. vlt.* quem Cuiacius ipse restituit *lib. 6 obseruat. cap. 32.* Deportatum quia ciuitatem amisit, hæredem habere non posse & acquisita fiscum accipere, scilicèt non eo tempore quo acquiruntur, sed contractari potest de habendo hærede, id est post mortem demum deportati. Cui conuenit quod Imp. Alex. rescribit *in l. 2. Cod. de bon. proscript.* Deportatos nec earum quidem rerum quas post pœnam irrogatam habuerint, hæredem habere posse, Nimirum post mortem suam. Neque enim de hærede dato ei, qui adhuc viuat tractari potest. Ergo & quod in ea lege sequitur, *sed & hæ publicabuntur*, non alium sensum habet quàm vt hæres post deportationem acquisitæ post mortem demùm publicentur. Quare non pugnat quod tanquam ex diametro contrarium obiici solet *ex d. §. is cuius bona l. 22. mandat.* vbi scribit Paulus ea quæ post deportationem acquiruntur non sequi fiscum. Sic enim accipi debet vt non sequantur viuo deportato qui interim & alienare illa potest, & pignori dare dum ne in fraudem fisci, quorum omnium nihil est quod facere possit in bonis iam publicatis *d. l. deportatus 15. de interd. & releg.* Sequantur tamen mortuo demum deportato, qui numquam fuerit restitutus si eo tempore nondum alienata inueniantur. Et ita conciliari debet Paulus cum Alexandro, non quomodo conciliat. Cuiacius *ad d. l. eius qui 8. §. 1. D. qui testam. facer. poss.* vbi generalem illam Pauli sententiam, quę extat *in d. §. is cui bona* pertinentem ad omnes omnino quorum bona publicata sunt, restringit ad eos quibus publicatio irrogata sit citra capitis diminutionem & salua ciuitate, id est ad relegatos, vt excludat deportationem, quod est prorsus improbabile. Sicut & illud quod alij nonulla afferunt tanquam exemplum ad supradictam Pauli sententiam ex *l. cotem 11. §. pen. D. de public. & vectig.* vbi scribitur ex eodem Paulo. Eam rem quæ ob non solutum vectigal commisso vindicata est, dominum emere non prohiberi vel per se, vel per alios, quibus hoc mandauerit. Aliud enim est loqui de re certa quæ fisco commissa & vindicata sit saluo statu personæ vt *in d. §. pen.* aliud verò de eo cuius bona publicata sint, quod nunquam contingit, nisi ex alicuius criminis causa quod vel adimat ciuitatem, vel saltem oneret famam & existimationem *l. pen. D. de var. & extraord. cognit.* Quanquam vtroque casu permittitur condemnato etiam deportato vt emat permutet, aliósque huiusmodi contractus ineat qui sunt ex iure gentium *d. l. deportatus 15. de interd. & releg.* An quia quandiu deportatus viuit, sperari possit fore vt quandoque in ciuitatem restituatur? Ita nonnulli putant, ex *dicta lege intercidit 57. de condict. & demonstrat.* Sed parum probabiliter. Alioqui etiam ea, quæ iam ipso deportationis tempore quæsita haberet, seruanda ei essent, cùm secuta plena restitutione subinde sint ei restituenda *l. 1. C. de sententiam passis & restitutis.* Ratio igitur est quia cùm per deportationem amittat tantùm ciuitatem retineat verò libertatem, remanet capax eorum omnium, quæ sunt iuris gentium, & consequenter acquirendi per eos modos qui iure gentium proditi sunt, Acquirendi, inquam, etiam cum effectu, id est ita vt acquisita bona possit alienare & pignori dare pro arbitrio dum ne quid in fraudem fisci ab eo factum fuisse postea probetur *dict. leg. deportatus.* Sanè acquirendi per eos modos qui sint iuris ciuilis capax non est, puta ex testamento, vnde sit mirabile illud quod scriptum est *in l. si deportati seruo 7. de legatis 3.* Si deportati seruo qui non sit publicatus, sed deportationis sententiam ex contractu iuris gentium acquisitus, aliquid relictum fuerit, totum id ad fiscum pertinere. De quo scribemus latiùs *in Error. pen. Decad. 74.* Ergo vt ad propositum nostrum reuertamur, cùm scripsit Cuiacius, angustiorem esse militis condemnati successionem in castrensibus, quàm sit pagani, vel malè locutus est si sensit de pagano æquè condemnato, vel dixit rem non valde nouam, nec satis apta vsus est comparatione, quam ex paribus terminis constare oportebat.

ERROR X.

De legitima successione militis condemnati in bonis paganicis: de emendatione l. & militibus 13. C. de testam. milit.

SEd de castrensibus quidem ita scripsit Cuiacius: At quid de paganicis: Non dubitat vir doctissimus, quin succedat fiscus in iis omnibus, & ita intelligendum sit quod scriptum est *in d. l. & militibus.* Ego probare nunquam potui. Etsi enim prior pars legis est de bonis tantùm castrensibus, non ideò tamen consequens est vt posterior sit de solis paganicis. Prior namque pars ad causam testari pertinet quæ facilè diuisionem illam admittit bonorum castrensium & paganicorum in persona militis, vt de vnis testari possit, non de aliis, adeò vt tum quoque cùm de omnibus tàm castrensibus, quàm paganicis testatur, duæ duorum hominum hæreditates esse intelligantur *l. si certarum 17. §. 1. D. eodem titul.* At posterior pars loquitur de successione intestati, & quidē separatim & per clausulas disiunctas duabus copulis, ita vt castrensium mentio facta in prima clausula, non possit repetita videri in secunda. In qua successione intestati certè difficilius est, vt diuisio vlla inducatur ad aliud ius constituendum in bonis paganicis, aliud verò in castrensibus. Intestati enim successio semper vniformis est & indiuidua nō æquè testamentaria. Nec alio casu potest contingere vt miles decedat testatus pro parte & pro parte intestatus, quam si testamentum aliquod fecerit, non etiam si nullum. Et verò si Imperatores in posteriore parte *d. legis & militibus*, sentirent de solis bonis paganicis, sequeretur nihil ab iis rescriptum esse quantum ad militis intestati bona castrensia, de quibus tamen in ea specie quæsitum potissimùm fuisse apparet satis ex priore legis parte. Sed & antithesis illa quæ ponitur tam euidenter circa eos casus duos, Militis testati & militis intestati, ostendit satis quemadmodum in personas militis testari non potest tractari nisi de bonis castrensibus, ita in secundo casu quo intestatus miles defunctus proponatur, licet de paganicis quoque tractari tùm possit, non tamen fuisse prætermittendum quid in castrensibus ab intestato seruari deberet. Cùm itaque posterior pars legis generaliter & indistinctè loquatur, vel de bonis omnibus accipienda est tam castrensibus, quàm paganicis, quod sanè probabilius est, vel si qua ratione restringenda esset, vtique ad castrensia restringi deberet, potiùs quam ad paganica: Et tamen fatentur omnes falsum esse quod secundum hanc interpretationem lex diceret, Etiam in castrensibus fiscum ab intestato succedere militi capite damnato. Repugnat enim *dict. leg. 2. de veter. & milit. success.* quæ vult agnatos & cognatos ei succedere ad quintum vsque gradum excluso fisco. Non igitur defendi potest quod habent verba legis, Intestatis militibus ex militari flagitio condemnatis proprio iure succedi à fisco. Adde quod etiamsi maximè verum esset, quod Cuiacius & alij volunt intestato militi fiscum succedere in bonis paganicis, non tamen dici posset succedere illum iure proprio. Fieret enim id iure communi ex quo fiscus admittitur ad successionem eorum qui legitimum hæredem habere nullum possunt *d. l. cùm ratio 7. §. vlt. De bon. damn. d. l. 2. C. de bonis proscrip.* Quis enim alius præter fiscum admitti posset siue communi iure, siue proprio, cùm alius hæres aut successor nullus est, nec esse potest? *l. vlt. D. de success. edict. leg. habere licere 57. in princ. D. de euict.* At negari non potest, quin verba illa *iure proprio*, suam vim habeant, & addita sint ad significandum esse aliquid speciale in hoc genere successionis, & quod abhorreat à iure communi: Alia igitur interpretatio quærenda necessariò est concludendum meo iudicio neque in paganicis, neque in castrensibus fiscum succedere intestato militi qui ea causa militaris flagitij capite damnatus fuit, sed in omnibus agnatum aut cognatum vsque ad quintum duntaxat gradum. Ex *d. l. 1. & 2. D. de veteran. & milit. success.* De quo dubitaret nemo si non essent addita *in d. l. & militibus* ea verba *à fisco* quæ nos idcirco tollenda esse contendimus, tanquam addita ab imperito interprete, non valente animaduertere quomodo posset militi intestato succedi proprio iure si ab agnatis & cognatis succederetur, cùm illa successio agnatorum & cognatorum sit ex iure communi. Quasi vero non sit etiam ex iure communi vt fiscus succedat alio nomine existente qui possit succedere, vt modò dicebamus. Debuit autem quisquis ille fuit animaduertere, Succedi hoc casu intestato militi proprio iure, tametsi ab agnatis quoque & cognatis succedatur, quia non cuiuscunque gradus agnati saltem ad decimum vsque succedunt hoc casu, nec cognati vsque ad septimum vt fit iure communi *dict. §. vlt. Inst. de success. cognat.* sed tantum vsque ad quintum, Quæ propria & à iure communi abhorrens successio est, iis ipsis Principum constitutionibus vt credibile est introducta, quæ militum priuilegia induxerunt, & illud potissimùm, vt etiam capite damnatus miles de castrensibus testandi licentiam obtinere deberet. Quod à Diuo Hadriano si non primum inductum, saltem confirmatum videtur rescripto illo cuius mentio fit *in d. l. si quis filio 6. §. sed & si quis. De iniust. rupt. & irrit. fact. testam.* Et ita rescriptum fuisse ab Imperatoribus *in d. l. & militibus*, non additis verbis illis *à fisco* quæ sola totam quæstionem hanc difficilem, & inexplicabilem fecerunt, ipse etiam verborum sonus ostendit, affectata suauitate desinentiæ & consonantiæ in verbis illis *permittitur, succeditur*, quæ obuia est sic legamus *Et militibus nostris, centurionibus quoque*, idest quamuis centuriones sint, *ob flagitium militare damnatis, non aliarum quàm castrensium rerum testamētum facere permittitur, & intestatis iure proprio succeditur.* Vnica enim totius legis periodus est, sed tamen duas habens partes, bene concionata & colligata per duas illas copulas *&*, quarum prima initio rescripta posita est. Nec me turbat quod Papinianus *in d. l. 2. De veteran. & milit. success.* cùm agnatos & cognatos militis intestati ad quintum vsque gradum anteponit fisco, de solis castrensibus loquitur. Nec enim dubito quin illo etiam loco dicto *castrensia* irrepititia sit & ab aliquo addita qui cum Accursio, Cuiacio, & cæteris existimauerit non aliter conciliari posse Papinianum cum Imperatoribus, nisi malis dicere ideò de castrensibus locutum Papinianum, non quod aliud iuris obtineret in paganicis, sed quia de castrensibus dubitari probabilius poterat quam de paganicis. An in iis fiscus præferri agnati & cognatis deberet, Eodem planè sensu quo si scriptum esset *etiam castrensia.* Ita namque intelligi Papinianum necessario debere apparet non solum *ex l. 1. tit. tit.* quæ de militis intestati bonis omnibus generaliter loquitur iis verbis *eiusque bona intestati si punitus sit ad cognatos eius pertinere*: Sed ex illo etiam quod in bonis paganicis longe minor ratio sit vt agnatis cognatisque defuncti fiscus præferri debeat. Cum huic quæstioni non aliud flagitium faciat locum quam quod sit militare, vt supradicti omnes loci probant,

Minor autem fiat agnatis cognatisque iniuria, si ob militis delictum militare prohibeantur succedere in iis bonis quæ haberent etiamsi defunctus miles non fuisset. Quod non similiter dici potest de castrensibus, quæ sicut ex castris quæsita sunt, ita ex militaris delicti casu amitti, & fisco vindicari minùs iniquum esset, quamuis melior sit conditio castrensium quàm paganicorum facto testamento, nimirum quia cùm miles testatus est ex priuilegio militari, cœpit versari fauor non tam hæredum militis quàm ipsius militis, quem porrò negari non potest fauorabiliorem esse ratione bonorum Castrensium quàm paganicorum. At cùm moritur miles intestatus, legitimorum hæredum fauor occurrit, qui maior, certè non minor est in bonis paganicis quàm in castrensibus. Etsi fatendum est eo quoque casu fauorem militis & quidem potissimum versari, quoniam aliorquin ex iure communi fieret miles seruus pœnæ vt alius quilibet vltimo supplicio damnatus, aut saltem amitteret ciuitatem, etiam iure nouo, & post. *Authent sed hodie, C. de donat. int. vir. & vxor.* nec minùs ab intestato quàm ex testamento & in paganicis bonis & in castrensibus hæredem habere prohiberetur. Cæterùm, vt absoluam, nulla lex est quæ hac parte bona paganica militis à castrensibus distinguat in causa intestati, sed tantùm in causa testati, In qua porrò nominatim distingui non debuetant, si ab intestato quoque alia castrensium bonorum ratio constitui deberet, alia paganicorum. Aut certè non debuerat ea distinctio prætermitti à Prudentibus; si tam dispar & seiuncta esset in his succedendi ratio vt fiscum statim admitterent & inuitarent, qui in castrensibus non potest succedere nisi post quintum gradum agnatorum & cognatorum. Neque hoc Bartolus noster ignorauit Generalem scilicet esse sententiam Imperatorum *in d. l. militibus.* Admittit enim sententiam rescripti eam esse vt in bonis omnibus militis intestati succedat fiscus, nulla distinctione adhibita bonorum an castrensia sint an paganica, sed nihil respondet *ad d. l. 1. & 2. De veteran. & milit. success.* ex quibus moueri potiùs debuit vt nobiscum sentiret, in omnibus militis intestati bonis succedere agnatos & cognatos vsque ad quintum gradum: Nunquam verò fiscum nisi post agnatos & cognatos illos ad quintum gradum exclusos. Baldus verò si non subtilior hac parte, prudentior certè fuit Bartolo, in hoc vno quòd paucioribus verbis sententiam suam sic expresserit, vt tamen difficile sit perspicere quid senserit, quantum ad bona paganica pertinet. Nam de castrensibus idipsum equidem sentit, quod cæteri, Militi capite damnato ex delicto militari posse reseruati factionem testamenti in bonis castrensibus. Sed de paganicis nihil aliud scribit, nisi quòd in illis ei ab intestato succeditur, Nec aperit an ei succedatur à fisco, an ab agnatis & cognatis defuncti, Et rursum si ab agnatis & cognatis an ad quintum dumtaxat vsque gradum, an in vlteriorem: In hoc verò præcipuè mancus est, quòd de castrensibus nihil dicit, Non solum circa ius succedentium, id est, quis militi in iis bonis succedat an fiscus an agnatio vel cognatio, sed neque an iis succedatur: Quasi intestato militi non succedatur nisi in paganicis, non etiam in castrensibus, Aut quasi ratione bonorum castrensium non possit miles intestatus decedere, perinde ac ratione paganicorum: Cùm tamen veriùs dici possit intestatus miles in bonis castrensibus, quàm in paganici, vel ob id quòd de bonis castrensibus testari aliquo casu potest, De paganicis nullo casu potest, Vt proinde si Baldo ipsi credimus *ad l. 1. C. qui testam. facer. poss. num. 3.* intestabilis dici debeat quod ad bona paganica pertinet, potiùs quàm intestatus: Et si subtilius illud est quàm vt probari possit si Vlpianum consulamus qui *in l. 1. D. de suis & legit.* scribit intestatum posse dici etiam eum qui sine testamento idcircò decesserit, quòd testamentum facere non potuerit. Sed vt deficit in eo Baldus, quod non obseruat, aut quasi non obseruet, dissimulat verba Illa *iure proprio* quæ haud dubiè specialem, & priuilegiariam, id est, militarem succedendi rationem demonstrant, Ad exclusionem iuris communis & consequenter non minùs fisci, quàm agnatorum aut cognatorum sexti gradus, qui admitterentur iure communi, si ius commune in huiusmodi causa locum habere posset. Nam & iure communi, non proprio & speciali fiscus succederet similes intestatus nullum in bonis suis siue castrensibus siue paganicis, siue vtriusque legitimum haberet successorem.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Septuagesimatertia.

ERROR PRIMVS.

De sententia Auth. sed hodie. C. de donat. int. vir. & vxor.

FORTASSE non satisfacient omnibus ea, quæ in superioris Decadis postrema parte scripsimus, de differentia pagani & militis ex militari delicto capite damnati, nisi subiiciamus aliquid de sententia *Authent. sed hodie, C. de donat. int. vir. & vxor.* sumptæ ex corpore *Nouell. 22. de nupt. cap 8. §. quod autem.* Textus enim ille est quo vel vno, vel præcipuo mouentur qui improbant vulgarem illam nostrorum traditionem, quæ negat valere testamenta illorum qui ad vltimi supplicij pœnam condemnati sunt, vtpote quos constet ex ipso instanti pronunciationis sententiæ effici seruos pœnæ. Nam quemadmodum omnes admittunt, iuris veteris rationem illam fuisse, & quidem certissimam, quæ non patiebatur valere huiusmodi personarum testamenta, siue ante, siue post integatam condemnationem facta essent, vt disertè scriptum est *in l. si quis filio 6. §. irritum, vers. sed est quis. D. de iniust. rupt. l. quod ad statum 11. l. sunt quidam 16. l. qui vltim. 29. D. de pœn. l. in metallum 4. C. de bon. proscript. l. sed si alia 5. D. de bon. damnat.* Ita videtur fieri vix posse, vt idem iuris hodie obtineat, posteaquàm placuit Iustiniano

no Neminem bene natum, id est, qui non solum liber sed etiam ingenuus natus sit, ex supplicio fieri seruum debere. Sed tamen habent statim nostri quod respondeant post Bart. *ad l. eius* 8. §. 1. *D qui testam. facer. poss.* dicere tamen Accursio, Iustiniani Constitutionem illam de iis solis accipiendam esse, qui serui quidem pœnæ effecti sint per sententiam, sed vt superuiuant, non vt ex condemnatione moriantur quales ij sunt, qui vel in metallum, vel ad bestias, vel ad gladium damnantur. At non etiam illi qui ad furcam damnati sunt, aut quibus irrogata fuit viui crematio, vel capitis amputatio, quæ capitalium pœnarum omnium primæ ac præcipuæ sunt, *l. capitalium* 28. *in princ. D. de pœn.* Nos verò negamus ea interpretatione donari posse nouellam constitutionem, cuius verba certè generaliora sunt, quàm vt tantum restrictionem, vel commodè vel probabiliter patiantur. Respexit enim Iustinianus eo loco non tam ad fauorem matrimonij vt marito in metallum damnato atque ita seruo pœnæ effecto, matrimonium nihilominùs antea contractum inter coniuges retineret, tanquam inter liberas personas subsistens, quam ad fauorem libertatis, qui sanè postulat, vt nullo casu liber homo benè natus ex ingenuo fiat per supplicium seruus, ne tum quidem cum ei in executionem sententiæ statim moriendum est. Nam & morientis interest vt liber potius quam vt seruus moriatur: vel ob hoc saltem vt hæredem aliquem siue testamentarium siue legitimû habere possit. Et verò ita sensisse Iustinianum videtur constare satis non solum ex supradicta *Nouell. cap.* 8. cuius verba sicut generalia & indistincta, ita & clarissima sunt, sed etiam ex aliis constitutionibus; quibus in necessarium siue antecedens, siue consequens velis dicere noui huius iuris, sanxit ille ne bona damnatorum aut Magistratibus & officiis ipsis applicarentur, vt fieri tùm solebat, *l. Damus* 6. §. *vlt. D. de bon. damnat. l.* 1. 5. & alia quæ sunt sub *tit. C. de bared decur.* Aut fisco deferrentur vt olim & ex iuris veteris ratione, sed generi & legi, id est, agnatis reseruarentur, Sic enim ille *Nouell.* 17 *de mandat. Princip. cap.* 15. §. *aperret autem.* Et *nouell.* 134. *vt null. Iudic. lic. haber Ioc. seruat. cap. vltim.* vnde sumpta est *Aut. bona damnatorum. C. de bon. proscript.* Nam si qui capite condemnati sunt, fierent hodie, vt olim, serui pœnæ, consequens omnino esset, vt hæredem nullum ab intestato habere possent, quem nec habere possunt deportati quamuis non libertatem admittunt, sed solam ciuitatem, *l.* 1. *ead. tit. l. cum ratio* 7. §. *vltim. D. eod. tit. de bon. damnat.* Qua ratione disputauimus in præcedentibus, ita ius olim fuisse in militibus ex militari flagitio damnatis, vt non fierent serui pœnæ, Hoc potissimum argumento, quod non solum permittebatur eis testari de castrensibus, sed etiam hæredes ab intestato habebant agnatos aut cognatos suos ad quintum vsque gradum *l.* 1. & 2. *D. de veteran. & milit. success.* Cum igitur hodie damnati ad pœnam capitalem hæredes habere possint, non tantum descendentes, & ascendentes, verùm etiam transuersales vsque ad tertium gradum si credimus Irnerio *in Auth. bona damnatorum C. de bon. proscript.* fatendum necessariò est non esse illos pœnæ seruos: Nisi fortasse quis dicat cum Baldo *ad leg.* 3. *num.* 5. *versic. aduerte*, Et iure illo Nouellarum bona deberi certis personis non tanquam hæredibus, sed tanquam priuilegiatis per ius Authenticorum, vt ipse loquitur, atque ita certè omnino sentiendum est, cum ea bonorum applicatio vice confiscationis fiat viuo etiam condemnato, vt omnes fatentur saltem in proscripto & deportato, qui tamen viuus non potest habere hæredem *l.* 1. *D. pro hered. l.* 1. *D. de hered. vel act. vendit.* Neque negari sanè potest personas illas quas Iustiniani constitutio nominatim excepit succedere proprio quodam iure, magis quàm ex iure communi cùm non succedant nisi ad tertium vsque gradum, qui iure communi succedere deberent etiam nudæ cognationis iure saltem vsque ad septimum *d. l.* 1. *de vet. milit. success.* iunct. *l.* & *militibus* 13. *C. de test. milit.* Atqui inquies voluit Iustinianus personas illas succedere ex legibus, vt constat ex *d.* §. *oportet autem Nouell.* 17. *de mandat. Princip.* in illis verbis, *sed sinere eas generi & legi.* Quid enim aliud illud est, quàm iubere iudices vt damnatorum bona relinquant agnationi, & cognationi, iis denique quos lex ad hæreditatem vocaret iure communi si damnatio nulla interuenisset Sed & ratio quam ibidem subiicit Iustinianus, an non manifestius hoc demonstrat quæ postremis iis verbis expressa est, *alios pro illis punientes quos lex forte ad illarum vocauit successionem.* Sensus enim est, vt explicant omnes quotquot sunt interpretes, aperte iniquum esse publicari bona damnatorum & capitali supplicio affectorum, cùm ita fiat vt non tam puniri videantur ij qui delinquerunt, quos perinde necesse esset cum vita patrimonium amittere, quàm legitimi eorum successores ad quos bona peruenire ex legibus deberent, cùm tamen nihil ipsi deliquerint: quod etiam argumento sed apertius vsus est idem Iustin. initio *Nouell.* 15. *de incest. & nefar. nupt.* Voluit ergo Iustinianus, inquies, saluum esse legitimis successoribus ius legitimum, vt perinde possint esse hæredes atque si nulla in defuncto capitis diminutio interuenisset. Hoc verò est quod nos negamus, quia neque hoc velle Iustinianus potuit nisi eo priùs & in necessarium antecedens immutato quod olim obtinuerat toto iure Pandectarum & Codicis vt ad mortem damnati non modò fierent serui pœnæ, sed etiam amitterent ciuitatem *d. l. qui vltimo* 19. & *l sunt quidam* 17. *D de pœn.* quod tamen in hæc v que tempora incorrectum mansit. Illud tamen planè sitendum est contra quam velint interpretes, Iustinianum cùm constituit *dict. Nouell.* 22. *D. de nupt. c. p.* 8 vt hodie nemo bene natus ex supplicio seruus fiat, non de iis solis sensisse qui superuiuunt, vt puta qui in metallum damnantur, sed generaliter de iis omnibus qui pœnæ serui olim fiebant, in quo numero ij maximè erant, qui vltimo supplicio per sententiam addicti diutius viuere non poterant. Nam & iidem interpretes fatentur Auth. *illam* bona damnatorum ad eos solos pertinere, qui ex pœna statim moriendum habent non ad illos qui superuiuunt vt ex Dyno Bartolus disputat *in d. l. eius* 8. §. *si cui D. qui testam. facer. poss.* De quo tamen dicemus latius sequentibus.

ERROR II.

De rationibus, quas nostri afferunt vt capite damnatis denegent factionem testamenti.

HOc igitur posito pro constanti & indubitato vt nemo benè natus hodie fiat per supplicium seruus, adeóque vt legitimos successores perinde habere possit acsi sententiam passus non esset, nisi quod habet vsque ad tertium duntaxat gradum. Videamus an illud etiam consequens sit, vt testamentû facere possit, nec tantum de consuetudine, quod amittit Iul. Clar. *lib* 3. *Sentent.* §. *testamentum quæst.* 21. sed etiam ex mera veráque iuris ratione. Etsi enim

enim non ignoro ad impediendam testamenti factionem in persona illius, qui alioqui testari posset, non illud requiri vt effectus sit seruus pœnæ, aut alterius generis seruitutis, sed sufficere, vt amiserit ciuitatem quomodo euenit in persona deportati. Ac proinde non esse bonam consecutionem si quis ex eo quòd capite damnati non fiunt hodie serui pœnæ inferre velit, habere igitur illos ius faciendi testamenti, moueri tamen quis ex eo fortasse possit, quòd non alio iure videntur amittere isti ciuitatem, quam quia etiam libertatem amittunt, quæ salua ciuitate amitti nunquam potest *dict. l. qui vltimo*. Atqui constat non amittere illos hodie libertatem, Ergo nec ciuitatem, quam nec olim amittebant nisi in consequentiam tacitam & necessariam amissæ libertatis, Nec enim sicut qui libertatem, ita & qui vitam amittit, hoc ipso statim amittit ciuitatem, si modo retineat libertatem, vt in exemplo illo cernere est quod iam attulimus de milite ex flagitij militaris causa condemnato. Atque ita ius hodie esse, vt qui vltimo supplicio damnantur, non ideò ciuitatem magis quam libertatem amittere dici possint, videtur apparere satis ex eo quod plerique fatentur habere illos hæredem ab intestato, etiam aliquem ex agnatis, aut cognatis, vsque ad tertium gradum *d. Auth bona damnatorum, C. de bon. proscript.* iunct. *Nouell 1*7*. de mandat. Princip. cap. 11. §. oportet*. Quomodo enim habere possent hæredem in ciuitate, qui nec ciuitatem ipsam haberent? *d. l. 1. C. de bon. proscript. d. l. cum ratio. §. post. deportationem vlt. D. eod.* Et sanè admissa illa sententia vt damnati ad mortem, vel in metallum, vel ad deportationem, habeant hodie legitimos hæredes, difficile est dicere quam rationem habere possit, quod tradit Bart. *ad d. §* si cui iura vetera quæ vltimo supplicio damnatis factionem testamenti denegant tanquam seruis pœnæ, non esse hodie correcta quod pertinet ad factionem testamenti. Quia, inquit, per istas pœnas saltem ea perduntur quæ sunt iuris ciuilis *dict. l. sunt quidam 17. D de pœn.* Ergo & ius testandi quod haud dubiè est iuris ciuilis. Nam si ratio alia olim non fuit, ob quam amitterent isti facultatem testandi quàm quòd amitterent ciuitatem: Nec rursus alia vlla propter quam amitterent ciuitatem quia etiam libertatem amittebant, an non prorsus consequens est vt qui ex nouo iure libertatem retinent, etiam ciuitatem retineant, ac proinde ipsum quoque ius testandi, & habendi hæredis ex testamento: Tam facilè quàm ius habendi hæredis ab intestato. Nam nec Bartolus ipse id negare videtur ad *l. 1 D. de bon. damnat.* cum ait pœnam condemnati non debere afficere venientes ab intestato qui non deliquerunt. An verò ius habendi hæredis ex testamento magis est ex iure ciuili, quàm ius habendi hæredis legitimi & ab intestato. Nam & legitimum hæredem magis proprio ac speciali nomine vocamus eum qui succedit ab intestato, nec dubitari possit quin succedat ille ex legib. *l. lege obuenire 130 de verb. signific. l. 1. D. de hæred. petit.* Nec subtilius est quod Baldus pro ratione refert ad *d l. 3. num. 5. versi. C. si appellat. pendent. mors interuen.* Fuisse istos omnes iure vetere intestabiles Hoc verò non inuenit per iura noua correctum Nam imò verò si aliud nihil addas dicam esse hoc satis correctum hoc ipso quòd correcta sunt iura illa omnia vetera, quæ faciebant illos seruos pœnæ, cùm non alia de causa nec alio iure essent intestabiles, quia serui pœnæ essent Item hoc ipso quod datum iis ius est habendi hæredis ab intestato. Non enim potuit Iustiniani exprimere apertius saluam iis esse ciuitatem cum inter potiora ciuitatis iura, illud vnum potissimum sit, quòd hæredem siue ex testamento, siue ab intestato habere potest quisquis decedit ciuis Romanus, si nihil aliud sit quod eum faciat intestabilem puta si vel pupillus, vel furiosus, vel prodigus cui bonis interdictum sit, vel filiusfamilias proponatur. Non enim ista conuertuntur, Ciuem Romanum esse, & Testamenti factionem habere, aut ius habendi legitimi successoris, sed tamen iure Romano bona & necessaria consecutio est vt quisquis hæredem ab intestato habere potest, eum ciuem Romanum esse necesse sit Et illa rursum, vt quisquis ciuis Romanus est testari etiam possit si non aliqua de causa, & ratione speciali prohibeatur. Nam & latios interdum patet causa testati quam intestati vt videre est in filio familias milite, qui hæredem testamentarium in peculio castrensi habere quem vult potest, at legitimum hæredem habere non potest, *leg. 1. & 2. D. castrens. pecul.* Sicut è contrario latius interdum patet causa intestati quàm testati, vt in milite condemnato ad pœnam capitalem ex delicto militari, qui licèt non possit testari etiam impetrata licentia nisi de bonis castrensibus, ab intestato tamen hæredem habere potest etiam in paganicis, secundùm ea quæ vltimo superioris Decadis capite disputauimus de sententia & emendatione *d. l. & militibus 13. C. de testam. milit.* Item filiofamilias pagano, qui cùm de aduentitiis testari nullo modo possit, ne quidem patre permittente *l. pen. C. qui test. facer. poss.* in iis tamen legitimos hæredes habere potest descendentes primum si qui sint, deinde ascendentes *Nouell. 118. de hæred. ab intest. venient.* Verùm probant ista potiùs, Eodem igitur exemplo admittendum esse vt qui vltimo supplicio damnantur, habeant quidem hæredem legitimum ad eum vsque gradum quem Iustin. præscripsit, quoniam hoc ius nominatim eis concessum est, nec tamen habeant ius faciendi testamenti quia nihil de eo ab Imperatore cautum sit, nec potest responderi, non fuisse necesse concedi illis specialiter à Iustiniano, quod iure communi erant habituri tanquam liberi & ciues Romani, *l. Imperatores 29. D. de reb. author. iud. possid. alias l. 15. de priuileg. credit.* Nam nec verum illud est decedere istos ciues Romanos, cùm Iustin. hoc tantùm constituerit, vt non fiant serui, at non etiam vt maneant ciues. Sicut nec illud quoque constituit, vt possint habere legitimum hæredem ab intestato, sed tantùm vt eorum descendentes, si qui sint, vel ascendentes vsque ad tertium gradum bona eorum habeant, scilicet iure non hæreditario sed priuilegiario & speciali, vt superiore capite diximus, & probauimus ex eo quòd istis quoque viuis & eo tempore quo hæredem habere non possunt, bona ipsorum & liberis & parentibus applicantur. Nec simile est, si quis dicat quod etsi Iustinianus non expressisset *dict. Nouell. 22. De nupt. cap. 8.* nolle se vt marito in metallum damnato matrimonium dissoluatur, id tamen per se consequens futurum erat ei quod noua constitutio illa induxit vt maritus in metallum damnatus ex supplicio non fiat seruus. Quare nec addit Iustinianus matrimonium retineri, nisi per speciem illationis, In hæc verba: *maneat igitur matrimonium hoc nihil ex tali decreto læsum, vtpote inter personas liberas consistens.* Quod Irneus in *dict. Auth. sed hodie* bene sic expressit, *& ideò matrimonium non dissoluitur.* Quidni ergo, inquies, sufficiet quod Iustin. prohibuerit eos ex supplicio fieri seruos licèt de iure testandi nihil dixerit? Nam respondebo aliam esse rationē matrimonij, quod cùm sit iuris naturalis potest subsistere inter liberas personas, Alia vero factionis testamenti, quæ cùm sit tota iuris ciuilis non potest ei salua esse qui amiserit ciuitatem licet

retinuerit

retinuerit libertatem. Nihil porro vetat amitti ciuitatem salua libertate. Nec sane potest negari dignam item fuisse quam Iustinianus non prætermitteret, si id agebat vt vltimo supplicio damnatis, cum libertate ciuitatem vtraque habendi legitimi hæredis, testandi conseruaret, aut potiùs concederet. Nunquam enim habuerant. Quare fateamus quod res est, verissimum esse quod interpretibus omnibus placere video, Damnatum vltimo supplicio non magis hodie testari posse, quam olim potuisse: Sed negamus quod est iis plerique minus cautè admittunt damnatum vltimo supplicio posse legitimos hæredes habere, videamus an non aliis rationibus & melioribus quam quæ ab interpretibus afferuntur, probari hoc ipsum possit.

ERROR III.

Cur damnati vltimo supplicio non habent hæredem ex testamento adeóque nec ab intestato.

NEque verior, neque probabilior alia ratio meo iudicio afferri vlla potest, quam quòd nulla Iustiniani constitutione ita cautum sit vt hæredem ab intestato habeat, multò minùs autem vt de bonis suis testari vel inter siue possit qui vltimo supplicio damnatus est, Cùm tamen ex tot locis iuris veteris suprà relatis appareat ita semper ius fuisse vt hæredem nullum habere isti possent, quamuis hoc vno colore quòd serui pœnæ essent. Ac de legitimo quidem hærede iam satis multa diximus, & ostendimus nihil minus egisse Iustinianum quam vt vltimo supplicio damnatis legitimum hæredem daret, sed tantum vt eorum bona applicaret liberis & parentibus iure priuilegiario & proprio potius quam hæreditario *d. Nouell. 134. vt null. Iudic. cap. vlt.* Nec obstat quod *in Nouell. 17. De mand. Princip. cap. 12. §. oportet.* idem Iustin. iubet vt bona delinquentium relinquantur generi & legi. Iis enim verbis personas succedentium demonstrare voluit non ius legitimæ successionis inducere aut confirmare. Nec rursus Nouella de illa iis criminibus loquitur quibus ex lege sit irrogata vel irroganda pœna confiscationis, vt dicemus *in Error. 5. & 6. inf.* Sed eo quoque admisso quod nunquam admittendum est, vt hæredem ab intestato habere possit is qui moriens non habuit ciuitatem, non tamen statim consequens fiet, vt testandi quoque ius ei datum videatur. Prius enim sanè erat vt de causa testati aliquid constituerent in re tam noua, & de qua ne quidem locus vllus quæstioni ante Iustinianum relinquebatur: Deinde vt de causa intestati tractaretur, Quemadmodum tam à prudentibus quàm ab Imperatoribus factum cernimus, cùm de milite ex causa militaris flagitij condemnato egerunt, *l. 1. & 2. D. de veteran. & milit. success. l. & militibus 13. C. de testam. milit.* Sed si quis pergat quærere, quod difficilioris est inuestigationis, Cur non ita Iustinianus constituerit in fauorem non tam condemnati, quam testamentariæ successionis quæ passim fauorabilior est, quam legitimæ? Respondendum est, ni fallor, non potuisse Iustinianum ita constituere, quia non id agebat, vt damnatis vltimo supplicio bona redderet, quæ anteà per solam sententiam sic amittebantur, vt tamen fisco, vel officio & ordini deferrentur. Et consequenter cùm ex iure vetere illud etiamnum remaneat vt condemnato bona omnia per legem auferantur (parum enim est bona ei adimi, cui etiam vita ipsa adimatur:) Illud etiam necesse fuisse retineri ex iuris veteris ratione, vt de bonis quæ condemnationis tempore habuerunt, testari nullo modo possint. De quo enim testarentur ij qui bona nulla in ciuitate reliquerunt, *lege lex Cornelia 28 ante finem, D. de vulgari & pupillari substitutione.* Vbi Iureconsultus accommodatissimè ad rem nostram scribit non potuisse legem Corneliam de testamentis captiuorum facere, vt hæredem posset habere filiusfamilias qui nulla bona in ciuitate reliquisset, Tametsi nemo dubitet quin eius legis fictio & hæreditatem faciat, & hæredem *l. plusfamilias 18. D. ad leg. Falcid.* Nam neque de bonis alienis testari cuiquam permisit lex duodecim tabularum, *l. verbis legis 120 de verb. signific.* neque permittendum est, *l. conficiuntur 6. §. si post factum. D. de iur. codicillor.* De alienis autem bonis proculdubio testaretur quisquis vltimo supplicio damnatus est si testaretur de iis bonis quæ sententia condemnationis si non expresse tamen tacite ei abstulisse intelligitur. Bona enim damnatione amittuntur, cum aut vita adimitur aut ciuitas, aut cùm seruilis conditio irrogatur, *l. 1. D. de bo. dam. l. in metallum 4. C. eo.* Neque hac parte ius nouum fecit Iustinia. in fauorem damnatorum, Nisi quòd pati noluit vt ex supplicio serui efficerentur. Cæterùm quemadmodum perinde ac olim amittunt hodie ciuitatem, Ita non minùs hodie auferuntur iis bona omnia, quàm olim auferebantur, Hac sola differentia quod olim ideo auferebantur vt applicarentur vel ordini & Corpori in quo inscriptus erat is qui deliquerat, vel fisco. *lege prima, lege Diuus 6. §. vltimo. D de bon. damnat. lege prima, §. vltimo, & pass. C. de hæred. decur.* Hodie verò non fisco applicantur, sed descendentibus si qui sint, Aut si nulli sint, ascendentibus, Aut iis quoque deficientibus generi, & agnationi ad tertium vsque gradum: Quæ applicatio cùm non minùs inuito condemnato fiat hodie quam fiebat olim confiscatio, prorsus consequens est, vt quemadmodum non potuisset quis antea testando interuertere ac peruertere ius fisci, Nec si salua ciuitate publicationem bonorum omnium passus fuisset, vt contingebat aliquando in eo qui in tempus perpetuum relegatus esset, quia nihil habebat de quo testari posset, Ita nec hodie liceat damnato, quamuis manenti libero & ciui Romano de iis bonis testari quæ non modò per damnationem amiserit, sed quæ præterea ex illo ipso instanti per legem applicata sint proximioribus ab intestato venientibus, quibus non magis æquum est vt condemnato licere debeat iniuriam aliquam facere testando, quàm fisco in cuius locum eos, vt ita dixerim, succedere Iustinianus voluit. Tantóque minùs id ei permittendum est, quod testando pro arbitrio (aut enim liberam aut nullam testandi facultatem competere necesse est) contingeret facile vt non modo venientium ab intestato quibus lex applicat bona, sed etiam fisco iniuriam faceret, qui sicut hodie non nisi post legitimos hæredes ad istam bonorum successionem admittitur, Ita nec nisi post testamentarium hæredem admitti posset, cùm testamentarius hæres etiam legitimis hæredibus præferretur. Atque ita fieret durior conditio fisci, cuius tamen iura integra Iustinianus conseruauit, nisi quòd postponi eum voluit certo generi certisque gradibus personarum quæ ab intestato succedere alioqui possent, quas antea in totum solis exceptis liberis, excludebat *l. vlt. D. de bon. damnat.* Mansitque illud etiam ex iure vetere incorrectum, quòd sicut olim amissio illa ciuitatis, libertatis, & bonorum quæ in damnati persona contingebat, præoccupabat mortem

adeóque

adeoque per longum tempus si quando fortè acciderit vt damnatum seruari post damnationem oporteret, vt de eo in alios quæstio haberetur, *l. qui vltimo 19. D. de pœn.* Hodie quoque perinde præoccupat, quia licet damnatus remaneat liber, non tamen remanet ciuis Romanus. Ac proinde nihil causæ est cur non pro eo tempore & intestabili haberi debeat, ex die damnationis, tametsi pro mortuo non habeatur, quomodo haberi eum olim necesse erat quo tempore seruus pœnæ per sententiam efficiebatur *leg. si quis filio 6. §. sed & si quis De iniust. rupt. & irrit. fact. testam.* quia seruitus morti assimilabatur *l. intercidit 57. de condic. & demonst. l. seruitutem 209. De reg. iur.* Denique ne possit illi hæredem vllum habere testamentarium illud semper impedit, quòd licet quandiu viuunt, bona sua retineant, Attamen nec vllam eorum administrationem habent vt de iis possint vel inter viuos disponere, Nec proinde testandi facultatem quæ longè difficiliùs conceditur, quia effectum testamenti necesse esset conferri vt post mortem damnati, ita in id tempus quod bona iam essent aut liberis aut parentibus, aut trani... applicata. Atque ita semper ... inutilem testamentum de bonis alienis & inutiliter *l. Stichus 49. in fin. D. de manum. test.* Sic dicimus eum, qui non deportatus, sed tantum relegatus sit, sed eum pœna tamen publicationis vniuersorum bonorum, vt contingit in eo qui ob nefarias & incestas nuptias contractas damnatus est, de quo *in Nouell. 12. de incest. & incest. nupt.* si nostris interpretibus ad eum locum credimus, (verius enim puto quod Cuiac. dicit loqui Nouellam illam de deportato, iis ipsis rationibus quibus ... vt ita sentiat) quamuis & liber & ciuis remaneat, de bonis tamen suis testari non posse, quia cum bona ipsius omnia ærario assignentur, vt ait Nouella, non tam de suis quam de fisci penis testaretur. Quamquam inter hunc & eum de quo agimus differentia illa est quod relegatus etiam totorum bonorum publicationem passus, cùm nihilominus liber & ciuis remaneat, testari haud dubiè potest de post quæsitis, quoniam illa fiscum non sequuntur, *l. si mandauero 22. § is cuius bona D. mandat.* At deportatus non potest *leg. 2 C. de bon. proscript.* nec alius quilibet vltimo supplicio damnatus, Neque tamen ob id solum testamenti factionem omnibus vltimo supplicio damnatis interdictam manere existimandum est, quòd bona nulla habeant de quibus testari possint, quòdque non possit iis concedi ius testandi citra iniuriam venientium ab intestato quibus lex non tam defert hæreditatem, quam applicet bona: Sed od id etiam potissimùm, quòd qui propter delictum suum vltimo supplicio damnatur, indignus planè est cui tantopere faueatur, vt testandi quoque facultatem habeat, qua nihil maius, nihil honorificentius ciui Romano quamtumuis de republica benè merito tribuere lex potest, nec si ante mortem bona sua non amitteret, post mortem vero legitimos hæredes habere posset, ad rem faceret. Vtrumque enim fieret non fauore ipsius vllo, sed fauore venientium ab intestato vt fisco præferrentur, si qui superessent ex iis quos lex ad successionem h... vocat: Qui si non essent succederet fiscus vt olim. Nam nec odio fisci vllo ita constituit Iustinianus, vt damnato faueret aduersus fiscum, sed tantum vt prospiceret venientibus ab intestato proximioribus, ne per fiscum excluderentur, quemadmodum olim excludebantur. Itaque si poneres damnatum habentem in potestate filios impuberes, velle iis substituere pupillariter, non esset illi permittendum, Ne quidem in iis bonis quæ à damnato ipso ad filios essent peruentura, Non quòd liberi ea bona sint mox habituri ex Imperatoria constitutione potiùs quam ex iudicio patris (ratio enim illa esset aptior ad exclusionem fideicommissi, quam ad impediendum pupillarem substitutionem *l. si adrogator 22. D. de adopt.*) sed quia pupillaris substitutio sicut honorifica est filio, ita & honorifica est patri, cuius iudicium est, licet sit testamentum filij, *l. papinianus 8. §. sed nec impuberis, D. de inoff. testam.* Eo autem honore prorsus indignus est pater qui tam grauiter deliquit vt vitam quoque ipsi adimi oportuerit: Nec rursus iuris ratio patitur vt filio impuberi testamentum facere possit pater qui sibi ipsi non potest, *l. 2 § quisquis D. de vulg. & pupill. subst. §. liberis, Inst. de pupill. substit.* Omne igitur testandi ius damnato interdictum est: Neque immeritò cùm non minore odio dignus sit quàm olim fuerit, licet faueatur ei ne ex supplicio libertatem amittat, sufficit enim ad hoc vt neque ex testamento, neque ab intestato hæredem habere possit, quod etiam hodie ab instanti condemnationis amittat ciuitatem, atque ita capite minuatur, non minùs quod ad statum personæ attinet, quam quod ad bona, In quibus fauetur quidem ipsi in eo quòd bona eius non tam cito confiscantur. At non tam vt ipsi, quàm vt eius descendentibus, aut ascendentibus aduersus fiscum consulatur. Sed iam tempus est vt dicamus aliquid de sententia Iustiniani *in d. Nouell. 134 Vt null. iud. cap. vlt.* Vnde sumpta est *d. Auth. bona damnatorum. C. de bon. proscript.* Nam neque hac parte conuenit nihil omnino cum Interpretibus.

ERROR IV.

De sententia Auth. bona damnatorum, C. de bon proscript.

SIcut errarunt vulgo Interpretes in explicatione *Auth. sed ideo, C. de donat. inter vir. & uxor.* quod eam non in aliis condemnatis quam in superuiuentibus locum habere voluerint, vt diximus in superioribus, Ita & in eo plerique errant quod volunt *Authentic. bona damnatorum, Cod. de bon proscript.* ad eos solos pertinere, qui post sententiam non debeant superuiuere, id est, qui ad vltimum supplicium sic damnantur, vt statim eo afficiendi sint. Quæ fuit Dyni sententia a Bartolo relata nec improbata *in l. eius 8 §. si aui, D. qui testamen. facer. poss.* quam & Castrensis probat *ad l. 2. in fin. Cod. qui testam. facer. poss.* Iustiniani enim sententia generalis est *in Nouell. 134. Vt null. Iudic. cap. vltim.* cuius verba hæc sunt. *sancimus eos, qui iis, criminibus nectuntur, in quibus leges mortem aut proscriptionem definiunt, si conuincantur aut condemnentur, eorum substantiam non fieri lucrum Iudicibus aut eorum officiis, Sed neque secundum veteres leges fisco eas applicari, Sed siquidem habeant descendentes, & ascendentes vsque ad tertium gradum ... eos habere.* Vult ergo Iustinianus impediri confiscationem, & applicari bona descendentibus vel ascendentibus, omni casu quo vel mortis vel proscriptionis pœna irrogatur, Non adhibita distinctione illa, An superuiuendum habeat is qui vltimo supplicio damnatus est, an statim moriendum Nam & qui proscribitur superuiuit, nec eo minus tamen ad nouæ Constitutionis mentem & verba pertinet. Cumque pœna damnationis in metallum quàm à cæteris distinguere Dynus voluit, media sit inter pœnam mortis & proscriptionis seu deportationis, quia neque pro

meritò

mortuo habetur hodie damnatus in metallum tanquam effectus seruus pœnæ post aliam Iustiniani Constitutionem de qua *in d. Auth. sed hodie*, & tamen plus quam proscriptus sit, qui non in insulam, sed in metallum deportatus fuit, vt dubitandum non sit quin etiam hodie amittat ciuitatem. Nihil causæ est cur non hac parte eodem iure censeri debeat, quo si vel ad mortem, vel ad proscriptionem condemnatus esset. Et ratio qua mouentur qui Dyni sententiam defendunt, non est bona: Aiunt enim æquitatem nouæ Constitutionis quæ potiorem facit causam descendentium & ascendentium quam fisci in eo potissimùm elucere quòd non debeat crimen delinquentis pœna esse venientium ab intestato, qui nil deliquerunt: Eam verò rationem non habere locum illo casu quo damnatus superuiuat; quia tunc pœnam ipse suam patiatur, exutus bonis suis omnibus quandiu viuit. Etsi enim verum est propriam hoc casu esse delinquentis pœnam, quòd bonorum suorum omnium amissionem patitur, Esset tamen pœna illa etiam communis venientibus ab intestato, si bona confiscarentur, quoniam fisco semel admisso excluderentur illi ab iis bonis in perpetuum, nec minùs mortuo tandem, quàm viuo adhuc delinquente. Id verò iniquum esset, nec minùs, quam si delinquens non veniret in pœnæ societatem. Tota enim iniquitas quam corrigere Iustinianus voluit, in eo est si propter alterius crimen venientes ab intestato succedere prohibeantur. Neque ab hac sententia nostra quam probauit Accursius *ad d. §. si tus*, alienus esse videtur ipse Bart. *in d. l. 1. De bon. damnat.* vbi tradit correcta esse per Iustinianum vetera iura quoties amittit quis vel libertatem, vel ciuitatem, vel vitam. Sed extra hos casus non esse correcta, id est si quis relegatus sit in perpetuum, cum bonorum omnium publicatione, quòd hoc posteriore casu pœnam patiatur relegatus solus, qui bona sua omnia retinere posset si non speciali eorum amissione mulctaretur. Quamquam enim hoc casu perinde accidit vt eius pœnæ participes fiant venturi ab intestato, quibus nunquam deferri poterunt bona illa fisco iam quæsita semel & applicata, nulla tamen in eo subeit iniquitas, quoniam non nisi per consequentias id euenit, quarum ratio haberi non solet, *l. 1 l. quod dicitur 7. D. de consens. & auther. tutor.* Ne alioqui paulatim dici incipiat, nullam vnquam infligendam esse pœnam delinquenti, ne fiat iniuria legitimis hæredibus aliquando successuris, tantóque minorem hæreditatem habituris. Etsi alia quoque ratio est quæ relegatorum ascendentibus, & descendentibus nocet, ne nouæ constitutionis beneficio frui debeant contra fiscum, si quando confiscationis pœna relegato infligatur, vt *in Nouell. 12. De nefar. & incestu nuptiis.* Nempè quòd relegatus factionem testamenti retineat, quia & ciuitatem retinet, *d. l. eius qui 8. l. in insulam D. qui test fac. poss. l. relegati 4. l. relegatorum 7. § fine ad tempus D. de interdict. & releg.* ob idque possit condendo testamentum spem omnium ab intestato successurorum eludere, quod alij ad mortem aut ad proscriptionem damnati facere non possunt, qui testandi ius nec vnquam habuerunt, nec hodie habent, vt proxim. cap. disputauimus Secundus Interpretum error est, *ad d. Auth. bon. damn* quòd putant ferè omnes non esse locum nouæ constitutioni præterquàm illis casibus in quibus pœna confiscationis bonorum non est imposita nisi in consequentiam alterius pœnæ, Ex quo inferunt in illis criminibus, in quibus à lege antiqua expressè imposita est pœna confiscationis bonorum non esse correcta iura antiqua per dispositionem, *d. Auth. bon damn.* Ita Iul. Clar. qui multos in hanc rē DD. citat. *lib. 3. sent. § vlt. q. 78. post princ.* Nam sine textum Nouellæ consideremus, videntur supradicta verba esse generaliora quàm vt tantam restrictionem istam patiantur, siue Iustiniani mentem & propositum inspiciamus, præfatur ille eam se nouam constitutionem facere vt non solùm corporales pœnæ, sed etiam pecuniariæ mediocres fiant, id est leuiores & mitiores quàm essent anteà. Tam autem duræ erant, imò fortasse duriores ea quæ confiscationis pœnam nominatim infligebant, quam eæ ex quibus non nisi in alterius pœnæ consequentia confiscatio irrogabatur. Erat enim confiscatio illa veluti tacita, Altera verò expressa. Expressam porrò magis quàm tacitam significat Iustin. iis verbis, *sed neque secundum veteres leges fisco eas applicari.* Nam eæ demùm veteres leges damnatorum substantias fisco applicabant, quæ confiscationis pœnam nominatim irrogabant, non etiam illæ quibus non pœna confiscationis expressa erat, sed grauior alia quæ confiscationem accessoriam duntaxat, & comitem haberet. Sed & cùm Iustin. à generali ea constitutione solùm crimen læsæ maiestatis excipiat, facilè ex eo intelligimus de quibus criminibus regula constitutionis intelligenda sit. Constat enim ex crimine læsæ majestatis pœnam confiscationis bonorum irrogari non in alterius vllius pœnæ consequentiam, sed per se ac principaliter, *l. quisquis 5. l. vlt. C. ad l. Iul. maiest. l. vlt. C. de bon. proscript.* adeóque ipso iure non expectata hominis sententia, si eid. m Iul. Clar. credimus, *d. lib. 5. sent. §. læs. maiest. n 9. ver. & ideò* Ergo ex huius criminis speciatiter excepti comparatione apparet regulam esse intelligendam de omnibus criminibus ex quibus pœna confiscationis quoquomodo etiam principaliter & per se irrogetur, dummodò capitalia sint, & vel mortem vel proscriptionem mereantur. Ideò namque crimen læsæ maiestatis fuit excipiendum quoniam alioqui futurum erat vt constitutionis generalitate comprehenderetur. Quamquam solent nostri etiam hæresis crimen excipere teste Iul. Clar. *d. q. 78.* Nempe quia læsæ quoque maiestatis crimen illud est, diuinæ scilicet non humanæ. Extra quos casus læsæ maiestatis diuinæ vel humanæ, totus mundus seruat, inquit ibid. Clar. quòd bona non confiscantur in aliquo casu nisi ex dispositione statuti vel consuetudinis aliter caueatur. Itaque nimia illa restrictio quam Interpretes inuexerunt, & quam nos probare non possumus, vel ipso explosa est. At tertius, grauiórque Interpretum error alius ille est, quòd Interium fecuri applicant bona damnatorum non modò descendentibus & ascendentibus, sed etiam transuersalibus vsque ad tertium gradum. Sed digna res est de qua latiùs & separatim dicamus.

ERROR V.

De transuersalium iure in bonis damnatorum.

DVæ sunt Iustiniani Constitutiones quæ ius vetus correxerunt quod in ea vsque tempora obtinuerat circa bona condemnatorum. Prior extat *in Nou. 17. De mandat. Princip. cap. 12. oportet autem.* vbi præcipit Iustinian. vt qui deliquerunt competentibus quidem & statutis pœnis corporalibus puniantur Bona autem eorum relinquantur generi & legi, & secundum eam, ordini. Quod Interpretes omnes sic accipiunt, vt damnatorum bona peruenire debeant ad legitimos successores agnatos, cognatósque condemnati, secundùm eum ordinem quem lex succedentibus præscribit. Et sanè ratio quam ibidem Iustinianus subijcit generalis est, nec minùs ad agnatos cognatósque pertinens, quàm ad descendentes & ascendentes *Non enim, inquit, res sunt quæ delinquunt,*

Sed qui res possident. Itaque reciprocant, id est, conuertunt & turbant ordinem ij Iudices qui damnatorum bona siue Ordini & collegio ex quo delinquens fuit, siue fisco applicant, & eos qui digni sunt pœna dimittunt, *Alios, inquit, prosilire puniendos, quos lex fortè ad illorum vocauit successionem.* Altera & posterior Iustiniani Constitutio est *Nou. c. 134. Vt null. Iudic. lic. haber. loc. seruat. c. vlt.* Vbi Iustin. post moderatas plerasque pœnas corporales quæ antea infligebantur, subijcit in hæc verba, *Vt autem non solum corporales pœnæ, sed etiam pecuniariæ mediocres fiant, Sancimus eos qui iis criminibus* (sic enim lego non vt vulgò *in criminibus*) *accusantur in quibus leges mortem, aut proscriptionem definiunt, si conuincantur, aut condemnentur, eorum substantias non fieri lucrum iudicibus, aut eorum officiis. Sed neque secundùm veteres leges fisco eas applicare. Sed siquidem habeant descendentes & ascendentes vsque ad tertium gradum, eos habere: si verò mulieres habeant qui condemnati sunt, omnibus modis iubemus istas & dotem & antenuptialem donationem accipere. Si verò sine dote talibus personis coniunctæ fuerint, à legibus definitam partem de tota substantia condemnati eas accipere siue filios habeant, siue non. Si vero neminem prædictorum habeat qui deliquit, tunc fisco sociari eius substantiam.* Ipsum enim Nouellæ contextum transcribere libuit, vt appareret nihil in eo esse ex quo possit conijci, mentem Iustiniani eam fuisse vt condemnati agnatis cognatisque faueret. Nam præter id quod non nisi de descendentibus, & ascendentibus loquitur, cùm iis applicat bona condemnati, quæ applicabantur antea fisco, Excludit etiam apertissimè transuersales omnes non in eo solùm, quod post descendentes & ascendentes vocat nominatim vxorem Indotatam ad portionem legibus definitam. Sed in illo etiam quòd fiscum quoque vocat, licèt postremo loco sub ea tamen præcisa conditione *si neminem prædictorum habeat qui deliquit.* Quorum verborum non alius sensus esse potest, quàm si dictum esset, si neque descendentes vlli sint neque ascendentes, neque vxor indotata. Neque enim de transuersalibus quicquam toto illo textu prædictum erat, vt apparet. Non ergo voluit Iustinianus potiorem esse causam transuersalium quàm fisci, sed contra deficientibus descendentibus & ascendentibus fiscum succedere, vt olim, ac proinde exclusis transuersalibus omnibus. Et tamen Irnerius in conscribenda *Authentic. Bona damnatorum*, quam sumpsit *ex dict. cap. vlt. Nouell. c. 134.* non dubitauit transuersalium quoque causam potiorem facere quam fisci, additis ex suo capite verbis illis, *& ex latere* Imperatorem planè agens, & id constituens quasi ex verbis & mente Iustiniani, de quo nec dictum à Iustiniano quicquam fuit, nec cogitatum. Viderunt hoc Interpretes, quod nec si voluissent dissimulare potuerunt. Neque defuerunt ex iis iam olim qui eo nomine Irnerium reprehenderint: Inter quos Iacobus de Bellouisu, quem Baldus refert *ad leg. 2 num. 3. Cod. qui testament. facer. poss.* Et ex recentioribus Iulius Clarus *libro 5. sententiarum §. vltim. quæst. 78. num. 2.* licèt dubitanter scribit, Iure dici posse quòd Irnerius malè fecerit ponendo ea verba quia non sunt in corpore ex quo sumpta est Authentica. Sed tamen quicquid sit, vt ibidem Iulius Clarus subijcit, Communis opinio est quòd etiam collaterales admittantur & præferantur fisco. Secundum quam sententiam gloriatur supradicto loco Baldus se consuluisse Veronæ aduersus Iacobum de Bellouisu, idémque Cyno, & Iacobo Butrigario placuisse. Apparet autem ex Baldi Commentariis decursum fuisse tam facilè ab Interpretibus in sententiam adeò audacem, & improbabilem. Non ob id solùm, quòd Nouella Constitutio hac parte fauorabilis esse videatur vt sunt ceteræ quæ fisci commoda & vtilitates impugnant, *l. non puto 10. D. de iur. fisc.* & consequenter adiuuanda interpretatione in benigniorem partem quæ pœnam molliat potiùs quàm exasperet, *l. pen. D. de pœn.* Sed etiam quòd visum sit coniungendam vtriusque constitutionis potestatem, vt priori derogatum non fuerit per posteriorem, nisi in eo quod cùm prior iuberet bona relinqui generi & agnationi sine vlla graduum distinctione ac restrictione, Posterior restrinxit ius transuersalium vsque ad tertium gradum. Id enim est quod Baldus scribit *ad dict. leg. 2. Cod. qui testam. fac. poss.* Restitutionem à Iustiniano in posteriore constitutione factam esse non quòd ad genus sed tantùm quòd ad gradum. Ita factum est vt tandem creditum sit quod idem Baldus tradit *ad dict. Auth. bona damnatorum*, verba illa *vsque ad tertium gradum* posita *in dict. cap. vlt.* restringere non quod eo loco scriptum est de descendentibus & ascendentibus quos in infinitum admittendos esse nostri volunt, sed quod illi constitutum fingunt de transuersalibus solis, de quibus tamen nullum tota ea in Nouella verbum. Ex quo apparet quam ridicula sit hæc nostrorum opinio, & quam aliena non tantum verbis, sed etiam à mente Iustiniani. Cuius nec putandum est sententiam illam fuisse *in dict. §. sortes autem Nouell. 17. De mandat. Princip.* vt abrogatas voluerit leges omnes veteres quæ confiscationis pœnam irrogabant, & ad agnatos cognatósque proximos bona peruenire. Id enim si ita esset frustra idem Iustinianus postea de eadem re aliam constitutionem edidisset, neque verò prior illa constitutio, aut de legibus antiquis loquitur, aut de confiscatione per legem vllam irrogata, sed de Præsidibus & Iudicibus conqueritur, qui in delictis puniendis rationem iuris peruertentes dimittunt quidem personas eorum qui deliquerunt quas corporalibus & debitis pœnis afficere debent: res autem & bona ipsorum auferunt, nec id vt applicent illa fisco, sed vt sibi, suísque officiis lucrum ex eo capiant. Proinde manifestum est loqui Iustinianum eo loco de iis tantùm criminibus, ex quibus non pœna certa confiscationis infligitur sed arbitraria pro religione & arbitrio iudicantis: Ex qua causa cùm permissum esset Iudicibus & Magistratibus pœnas illas pecuniarias seruare non vt eas in suos vsus verterent, sed vt haberent vnde præstare possent ea quæ iure Præsidum solent erogari, & quæ ad vtilitatem officij possunt deseruire, vt scriptum est *in l. Diuus 6. in fin. D. de bon. damnat.* credibile est paulatim factum vt ea licentia plerique Iudicum & Magistratuum abuterentur, inque suos vsus prætextu officij conuerterent eas pecunias, tantóque humaniores se præberent in corporalibus pœnis irrogandis, quas grauiores esse oportuisset, vt maiore exemplo essent ad maleficia deterrenda. Idque & ante nos bene obseruauit Iacobus Cuiacius *ad Nouell. c. 2. De incest. & nefar. nupt.* Nec enim verendum erat ne quid de pœna remitterent Iudices iis in casibus quibus confiscatio in pœnam ex legibus esset irroganda: Siquidem vt eleganter Papinianus dicebat, facti quæstio in arbitrio Iudicantis est, sed pœnæ persecutio non est, quia non voluntati Iudicis mandatur, sed authoritati iuris reseruatur, *lege prima, paragrapho primo, vers. nam siquidem D. ad Senatusconsultum Turpillianum, lege ordine decima-quinta D. ad municip.* Ordinaria enim pœna semper certa est, nunquam arbitraria.

ERROR VI.

De lectione, & sententia Nouellæ 17. De mandat. principum capite 12. paragrapho oportet autem, & de differentiis descendentium, ascendentium, & transuersalium in Authent. bona damnatorum, Codice de bonor. proscript.

Miror autem non fuisse obseruatum à plerisque mendum quod subest *in dict. §. oportet*, secundum vulgatam versionem. Obseruatione namque dignum certe est, vt totius loci sententia melius intelligatur. Habet vulgata editio, *sed sinere eas generi & legi secundum illum ordinem*: quæ postrema verba sensum bonum nullum habent nisi suppleas & addas, *quem lex præscribit*. Sed rectiùs Holoander ex Græco exemplari, sic legit, *sed sinere eas generi & legi secundum illam ordinem*. Quæ lectio nulla indiget suppletione, sed hac tantùm interpretatione vt iubeantur iudices, potiùs corporales, quàm pecuniarias pœnas infligere, vt qui deliquerunt puniantur in corpore, non in bonis quæ innocentibus agnatis conseruari æquum est quos lex ad successionem vocat. Conseruari autem agnatis non omnibus simul, & promiscue, sed eo ordine qui sit secundum legem vt quo quis proximior agnatus est, eo prior succedat. In quo illud etiam notandum est non sic loqui Iustinianum vt iubeat bona delinquentium applicari generi & agnationi, sed vt iudex substantias condemnatorum sinat generi & legi, id est relinquat eas intactas, nihilque de iis pronunciet, sed legis arbitrio & ordini successionem reseruet, Vt intelligimus eo casu successuros agnatos, non ex sententia iudicis, neque ex constitutione illa Iustiniani, sed ex vetere iure legis duodecim Tabularum, qua parte vocat agnatos ad agnati successionem. Nihil enim aliud Iustinianus exigit, nisi vt Præsides sinant & relinquant substantias delinquentium dispositioni legis, non vt ipsi quicquam in fauorem agnatorum decernant & disponant. Sicut nec eo loco Iustinianus ipse aliquid statuit in vtilitatem generis, vt ea bona proximi agnati habeant, quæ alioqui non haberent, (Quomodo *in dict. Nouell.* 134. iubet descendentes & ascendentes vsque ad tertium gradum habere ea, quæ alioquin ex antiquis legibus fisco applicabantur, sed omnia relinquit dispositioni iuris communis: Nisi quod cùm loquatur de genere tantùm, & de lege déque ordine qui secundùm legem est, non de aliis sensisse videri potest quam de agnatis ad exclusionem cognatorum, quique generis appellatione continentur *leg. 1. in fin. D. de iur. immunit.* neque ex lege vocantur, sed ex mera prætoris indulgentia, *leg. 1. D. vnd. cognat.* Quod Interpretes nostri non animaduertetunt, qui vt Baldus refert *ad dictam legem 1. Cod. qui testament. facer. possess.* sic vulgò sumunt illum textum, Vt capitali crimine damnatorum bona non ad lucrum Præsidis referri, sed cognatis punitorum reddi oporteat: Quasi nulla sit hac parte inter agnatos & cognatos differentia, Ideò fortasse quòd omnium parem, & æqualem conditionem idem Iustinianus fecit, *Nouell. 18. de hered. ab intest. venient.* Sed obseruare debuerunt posteriorem esse constitutionem illam quæ agnationis & cognationis differentias omnes sustulit, neque ex ea fieri posse vt nouella prior qua parte locuta est de agnatis ad cognatos quoque protrahi debeat. Quo magis mirandum est Interium si moueri voluit *ex dict. § oportet*, vt transuersalium quoque mentionem adderet in *dict. Auth. bona damnatorum*, locutum esse generaliter de omnibus, qui ex latere veniunt, vt cognatos quoque comprehenderet, cùm tamen Iustinianus *in dict. §. oportet*, de agnatis solis loquatur, non etiam de cognatis qui eo tempore non nisi post agnatos omnes ad successionem vocabantur *§. vltim. Institut. de success. cognat.* At in *dict. cap. vlt. Nouell.* 134 non magis de agnatis quàm de cognatis, sed tantùm de descendentibus & ascendentibus, quorum meliorem causam esse debere nemo non videt, quàm collateralium. Descendentibus enim debentur ascendentium hæreditates iure naturæ & ex eo voto parentum, Ita vt cùm liberi succedunt parentibus dicantur ad penè propria bona venire, *l. 1. § largius D. de success. edict. l. in suis 11. D. de liber. & posthum. leg. cum ratio 7. D. de bon. damnat.* Ascendentibus autem deferuntur bona descendentium ratione miserationis, *l. nam etsi 15. D. de inoff. test. l. scripto 7. § 1 C vnd. liber l. iure succursum 6. D. de iur. dot.* At agnatos ad agnati successionem admittimus, non iure aliquo naturæ, nec ratione vlla miserationis, sed ex beneficio legis duodecim Tabularum quæ ita constituit fauore conseruandarum familiarum, cùm nihil haberet quod melius constitueret, vt alibi scripsimus. Proinde nulla ratio fuit cur Iustinianus veteres leges abrogaret, quæ bonorum publicationem ex certis & plerisque criminibus irrogabant, vt agnatis faueret. Multò minùs vt cognatis per quos familia conseruari non potest quique ex veteribus legibus nullo casu ad successionem vocabantur, sed ex Prætoris edicto post agnatos omnes. At liberis fauendum meliùs fuit & generaliter descendentibus omnibus sine vlla graduum distinctione, sicuti iam idem Iustinianus fecerat *in Nouell. 12. de incest. & nefar. nupt. c. 2.* in illis verbis, *si verò contigerit ex prioribus inculpabilibus filios esse ei aut nepotes fortè aut vlterius.* Illa enim dictio *vlterius* non modo tertium gradum qui pronepotum est continet, sed alium quemlibet vlteriorem. Ascendentibus autem fauendum quoque Iustinianus putauit sed parciùs, id est cum temperamento illo *vsque ad tertium gradum.* Nam & anteà excepti erant ascendentes quibusdam priorum Imperatorum constitutionibus vt confiscationes impedirent & fisco præferrentur, sed ad secundum vsque duntaxat gradum, vt constat *ex l. si quis 6. C. de incest. & inutil. nupt.* Quamquam ea lex non tantùm descendentibus & ascendentibus fauet, sed etiam de latere fratri & sorori, patruo & amitæ. Nimirum quia non irrogat pœnam confiscationis bonorum, vt neque deportationis, cùm ei qui incestas contraxit nuptias relinquat liberam inter suos testandi facultatem, iisque habendi hæredis ab intestato, Quorum omnium nihil habet is qui est deportatus. Sed cùm *in dict. Nouell.* 134 *cap. vlt.* de iis solis loquatur Iustinianus quorum bona & olim fisco applicabantur statim, & hodie applicanda sunt deficientibus liberis & parentibus, non eadem ratio fuit fauendi transuersalibus ad exclusionem fisci, siue quòd nulla vel iuris vel miserationis ratione, vt diximus, hæreditas condemnati ipsis debeatur, siue quòd ad publicam quoque vtilitatem pertineat, vt non tanta iuris veteris correctio hac parte inducatur, quanta induceretur ex generali confiscationum omnium abolitione quibus vix vnquam locus fieret, si ius ita esset vt in condemnatis bonis etiam agnati cognatique fisco præferrentur: vnde tam frequens vox illa pragmaticorum, in iis prouinciis quæ iure scripto reguntur nullum confiscationis vsum esse. Quæ res mirum est quantam ad delinquendum fenestram patefaciat multorum audaciæ, quos metus amissionis bonorum magis quàm periculum famæ vel etiam

vitæ à delinquendi proposito reuocaret. Qua ratione fortassis inualuit generalis consuetudo in contrarium apud Gallos, vt qui quis vltimo supplicio afficitur, etiam bonorum omnium confiscationem patiatur. Nec sane debuit Imperator adeò fauere agnatis cognatisque condemnati, vt non debuerit multo magis rationem habere rei & vtilitatis publicæ, ad quam maxime pertinet, vt grauissima delicta, qualia sunt ea omnia quæ publicationis pœnam olim merebantur, grauissimis quoque suppliciis, nec minus iactura bonorum quàm corporis consumptione vindicentur.

ERROR VII.

De condemnatis ad mortem ex statuto quo nihil cautum sit de confiscatione bonorum.

NOstrorum sententia receptissima est, Condemnatorum ad mortem ex forma statuti, bona non publicari, nisi hoc ipsum in statuto nominatim caueatur. Atque ita semper vidisse obseruat testatur Iulius Clarus *l. 5. Sent. §. [illegible] quæst. 78. num. 2.* quamuis [illegible] huius sententiæ [illegible] rationem. Sed Bald. qui eam primus induxisse videtur *ad l. 2. in fin. Cod. qui testam. facer. poss.* hanc affert. Quòd omnia sint tuta, inquit, sint leges priuatorum iudiciorum, [illegible] nimirum, Ita demum ex damnatione capitis irrogari pœnam publicationis bonorum quasi in consequentiam necessariam, Si damnatio facta sit ex publico iudicio non si ex priuato, & sic accipiendum esse quod scriptum est *in l. 1. D. de bon. damnat.* In quo primum vereor ne Baldus fallatur. Nam quod ad statum damnatorum pertinet, certum est nihil interesse an iudicium publicum fuerit, nec ne cùm sola sententia non genus criminis spectetur, inquit Iurisc. *in l. quod ad statum 12. D. de pœn. l. quæ [illegible] 10.* in iis verbis *quolibet crimine damnatum, C. de [illegible] præscript.* Nec quòd ea lex de solo statu non [illegible] de bonis damnatorum loquitur, pro Baldo quicquam facit. Nam ex eo statu [illegible] quid de bonis sententiandum sit, [illegible] est, Non posse fieri vt qui libertatem [illegible] ciuitate, vel etiam ciuitate [illegible], quin hoc ipso amittat bona quæ necessario publicanda sunt, & fisco deferenda: Nempe quia qui quis Romanus ciuis non est, is neque ex testamento, neque ab intestato hæredem habere potest, cùm ius habendi hæredis sit ex legibus siue de testamentario, siue de legitimo hærede loquamur. *l. eo obuenire 130. de verb. signif. l. 1. ff. de hæredit. petit. l. vlt. D. de suis & legit.* Nec magis prætorio quàm ciuili iure successorem habere potest qui ciuitatem Romanam non habet, Cùm perinde exigat Prætor in danda bonorum possessione secundùm tabulas, vt testator duobus temporibus, testamenti scilicet ac mortis, habuerit testamenti factionem, *l. 1. §. exigit & seq. D. de bonor. poss. sec. tab.* Ab intestato verò illud etiam exigat vt is cuius bonorum possessio petitur capax fuerit habendi hæredis legitimi, *l. 1. D. si tabul. testam. null. extab. vnd. liber. l. 1. D. vnd. legit.* Licet non eos solos vocet quos lex vocaret, sed plerumque alios, legibus aliòqui incognitos, putà cognatos, *l. 1. D. vnd. cogn.* itemque virum & vxorem, & deceo illas personas quas prætor extraneo manumissori præferebat, de quibus Iustin. *§. sunt autem Inst. de bon. possess.* Et in summa non tantum eos qui damnantur in metallum aut ad bestias, aut summo supplicio addicuntur, quos constat olim effectos fuisse seruos pœnæ, sed etiam deportatos pro mortuis habet prætor ex die deportationis, *leg. 1 §. filium D. de bonorum poss. contra tab. l. si necem 4. §. si deportatus D. de bonorum possess. contra tabul.* Pro mortuis, inquam, non hactenus vt eorum sicuti cæterorum defunctorum det bonorum possessionem, sed è contrario vt nullam penitus eorum rationem habeat, acsi nec in ciuitate, nec in rerum natura vnquam fuissent. Et verò quomodo dedisset olim Prætor bonorum possessionem eius qui nulla bona in ciuitate reliquisset. Atqui deportatus quilibet patiebatur haud dubiè iacturam & publicationem bonorum omnium iure Pandectarum, idque apud omnes in confesso est, nisi si quando ex priuilegio permittebatur ei vt amissa ciuitate bona nihilominus detineret, *leg. relegatus est 14. §. 1 & l. sequent. D. de interd. & relegat. l. tutelas 7. § vlt. in D. de capit. minut.* Nec sane aliter [illegible] poterat, cum etiam ciuis Romani boni bona si is absque ciuili & honorario successore moriatur necessario ad fiscum pertinent vt tanquam vacantia si modò sint soluendo, *l. vltim. D. de success. edict. leg. bona [illegible] 7. D. de [illegible]. leg. 1. [illegible] bona D. de iur. fisc.* Cum igitur ex die deportationis pro mortuo habeatur si non in omnibus saltem in iis quæ ad ius ciuile & ad iura ciuitatis pertinent *l. verum 63. §. vlt. D. [illegible] l. Gallus 29. §. quid si tantùm D. de liber. & posthum.* mortuus autem ille hæredem nullum habere possit neque ex testamento, neque ab intestato, Consequens omninò est vt ex eo ipso die deportationis bona eius omnia transeant in fiscum. Quemadmodum è contrario, Eum cuius vniuersa bona publicantur pro mortuo habemus, quia exinde iam alius in locum eius successit, id est fiscus, *l. actione 5. §. [illegible] D. pro socio.* Sed in deportato quidem paulò difficilius illud est, quia non semper nec in omnibus pro mortuo habetur, vel ob id maximè quòd in ciuitatem restitui quandoque potest, *l. intercidit 57. D. de condit. & demonstr.* At in iis omnibus qui vel metallum, vel ad bestias, vel ad vltimum supplicium damnantur, res est apertior, non solum ciuitatem eos amittere, sed etiam bona, cum vetere iure inspecto amittant etiam libertatem, tanquam per sententiam facti serui pœnæ, *l. [illegible] filio 6. §. sed & si quis D. de iniust. rupt. irrit. fact. testament. dicta lege quod ad statum 12. leg. sunt quidam 17 leg. qui vltimo 29. D. de pœn. leg. sed si alia 5. D. de bonor. damnat. leg. in metallum 6. Codice de bon. proscript.* Quamquam enim illud ex iure vetere correctum est quod amittebant olim libertatem, postea quàm placuit Iustiniano vt hodie nemo benè natus ex supplicio fiat seruus. *Authentic. sed hodie, Codice de donat. inter virum & vxorem.* quod Interpretes omnes admittunt in iis saltem qui damnationi suæ superuiuendum habent, Illud tamen incorrectum remanet, quod etiam hodie amittunt ciuitatem, & omnia quæ sunt iuris ciuilis, sicut & olim, quia nec olim ciuitatem amittebant in consequentiam amissionis libertatis, sed quia fieri non poterat, vt ciuitatem non adimeret pœna illa quæ adimebat ipsam quoque libertatem, sicuti præcedente Decade disputauimus. Itaque cùm illi qui vltimo supplicio damnantur, & hoc ipso ciuitatem amittant, & statim moriendum habeant, Illud etiam necesse sit euenire, vt statim, & ipso iure bona ipsorum publicentur, nisi cum lex in contrarium disponit, vt *in lege vnica, Codice de mulier. quæ se propr. seru. iunxer. & in lege vnica paragrapho & quidem Codice de rapt. virgin.* Exinde enim certum esse incipit nullum eos vnquam hæredem aut successorem in bonis suis habituros, siue ea testamento,

siue

siue ab intestato: quod in persona deportati non æquè certum est *d. l. 1. interdictis*. Eadem porrò ratio locum habet etiamsi quis ex forma statuti capite damnetur, sicut etsi ex priuato iudicio damnaretur, *dict. leg. quod ad statum*. Ergo etiam admissa illa comparatione quam Baldus ex suo cerebro sibi fingit, statutorum & iudiciorum priuatorum, fatendum est non minùs hodie illorum publicari bona qui ex statuto aliquo mortis condemnationem patiuntur, quam olim publicabantur eorum quibus leges veteres eandem pœnam irrogabant. Nisi ponas ita conceptum statutum, vt ex huiusmodi pœna, neque ciuitas contrahatur, neque ea quæ sunt iuris ciuilis, nec proinde ius testandi, aut habendi hæredis saltem ab intestato, quomodo in Anglia & aliis quibusdam locis obseruatum audio, vt salua etiam nobilitate adeòque ipsa propemodum existimatione pœna mortis, præsertim amputatio capitis irrogetur. Cæterum extra hunc casum, nihil certè causæ est eo bonorum publicationem minùs pati debeat is, qui ex forma statuti, quam qui ex iure communi ad mortem condemnatur, quia perinde vtroque casu & ciuitatem & factionem testamenti amittit, & ius habendi hæredis legitimi. Nec satis mirari possum quod ait Baldus *ad dict. leg. 2. in fin. Codic qui testament facere poss.* Authenticam, Bona damnatorum, non habere locum hoc casu, sed condemnatis succedi de iure communi ac si ab intestato, inquit, decessissent, scilicet per liberos & parentes vsque in infinitum, & per agnatos & cognatos vsque in septimum gradum. (Sic enim apud Baldum legendum est, non vt vulgo *in quartum gradum*) Nam nec ignorauit magnus ille vir, quod nos asserimus, Eum qui ciuitatem amisit hæredem habere nullo modo posse, quod idque nimirum defendit ille, & rectè *ad leg. 3. Codic si pendent. appellat. mors interuen.* sub eos parentes. & vt addit post liberorum, agnatos cognatosque quibus hodie applicantur bona damnatorum, non succedere iure hæreditario, id est tanquam hæredes legitimos, sed tanquam personas vt ipse loquitur, priuilegiatas, quod & nos infra pertinentibus probabimus. Io verò cur ita? Nisi quia hæredem habere non possunt, qui non habent ciuitatem. Iustinianus autem nihil innouauit quod ad statum personæ circa ciuitatis amissionem, sed tantum circa amissionem libertatis. Multò minùs autem dici potest abrogatum esse hac parte ius vetus per statuta quæ mortis pœnam irrogant condemnato. Nam siue ponas statuta illa subsequi ius commune, ac vltimi supplicij pœnam infligere ex his criminibus quæ ipso etiam iure communi eandem condemnationem meterentur, siue fingas quod plerumque accidit, statutum tale esse, quod ex non delicto faciat delictum, & quod præterea nouo huic delicto pœnam mortis imponat, quis putet probabile, ob id minùs amitti ciuitatem à condemnato, quòd non tantùm ex iure communi condemnatus sit, sed etiam ex statuto, aut quòd grauiorem ei condemnationem statutum, quàm ius commune infligeret? Taceo quod ipsa etiam statuta recipiunt interpretationem passiuam a iure communi, vt tractat Bartolus, & post eum cæteri *ad l. 1. Codice de summa Trinitat. & fide Catholic.* Vt proinde non possit videri derogatum iuri communi per statutum, siue iuris communis pœnas statutum retinest, siue augeat

ERROR VIII.

De statutis habendis pro legibus priuatorum iudiciorum, & in quo distinguenda sint hac parte iudicia publica à priuatis & extraordinariis.

QVa de causa nec illud probare possum, quod vult Baldus, Statuta habenda esse pro legibus priuatorum iudiciorum. Nam si statuto vindicetur tale aliquod crimen quod ex communi iure publici est iudicij, nec minore pœna quam quæ iure etiam communi infligitur, Plane non video, cur iudicij qualitas mutata esse debeat & iudicium factum ex publico priuatum, ob id solùm quòd legibus publicorum iudiciorum statutum consentiat, aut quòd pœnas legibus illis publicorum iudiciorum constitutas auxerit, non alium ad finem, quàm vt deteriorem faceret delinquentis conditionem, non vt meliorem: itaque statuentium propositum offenderetur adeòque publica vtilitas quæ nihil magis quam criminum vindictam & castigationem exigit, si ex forma statuti condemnatus ob crimen quod publici iudicij causam habeat, minore ob id pœna afficeretur tanquam ex priuato non ex publico iudicio condemnatus: illa enim differentia quæ alioqui tam multos in iure nostro effectus habet, An ex publico, an ex priuato iudicio quis damnatus sit, ad eos casus non pertinet quibus pœna mortis irrogatur, sed ad eos in quibus alia leuior, *d. l. quod ad statum*, vbi Bartolus, & alij notant ex *leg. athletas factum 21. D. de his qui not. infam. i. infamem D. de public. iud.* Concludo igitur, Bona eorum qui ex forma statuti damnantur ad vltimum supplicium, hoc ipso censenda esse amissa, publicata, & confiscata in consequentiam, necessariam eiusmodi condemnationis, non minùs quam si ex iure communi & ex causa publici iudicij ea condemnatio facta esset, nisi contrarium verbis statuti comprehensum sit. Sed dico amplius, neque per statutum fieri posse, vt qui vltimo supplicio ex quacumque causa dati fuerint, amissa ciuitate ius retineant habendi hæredis, siue ex testamento, siue ab intestato, ita vt intestabiles dicendi sint potiùs quam intestati, vt Baldus loquitur *ad d. l. n. 3. C. qui testam. fac. poss.* Quia scilicet non magis statutum quam prætor potest tollere ius ciuile, Nec proinde facere, vt qui nullam habet ciuitatem habeat hæredem: sed si talis casus contingat in quo æquum videatur statuentibus vt bona condemnati vltimo supplicio non ad fiscum veniant sed ad liberos, vel ad parentes, vel ad agnatos, aut cognatos siue certi, siue cuiuscumque gradus, debet ita concipi statutum vt bona iis applicentur, quibus ea deferri statuentes voluerunt, vt nullus iuri communi locus relinquatur in deferendis fisco iis bonis quæ à statuto ipso non solùm delata sint, sed etiam applicata iis qui ab intestato succederent si condemnatio relinqueret locum successioni iuris communis. Atque ita loqui Baldus debuit, non quomodo locutus est *ad d. l. 2. in fin.* perinde istis succedi qui ex statuti forma condemnati sunt, acsi ab intestato decessissent. Nam si sensit Baldus decedere illos non modò intestabiles, sed etiam intestatos (quod non admitterem, nisi sumpta *intestati* appellatione negatiuè magis quàm priuatiuè) cur adhibet fictionem illam quasi in mendacio, iis verbis, *acsi ab intestato decessissent*. Sin credidit quod verius est, non tam sine testamento eos decessisse quam sine bonis, & sine ciuitate, quid obsecro est quod ait Succedi eis

de iure communi? Baldum fefellit quod Accursius noster *ad d.l.2.* distinguit crimina publica a priuatis & ab extraordinariis. Sed non in eo de quo tractamus, cùm reus ad mortem damnatus est, ac in specie illius legis, id est, cum quis in reatu constitutus consciuit sibi mortem ante sententiam, quo casu quia nescitur quam sententiam passurus fuerit, necessariò inspicienda est qualitas delicti, vt non aliter bona eius publicentur, quàm si tale crimen fuit, quod vel morte, vel deportatione puniri debuerit, si vsque ad sententiam reus vixisset, *l.3. §.vt autem, D.de bon.eor.qui mortem sibi consciuer.* quarum tamen pœnarum neutra siue priuatis siue extraordinariis criminibus debetur. Quod nec Castrensis ad eum locum videtur percepisse, vbi tam malè in hoc Accursium reprehendit, quàm Baldum rectè. Aliud igitur est secuta sententia mortis ex quocumque crimine, quia cùm sententia ius faciat si ab ea non sit appellatum, non tam causa inspicienda est quàm pœna, quæ cùm non minor est licet ex minori crimine irrogetur, perinde ciuitatem adimit, atque si ex grauioris delicti causa infligeretur, *dict.l.quod ad statum.* An igitur ex eiusmodi statutis pœnam mortis siue vlla confiscationis mentione irrogantibus bona statim fisco deferentur? Minimè sed liberis primùm, deinde ascendentibus vsque ad tertium gradum, iuxta *d.Nouell.134. c.vlt.* Nec enim hoc casu statuti verba repugnant quominùs interpretationem illam passiuam recipere possint à iure communi, tantò magis quòd interpretatio illa & benignior & humanior est. Nam neque nouum est vt priores leges trahantur ad posteriores, vt contrà, posteriores interdum ad priores, *l.ideò quod 27. cum l.praced. D de legib.* Alioqui dicendum erit etiam testamenta istorum valitura si ne quidem ciuitatem, & ius habendi hæredis amittunt per pœnam statuto irrogatam. Quod tamen absurdum fuerit dicere.
b Idque & Castrensis loco supradicto benè vidit, licèt moueatur passim mala illa ratione, quòd etiam illi qui ex forma statuti vltimo supplicio afficiuntur fiant serui pœnæ: nam è contrario verum est, non fieri illos hodie seruos pœnæ: post *Auth. sed hodie. C.de donat.int.vir.& vxor.* Sed tamen & illud semper verum est amittere illos ciuitatem & ius habendi hæredis siue ex testamento, siue ab intestato: quod sufficit vt eorum testamenta irrita fiant, & vt cessante iure communi egeant liberi & parentes beneficio *Auth bona damnatorum*, non ad succedendum, sed ad occupanda bona defuncti, ne, quod alioqui contingeret, fisco deferantur.

ERROR IX.

De statuto expreßim confiscante bona condemnati. Et de statutorum interpretatione, ac potestate.

QVæstioni superiori opposita hæc est, si statuto aliquo pœna confiscationis & publicationis bonorum omnium irrogetur, An nihilominus possit locus esse *Nouellæ constitutioni 134. vt null.iudic. c.vlt.* Vnde sumpta est *Auth.bona damnatorum C. de bon.proscript.* Id est an applicanda sint bona liberis, & parentibus, adeóque secundùm Irnerij & Interpretum omnium sententiam agnatis & cognatis ex latere vsque ad tertium gradum, priusquàm fisco deferantur. Facit dubitationem, quod vt superiore capite attigimus, Statuta omnia quantumuis stricti iuris esse dicantur, recipiunt tamen passiuam interpretationem, adeóque extensionem à iure communi, *l.1.§.2. D.de muner.& honor.* Bart. *ad l.omnes populi versic.secundo casu, D.de iust.& iur.* Quidni ergo statutum alioquin odiosum sumet interpretationem ab eo communi iure quod Iustiniani Constitutio induxit, vt liberorum & parentum saltem, si non etiam agnatorum ac cognatorum potior causa sit, quàm fisci? Adde quod iisdem Interpretibus placet, non esse in potestate, & arbitrio iudicis vt bonorum publicationem vllo casu irroget contra dispositionem, *d.Auth bona damnatorum.* aliuqui si contrà fecerit, esse nullam ipso iure sententiam tanquam contra leges latam, vt tractat Dec. *cons.251.n.5.& Marsil.in l.fin.num.189 D.de iurisd.omn.iudic.* Ergo similiter dicendum videtur, vel nullius momenti esse statuta quæ expressim pugnent cum illa constitutione, vel ne pugnent sic esse interpretanda, vt in iis quoque eadem constitutio locum habeat. Quæ ratio erit fortior si eorum sententiam sequamur qui ius statutarium prætorio comparant, vt derogare quidem possit iuri ciuili, sicut prætorium, sed non in totum tollere ius ciuile, *l.ius autem 7. D. de iust. & iur.* Tolleret namque omninò si posset facere vt liberis quoque & parentibus fiscus præferretur, adeò vt nec portio vlla bonorum liberis reseruaretur. Atque ita plerique magni viri sentiunt, quos refert Antoninus Tessaurus *Decis. Pedemont. 198. num.1.* Frequentior tamen schola Interpretum contrà sentit, non esse locum Nouellæ constitutioni, quoties bonorum publicatio ex statuti forma irrogatur. Et rectè. Nam cùm publicari bona nihil aliud sit, quàm in publicum ærarium redigi & fisco applicari, apertiora sanè sunt hoc casu verba statuti, siue de publicatione loquantur, siue de confiscatione, quàm vt interpretatione vlla restringi ac temperari possint tum enim recipiunt statuta interpretationem etiam extensiuam passiue a iure communi, cùm aliquid in iis est aut obscurum, aut ambiguum quod aliqua egeat interpretatione, non etiam cùm nulla in verbis obscuritas aut ambiguitas est. Quo casu si ab iis facta sint statuta qui statuendi habuerint potestatem, aut saltem ab iis confirmata, qui confirmandi ius habuerint, alioqui neque vim, neque nomen statutorum mererentur) quid obsecro impedire potest, quominùs effectum illum habeant, quem verba demonstrant? Cur ergo vel liberis vel parentibus vel etiam cum Irnerio transuersalibus applicemus, quod statutum tam disertis verbis applicat fisco? Planè si statuti verba sic concepta proponeres, vt neque publicationis neque confiscationis mentionem facerent: sed tantùm amissionis aut ademptionis bonorum facile admitterem locum esse *Aut. bona damnatorum*, quia neque statuti verba repugnarent, neque deficeret æquitas constitutionis quæ meliorem fecit conditionem descendentium in Infinitum & ascendentium vsque ad tertium gradum quàm fisci. Nam statutum irrogans amissionem, vel ademptionem bonorum ei quem vltimo supplicio affici iubet consentit cum iure communi & vetere & nouo, siquidem ex vtroque pœna eadem amissionis & ademptionis bonorum infligitur, quamuis in alium atque alium finem. Etenim iure vetere ideò auferebantur & adimabantur bona omnibus vltimo supplicio damnatis vt fisco applicarentur, Ex nouo autem iure ideò auferuntur, non vt fisco statim, sed vt liberis primùm, deinde ascendentibus, tandem & omnibus illis deficientibus fisco applicentur. Idque consequens etiam est ei, quod passim nostri iactitant, Præsumi statuentes in dubio voluisse conformare se iuri communi, etiam in iis in quibus à iure communi recedere si voluissent, potuissent: At cùm ex statuti verbis non solùm adimuntur bona condemnato, sed etiam applicantur

tur fisco, Apparet manifestissimè id actum fuisse à statuentibus, vt nec ad liberos primùm, nec ad ascendentes, sed rectà in fiscum bona transirent. Alioqui non erat cur Iustinianus abrogaret iura vetera, si stare simul ista poterant vt & publicarentur bona, & liberis aut parentibus excluso fisco applicarentur. Atqui correxit Iustinianus haud dubiè iura vetera iis verbis, *sed neque secundùm veteres leges fisco eas applicari. sed siquidem habeant descendentes, & ascendentes vsque ad tertium gradum, eos habere.* Proinde igitur fatendum est ius illud nouissimum quod applicat liberis & parentibus ad tertium vsque gradum bona condemnati apertè corrigi per statuta, quæ illa ipsa bona applicant fisco: Nec magis stare posse ius illud Iustinianeum cum iure statutario de quo nunc agimus, quàm cum iure illo vetere quod a Iustiniano expressim abrogatum, per huiusmodi statuta in vsum reuocatur. Et ita Bartolus quoque sentit *ad l. 1. D. de bonor. damnat.* cùm ait in plerisque Italiæ ciuitatibus statuta esse quæ tam priuatis quam publicis criminibus pœnas irrogant, etiam cum publicatione bonorum, eaque seruari oportere. Neque est quòd quis pro contraria sententia obijciat non magis posse in totum tolli ius ciuile per statutarium quam per prætorium. Nam imò verò plus authoritatis habent statuta quàm edicta prætorum, vel ob id maximè, quòd legum vim & potestatem habent, siue ab iis condita sint, siue per eos confirmata qui legis condendæ ius habeant, Cum tamen edicta Prætorum neque leges sint, neque legi similes constitutiones *§ quos autem Instit. de bonor possess.* Vnde est quod vulgò dicitur, quicquid potest fieri per legem posse fieri per statutum, vt tractatorhoiti *ad l. 1. C. de summ. Trinit. & fide Catholica, & ad l. omnes populi 9. D. de iust. & iur.* Itémque *ad l. vlt. § quando in pendenti Cod. ad SC Tertyll.* quia nec statuta ipsa quicquam aliud sunt, quàm leges municipales aut prouinciales: Neque rursum tam illud est tollere ius ciuile, quàm corrigere, cùm per statutum deferuntur bona condemnati quàm quibus ciuile ius defert. Id verò etiam prætor facere suo iure potuit, *d. l. ius autem 7. D. de iust. & iur.* fecitque in proponendo edicto, De bonorum possessionibus, Ex quo & emancipatos liberos. & cognatos plerosque alios ad successionem honorariam inuitauit, quos ius ciuile non agnoscebat, vt præfatur Iustin. *in Inst. Tit. de bonor possess.* nempe quia nec succedere illos prohibebat. Si enim prohibiti fuissent isti iure ciuili succedere non potuisset eos admittere Prætor nisi tollendo ius ciuile ac faciendo contra leges, contra quas certum est nihil eum facere potuisse, sed tantùm præter leges, *l. nec non 28. §. quoad eius D. ex quib. caus. maior. in integr. restit. poss. leg. cùm sponsus 1 1. §. si rescalis sit D. de Public. in rem act.* Similiter igitur dici potest, etiam admissa comparatione iuris statutarij & prætorij. Non ideò videri posse sublatum ius ciuile per statutarium, aut à statuentibus factum quicquam fuisse contra leges, quòd bona condemnati quæ lex Iustiniani liberis primùm & parentibus applicauerit, per statutum applicentur fisco. Id enim ita demùm verè diceretur, si Iustinianus odio fisci prohibuisset expressim ne qua bonorum publicatio & confiscatio irrogari vnquam posset. At non id prohibuit, sed tantùm iussit vt liberi & parentes vsque ad tertium gradum fisco præferantur, nec rursus futuris legibus legem dixit Iustinianus, quod nec facere potuit, sed tantùm præteritis, & veteribus vt ipse loquitur. Quæ cùm ex vera rectaque iuris ratione condemnati bona fisco addicerent, Non valde errauerit meo iudicio qui dixerit, Statuta illa si qua essent quæ Iustinianeam legem aperta vi tollerent ac delerent vt fisco ante liberos & parentes locum aperirent, sic accipienda fore, aut ad iuris ciuilis confirmationem, potius quàm extinctionem pertinerent Ius enim ciuile verius illud est quod ex iuris ratione prudentúmque authoritate potiùs quàm Iustiniani vel Triboniani mente æstimetur. Tantùm abest vt valere possit argumentum, quod contrariæ opinionis assertores afferunt a iudice ad statutum, Quasi non magis à statuto quàm à iudice fieri aliquid possit quod pugnet cum supradicta Nouella Iustin. constitutione. Nam de iudice certum quidem illud est non aliam pœnam posse illum constituere, quàm quæ legibus certa & ordinaria præscripta *est leg. 1. §. 1. vers. nam siquidem D. ad SC. Turp l. ordine 15. D. ad municip.* Nihil hactenus vt ei cui pecuniaria tantùm pœna iure ordinario irroganda fuit, etiam corporalem possit infligere, vt de illius fama & existimatione transigat, cuius iacturam condemnatus alioquin ex pecuniaria condemnatione passurus fuisset, *leg quid ergo 13. §. pœna grauior, D. de his qui not. infam. l. qui cum vno 4. §. ad tempus D. de remilit.* vbi mendum grauissimum est quod nemo quem viderim hucvsque obseruauit in verbis illis *si transactum de futuro sit*, Legendum enim est non *de futuro*, vt de periculo futuri temporis ea dictio accipiatur, quemadmodum accipere coactus fuit noster Accursius, Nec rursum *de furto*, vt in quibusdam codicibus legi Accursius idem testatur, sed *de famu*, Nato facile errore ex totidem fere literarum, aut saltem linearum quibus literæ illæ constant, similitudine. Idque ex totius paragraphi sensu quem nec Accursius ignorauit adeò apertum est vt nihil dici possit apertius. At in statuentibus qui statutorum condendorum potestatem & authoritatem habent siue iure proprio siue ex superioribus licentia, qui etiam condendæ legis ius haberet, longè diuersum ius est cum illi si non legem, saltem legi similem constitutionem facere possint, nec tantùm pro arbitrio statuere id quod ex re & vtilitate populi magis esse videatur, sed etiam iudicibus præscribere quid sequendum habeant, & iudicandum. Non ergo bona illatio est a iudice ad statutum: vt neque à iure Prætorio ad ius statutarium, vel ob id maxime, quòd nulla vnquam lex aut Principis constitutio fuit, quæ Prætorum edictis, vt lex Hortensia plebiscitis, vim legum dederit, Quam tamen habent statuta vel per se, vel per confirmationem eorum de quibus dubitari non possit, quid condendæ legis authoritatem habeant, cùm sint ipsi suprà leges, vt esse creduntur, & reuera sunt omnes qui supremam in territorio suo potestatem, vel à Deo solo, vel ab ipso populo, vel denique à summo Pontifice, aut ab Imperatore acceperunt.

ERROR X.

De portione quam in bonis condemnati leges veteres liberis reseruabant.

NOndum absoluimus institutam superiore capite, De pœna publicationis per statutum irrogatæ disputationem. Nam qui ex nostris Interpretibus nobiscum sentiunt, Statuta per quæ non tantùm damnatio capitis, sed etiam publicatio bonorum irrogatur, sic esse accipienda vt statim bona in fiscum transeant, licèt non desint ex condemnati descendentibus, qui eius bona sibi applicari velint Ij rursum in tres diuisi sunt sententias. Quidam enim volunt vsque adeò fiscum pleno iure succedere, vt nulla penitus bonorum portio liberis reserue-

tur à Iudice, quibus nulla per statutum fuerit reseruata. Alij sententiam hanc quasi nimis inhumanam & crudelem damnantes hactenus temperandam eam putarunt, vt pars aliqua liberis seruanda sit. Ea scilicet quam veteres leges liberis concedebant, *l. 1. l. cum ratio 7. D. de bon. damnat.* Id est dimidia, *l. si deportatus 8. l. quando quis 10. C. eod. tit. de bon. proscript.* Nisi si quando tot erant liberi, vt etiam vniuersa bona iis relinqui æquum videretur. Quo tamen casu, speciali rescripto Principis opus erat, cùm ex iure communi cuiuscumque numeri liberis non nisi dimidiam partem deberi placeret. Vnde illud etiam fiebat vt liberis eius cui dimidia tantùm pars bonorum ablata esset, partes non darentur, *d. l. 1. de bonis damnat.* Quasi satis superque liberis esse deberet si dimidiam partem haberent bonorum patris, quæ tota ex iure communi ad fiscum pertinere debuisset. Interpretantur autem nostri plures esse liberos non si duo tantum sint, quamuis dici soleat pluralem elocutionem duorum numero contentam esse, *vulg. l. vbi numerus 12. D. de testib.* sed si plures sint quam duo, puta tres aut quatuor, vt ea communi aliorum sententia tractat Antoninus Tessaurus *dec. Pedem. 104 num. 7.* Vident enim de filiis etiam in plurali numero agi plerisque in locis in quibus non nisi dimidiæ partis mentio fit omnibus liberis applicandæ, vt in *d. l. si deportatus & d. l. si quando.* Dico autem de filiis, non autem *de liberis*, ne quis forte pro interpretibus respondeat, liberorum appellatione filium etiam vnicum significari, *l. non est sine liberis 148. de verb. sig. ff.* Et ita accipiunt illud quod scriptum est *in dict. l. cum ratio 7 §. si plures D. de bonis damnat.* si plures filios damnatus habeat, non deesse exempla per quæ pluribus liberis omnia bona damnati concessa sint, Idemque iuris etiam hodie volunt obtinere iis in locis, in quibus adsunt, vel edicta Principum, vel statuta ciuitatum quæ irrogant pœnam confiscationis, vt scilicet bona omnia liberis relinquantur, si plures illi sint quàm duo, atque ita inanis & illusoria fiat hoc casu confiscatio. Tertia & media eorum sententia est, qui neque tam inhumaniter tractant liberos condemnati vt nullam iis partem bonorum dari velint, neque rursus tam humaniter, vt vel easdem portiones quas olim dabat indulgentia Principis iis dandas hodie putent, multò minus verò bona vniuersa, cuiuscumque tandem illi sint numeri, sed hoc adhibito tempera[mento], vt legitimam portionem solam habere debeant, id est trientem vel semissem, pro numero liberorum. Quam sententiam non modo in Mediolanensi Senatu receptam, sed etiam magis communi etiam ab Interpretibus probatam esse testatur Iulius Clarus *in pract. crimin. q 78. n. 26. vers. videndum est*, licet eo nomine reprehendatur ac propemodum falsi notetur à Tessauro *Decis. 198.* paulò ante finem. Consultò taceo distinctionem Salyceti *ad d. l. vlt. C. de bon. proscript.* An bona damnati sint exigua, an multa, Vt si exigua omnia pluribus filiis relinquenda sint, si verò multa etiam pluribus filiis dimidia tantùm tribuatur. Nam neque Salycetus ipse, neque pro Salyceto alios quisquam aut legem, aut rationem vllam allegat pro huiusmodi distinctione confirmanda, Excepto solo prætextu humanitatis, & fauore liberorum: Qui tamen si tantus esset, vt eius intuitu rationem iuris omnem violari oporteret, quidni aliorum potiùs opinionem tanquam humaniorem sequeremur, qui in magno quidem patrimonio distingui volunt, an plures sint quàm duo liberi necne, iuxta, *d. l. cum ratio in princ. & §. si plures.* In exiguo autem patrimonio magis probant vt indistincte totum illud relinquendum sit filio etiam vnico pro alimentis. Non enim desuerunt qui sic distinxerint, vt supradicto loco refert Tessaurus, vbi tamen addit neque iure vllo, neque ratione aliqua opinionem illam fundari. Ergo de tribus illis tantùm sententiis quas priore loco retulimus deliberari potest quænam potiùs sequenda sit. Primam duo potissimùm argumenta impugnant, vnum illud quod nimis dura videatur, impugnétque euidentes fauorem liberorum, quibus tamen ratio naturalis quasi lex quædam tacita parentum hæreditatem addicit, vocando eos ad successionem velut debitam, Propter quod & in iure ciuili suorum hæredum nomen eis inditum est, ita vt nec iudicio quidem parentis nisi meritis de causis ab ea successione summoueri possint, vt eleganter non minus quàm verè Paolus noster scripsit in libro isto singulari quem ex professo composuit de portionibus, quæ liberis damnatorum conceduntur, ex quo sumpta est *d. l. cum ratio 7. D. de bon. damnat.* Vbi ait ob has causas æquissimum existimatum esse, eo quoque casu quo propter pœnam parentis aufert bona damnatio rationem haberi liberorum ne alio admisso & facinore grauiorem pœnam luerent, quos nulla contingeret culpa interdum in summam egestatem deuoluti: Quod tamen, inquit, cum aliqua moderatione definiri placuit, vt qui ad vniuersitatem successionis venturi erant, haberent saltem concessas ex ea portiones. Alterum est, quod statuta ista quæ bonorum publicationem irrogant iis ipsis casibus quibus ea Nouella Iustiniani Constitutio sustulerat, hoc ipso quo derogant iuri nouissimo, videntur repetere, & in vsum restituere ius vetus, quod prudentum temporibus obtinebat, quódque Iustinianus abrogauerat, ex quo iure sicut obseruabatur vt condemnati bona publicari, & fisco deferri oporteret, ita & illud, vt ex publicatis bonis portio dimidia liberis tribueretur, adeóque vetueris successio si liberorum numerus id suadere videretur, vt in *d. §. si plures.* In toto namque iure id obtinet, vt sublato vel amisso iure nouo superstit vetus, *l. quoties duplici 91. De reg. iur.* Porrò non potest vetus superesse nisi cum omnibus suis qualitatibus, & conditionibus. Ergo statuta quæ publicationis pœnam a Iustiniano antiquatam restituunt, necessariò si[c] accipienda sunt vt eædem portiones liberis conseruentur, quas ipsis conseruari placebat eo tempore quo bona publicabantur. Verùm facilis ad vtrumque obiectionem responsio est. Ad primam quidem, posse dura videri statuta quæ publicationem bonorum damnati sic irrogant, vt nullam penitus habeant rationem liberorum, sed tamen cùm & legum vim habeant, & iis verbis scripta sint, quæ nec dubitationi, nec interpretationi locum vllum relinquant, nihil aliud dici posse, quam quod de lege Iulia Vlpianus ait in specie, *l. prospexit 12. D. qui & à quib manum.* per quàm durum quidem id esse, sed ita legem scriptam esse. Et verò tam olim ita ius erat vt portiones illæ ex bonis condemnati liberis tribuerentur, non tam ratione aliqua iure subnixa, quam ex indulgentia principali, vt loquuntur Imperatores *in d. l. quando quis.* Æquè igitur hodie necessaria est illa indulgentia, vt per confiscationis pœnam quæ ex statuto irrogatur non adeò liberi lædantur, quin eorum ratio aliqua habeatur. Quis autem est per statuentes ipsos qui hoc indulgere possit? Nec quod in ius commune indulgentia illa principalis tandem transierit, ad rem facit. Potuerunt enim pro arbitrio Imperatores asperitatem illam iuris ciuilis temperare quam tamen aut corrigere, aut vlla etiam interpretatione leniret nec prudentes ipsi potuissent. Quantò minùs licere id debeat Interpretibus, vt se interponant in statuti asperitate moderanda, cùm statuti verba tam clara sint, vt

neque

[illegible] interpretationem, neque verò [illegible] [illegible] S[e]d & [illegible] quod putant [illegible] & ex [illegible] [illegible] Vt [illegible] portion[es] [illegible] *d. l. [illegible] C. [illegible]* Itaque [illegible] etiam [illegible], qu[od] Interpretes [illegible] vt huiusmodi statuta [illegible] capiunt [illegible] ta[n]quam [illegible], vt vocant, ex [iure] illo communi, qu[o]d [illegible] Nou[e]ll[a]m Iusti[ni]ani constitutionem [illegible] [illegible], non tamen [illegible] [illegible] vt bona [illegible] ex statuto ad [illegible] pertinere non deberent, [sed] hoc tantum vt fiscus postquam tota bona occupasset, [illegible] liberis [illegible] portiones qua[s] [illegible] [illegible] [illegible] tribuere si nemo id [illegible] [illegible] Quis vero indulgere præter nostros Interpretes? Atqui [illegible] publicatio quæ hodie irrogatur ex [illegible] [illegible] est quæ ex legibus publico[rum] [illegible] [illegible] [illegible] qua ex [illegible] parte olim [illegible] [illegible]. Sed [illegible] [illegible] plane directo iure in[illegible] [illegible] eff[e]ctus & potestatis, ita fa[illegible] [illegible] aliqua indulgentia opus esse, vt [illegible] [illegible] [illegible] quæ ad authoritatem prodesse [illegible] [p]otest, prosit saltem ad exemplum. Quod autem secundo loco obijcitur, Per huiusmodi statuta [illegible] ad ius vetus abrogato iure nouo, neque verum est, neque etiamsi verum esset, ad rem tamen pertinet. Nam cum ius illud vetus à Iustiniano abroga[tu]m sit, quamuis eo proposito, vt liberorum ius augeretur non vt imminueretur, statuta autem quæ publicationis pœnam simpliciter irrogant, atque abrogent Iustiniani Constitutionem, vt tamen de vetere iure restituendo nihil exprimant: Omninò sequitur publicationem quæ hodie in vsu est non ex iure vetere æstimandam esse, sed ex sola statuti potestate. Argumento est quod euenit plerumque vt crimen tale sit quod ex iure communi neque pœnam mortis neque amissionem bonorum irroget, Et tamen vtraque pœna per statutum pro eo crimine infligatur, vt puta pro furto, aut vt pœna [illegible] publicationis bonorum sine vltimo supplicio, quod cum accidit, nemo vtique dixerit interpretandum esse statutum ex iure communi cùm his casibus pœna publicationis sit merè statutaria, & à iure communi prorsus exorbitans vt loquuntur, nec proinde ex eo iure communi æstimanda. Tantùm abest vt eam indulgentiæ principalis interpretationem & moderationem possit admittere quam vetus confiscatio admittebat. Ergo neque alijs casibus liberorum ratio haberi vlla poterit, quia in omnibus eadem est statuti potesta[s] [illegible] verbis concepta vno casu quàm alio pœna [illegible] bonorum. Deni[que] cum verissimum sit quod supra di[x]i, Iustiniani ius vetus ita fuisse comparatum, vt neque per liberos, neque propter liberos confiscatio totorum bonorum impediretur, sed tantùm vt à fisco qui vniuersa bona occupasset pars eorum aliqua liberis ex Principali prouidentia & indulgentia tribueretur, *d. l. [illegible] S. & d. l. si quando quis 10. C. de bon. proscr.* [illegible] [dic]endum est nullam hodie in statutorum interpretatione & executione haberi posse rationem istius antiquæ principalis indulgentiæ, cum nihil sit in statuti verbis ex quo probari possit cogendum fiscum vt etiamnum portiones illas liberis concedat, quæ nisi a fisco ipso posteaquam successit, concedantur, nec peti, nec obtineri per liberos vllo modo possunt. Maneat igitur hæc firma, verissimaque sententia, si statutum quod bonorum vniuersorum publicationem irroget nihil de liberis cauerit, nullam penitus iis portionem deberi ex bonis condemnati, neque absurda & iniqua videri potest hæc sententia si fauori liberorum opponas fauorem vtilitatis publicæ quæ scilicet postulat, vt iis pœnis omnibus delicta vindicentur, propter quas credibile sit futurum, vt à criminibus admittendis vel pessimus quisque deterreatur. Certum enim est plerosque sic affectos esse qui liberos habent, vt metu amissionis bonorum magis torqueantur, & torreantur in liberis quàm in propria sua persona, *l. isti quidem 8. D. quod met. caus.* Quam ob causam id quoque iure vetere observatum fuisse videmus, & promissum parentibus vt etiam posthumos necdum editos possent in testamento exhæredare, nec tantùm bona mente, & vt iis prodessent, vt in *leg. multi 19. D. de liber. & posthum.* sed etiam malo animo & vt eos à sua successione arcerent, *Tot. tit. ll. de liber. & posth. hered. instit. vel exhared. D. & C. l. 3. D. de iniust. rupt.* Quamuis certum esset posthumum in vtero matris existentem nullam ingratitudinis causam neque admittere, neque admittere potuisse. Nimirum vt eo metu exhæredationis posthumi, magis ac magis in officio & pudicitia vxores continerentur, scientes futurum vt si quid secus facerent, edituræ tandem essent partum miserum, ac perpetua egestate laborantem, quem earum odio pater exhæredasset. Sed aliorum sententiæ quas retulimus nobis confutandæ sunt, & eorum maximè qui putant ita comparatum fuisse ius vetus, vt si tres aut quatuor liberi ex condemnato superessent, vniuersa condemnati bona iis applicari deberent ex *d. §. si plures l. cum ratio de bon. damn.* De cuius sententia & emendatione ideò nobis dicendum est proxima Decad. ne hîc longiores simus.

ANTONII

ANTONII FABRI I.C.

Decas Septuagesimaquarta.

ERROR PRIMVS.

De sententia legis cùm ratio 7. paragrapho si plures. D. de bonis damnatorum, & leg. quando quis 10. Codice de bonor. proscription.

SI plures filios damnatus habeat, feruntur exempla, inquit Paulus, per quæ pluribus liberis omnia bona damnati concessa sint. Inter cætera verò exemplum illud rescripti, cuius eodem loco Paulus meminit. Refert enim cùm ex facto accidisset, vt qui plures filios reliquerat damnatus esset eo damnationis genere, ex quo bonorum publicatio sequebatur, impetratum fuisse ab Imperatore, vt vniuersa bona liberis tribuerentur, eiúsque rescripti rationem ipsis etiam Imperatoris verbis expressam non aliam fuisse, quàm numerum liberorum, sed tamen quot essent in ea specie liberi, neque Pauli, neque rescripti verba ostendunt. Indéque nimirum liberam sibi facultatem adrogarunt Interpretes conjiciendi fuisse quidem illos plures quàm duos, nec pauciores tribus, potuisse tamen sufficere ad roducendam rescripti æquitatem, monendúmque Imperatorem vt tres essent. Cur verò plures quàm duos? An quod dictio illa *plures*, aut quod idem est pluralis numerus verificari non possit in duobus? Imò potest, vt constat ex *l. vbi numerus 12. D. de testib.* & habet hæc res naturalem intellectum. At quia vident Interpretes aliis plerisque iuris locis mentionem fieri portionum concessarum damnati filiis in numero plurali, nec ideo tamen vniuersa bona illis concessa fuisse, sed tantum portionem, aut quod idem est portiones. Vnica enim portio est quæ liberis conceditur, sed quam tamen in tot portiunculas distribui necesse est, quot sunt capita filiorum. *l. 1. 2. 3. §. 1. & seqq. eod. tit. d. l. si deportatus 8. l. si quando quis 10. C. eod.* Itaque ne pugnarent ii loci cum *d. §. si plures* coacti sunt Interpretes dicere accipiendos eos esse de liberis qui duo tantùm sint nec plures, at illum *§. si plures* de iis qui plures sint quam duo, nec pauciores tribus. In quo faciunt meo iudicio parum subtiliter, qui non vident *in d. l. si deportatus*, tractari de deportato habente si non plures quam quatuor liberos, Duos in potestate, & duos emancipatos: verba enim legis sunt, *si deportatus suos & emancipatos filios habuerit.* Suos igitur in numero plurali, itémque emancipatos similiter in numero plurali, & consequenter suos binos, & totidem emancipatos. Et tamen non nisi partem bonorum patris deportati in ea specie concessam fuisse liberis, non etiam vniuersitatem, apparet ex eo quod statim sequitur in lege, *pars quæ ex bonis eius liberis concessa est.* Non igitur verum est quod Interpretibus placet illorum atque plures sunt, quàm duo liberi bona omnia liberis concedenda esse. Nec aliter ab Imperatore Hadriano constitutum fuisse putandum est in eo rescripto de quo *in d. §. si plures*, cùm ea lex sit Imperatorum Gratiani, Valentiniani & Theodosii, qui longo sæculorum interuallo Hadrianum secuti sunt. Idem probatur nec minùs apertè *ex d. l. quando quis*, in qua distinguunt Imperatores Theodosius & Valens, An Curialis & Decurio sit qui deportationis pœnam passus est, an alius quilibet, vt si Decurio non sit & filios vel filias, vel ex defunctis filiis nepotes reliquerit, dimidia parte ærario vindicata, alia dimidia eis reseruetur. Si verò Decurio fuerit, & ei soboles ex stat etiam quæ nondum procreata sit, ea integris patris fortunis fulciatur. Sin filiæ, vel filiæ fuerint, pars dimidia ad eas deuoluatur facultatum, alia pars ad Curiam. Sin autem mares Curiali (sic enim lego non *curiales*) fuerint intermixti, dimidia pars eis Curiæ nomine defratur, & alia quam in commune omnibus tribuit indulgentia principalis pro virili diuidatur portione. Quæ distinctio manca sanè esset, egerétque subdistinctione circa numerum liberorum, si quod ait de parte tantùm danda, siue filiis, siue filiabus, non alio casu verum esse posset, quàm quo non plures, quam duo filii, aut quàm duæ filiæ superstites proponerentur: Nec potuerunt meliùs Imperatores ostendere, cuiuscunque numeri liberi non nisi partem dimidiam concessam esse, quam quòd nullam de numero distinctionem adhibuerunt, cùm tamen & circa conditionem deportati & circa sexum distinxerint. Illa enim verba, *si vero filii vel filiæ relicti erunt*, cum pluralem elocutionem contineant, non minùs apta sunt vt tres & quatuor pluresve filios aut filias significarent, quam vt duos filios duásve filias. Nec quod pluralis elocutio duorum numero contenta est facere debet, vt ad duorum numerum restringatur: Estque longè facilius vt pluralis numerus etiam in vna persona verificetur, quam vt non verificetur in tribus, vel pluribus. Quo enim plures personæ sunt, eo conuenientior pluralis numerus est ad omnes significandas. Idémque tractari potest de aliis verbis illis eiusdem legis, *si filia vel filiæ fuerint.* Nam cùm lex filiam quidem dicit, vnicam intelligit, quamquam nec nouum est vt singularis numerus ad pluralis quoque significationem extendatur vt cùm lex duodecim Tabularum dixit *agnatus proximus familiam habeto.* Sed cùm lex addit, *vel filiæ fuerint*, quidni de tribus & quatuor, perinde ac de duabus filiis intellexit? Sunt autem aperciora verba illa in secunda parte prioris distinctionis posita, *vel nepotes ex defunctis filiis.* Nam cùm & de filiis defunctis in plurali numero loquantur, & de nepotibus quoque in plurali superstitibus ex iis filiis defunctis, nulla sanè ratio est cur debeant intelligi de illo tantùm casu, quo nec nisi duo filii fuerint qui defuncti sunt, nec nisi vnus ex vnoquoque filio nepos. Esset enim illa nimia & duplex restrictio, vtraque omninò improbabilis Præter id quod supradicta verba non tractant eum casum, quo soli supersint nepotes ex filiis prædefunctis, nullus autem alius ex filiis primi gradus, sed generaliorem illum, quo supersint nepotes ex prædefunctis filiis, siue soli ii sint, siue cum patruo concurrant qui sit filius primi gradus. Alioqui esset hic casus prætermissus, qui

tamen

tamen minimè fuerat prætermittendus, cùm æquè facilè possit contingere. An non enim æquè fieri potest vt damnatus tres filios habuerit, quorum vnus adhuc viuat, alij verò prædefuncti sint prole aliqua superstite, atque vt duos tantùm filios habuerit, qui ambo prædecesserint? Porrò si ponas tres ab initio fuisse filios quorum vnus adhuc superstes sit, alij verò filios reliquerint, fieri non potest vt non plures sint quàm duo, inter quos portionem illam liberis concessam diuidi oporteat. Ergo fatendum est vel prætermissum ab Imperatoribus fuisse hunc casum, vel eam legis esse sententiam, vt etiamsi plures sint quàm duo liberi hominis deportati, non eò magis tamen plus quàm dimidia pars iis omnibus in commune tribuenda sit. De quo ne dubitare possimus, facit vltima pars illa distinctionis positæ in eadem lege, *sin autem mares Curialis fuerint intermixti*, cuius sententia nobis paulò latiùs enarranda est.

ERROR II.

De priuilegio masculorum inter liberos Decurionis condemnati. Ad posteriorem partem dicta legis quando quis 10. Et ad legem si deportatus 8. Codice de bon. proscript.

Distinguunt namque Imperatores circa liberos Decurionis tres casus in quibus aliter atque aliter obseruari volunt quod pertinet ad portionem hanc liberis tribuendam. Vel enim masculi tantùm supersunt, vel tantùm fœminæ, vel intermixti mares fœminis. Primo casu volunt facultates integras ad sobolem masculinam pertinere, In eòque melioris conditionis esse sobolem Decurionis, quam alterius condemnati cuiuslibet, cùm in cæteris etiamsi plures sint masculi, omnes tamen non nisi dimidiam vnam consequantur: Decurionis verò filius masculus quamuis vnicus vniuersa patris bona retineat, Adeòque tametsi nondum editus sit eo tempore si modò sit conceptus. Hoc enim omninò requiritur, *d.l.1.§1 D eod.* In honorem scilicet ac memoriam dignitatis paternæ, quæ temporibus illis erat maxima & cæteris præfulgens, vt conijcere licet *ex l. iurisiurandi 9.* in postremis illis verbis, *etiamsi praeclara Curia honore praefulgeat C. de testib.* Quasi indecorum esset ac vniuerso Decurionum ordini parum conueniens, Decurionis sobolem, tum verò maximè cùm plures essent masculi qui ad eundem ordinem aspirare aliquando possint, egestate aliqua laborare. Secundo casu si filiæ tantùm sint, placet Imperatoribus seruari ius commune, quod in cuiuslibet condemnati liberis quibuscumque & cuiuscumque sexus, vel numeri seruaretur, vt scilicet pars dimidia apud curiam remaneat quæ si non fuisset Decurio is qui condemnatus est, ad fiscum pertineret, Pars alia ad filias quotquot sint deuoluatur. Tertio denique casu cùm intermixti sunt mares fœminis, dimidia pars masculis Curiæ nomine deferatur, id est ea pars quæ alioqui iure communi pertinere ad Curiam deberet, alia pars inter omnes liberos vtriusque sexus in viriles portiones diuidatur. Hic verò casus est, quid ad sententiæ nostræ confirmationem maximè pertinet. Nam quod de maribus in plurali numero lex ait, etiamsi ad duos restringere velles, ne dictione illa tres aut quatuor significarentur, conuinceris necessariò ponendum esse illo saltem casu tres liberos: Duos nimirum masculos & vnam fœminam, quibus tamen omnibus vna tantùm portio, id est bonorum dimidia tribuatur: Nec fieri potest vt aliter verificentur ea verba, *sin autem mares Curialis fuerint intermixti*. Non enim essent intermixti mares si soli essent, nulla fœmina: sicuti nec si vnus tantùm masculus adesset. Fateamur ergo non eam fuisse iuris veteris rationem, vt solus liberorum numerus ternarius sufficere posset ad omnia deportati bona obtinenda: Neque alio casu debuisse liberis concedi vniuersa bona damnati, quàm quo damnatus fuisset Decurio superstitibus masculis siue soli ij essent, adeóque masculus vnicus, siue cum fœminis. Dixi *adeóque masculus vnicus*, quia si tùm quoque cùm filiæ nullæ sunt, sed vnus tantùm masculus, omnia tamen bona ei concedi æquum est, tanquam filio Decurionis, cur non dimidiam habebit solus, etiamsi filiæ concurrant? Quinimò dubitandi ratio non leuis suberat propter quam filiabus quoque concurrentibus totum patrimonium vni filio masculo relinquendum videretur, quod æquè totum erat ille habiturus etiamsi filia nulla interuenisset. Verùm non quæ ratio facit masculum fauorabiliorem fœminis in comparatione Curiæ quæ per fœminas etiam plures non periode ac per masculum quamuis vnicum excluderetur, Eadem facere potest masculum fauorabiliorem fœmina si inter se conferantur, hactenus scilicet vt masculus excludat in totum fœminam, quomodo excludere Curiam posset. Quippe quod fœmina etiam suo iure deficientibus quoque masculis præferretur Curiæ in dimidia parte bonorum non minùs quàm si de alterius cuiuslibet deportati qui Decurio non fuisset, bonis ageretur. Satis ergo est si masculo Decurionis filio in hoc faueatur quòd solus dimidiam illam totam habet, quæ si specialis fauor nullus esset ad Curiam peruenire deberet, Nec eo minùs tamen in alia dimidia quæ ipsi nomine Curiæ defertur, præcipuum fauorem nullum haberet, vt quod hac parte habet priuilegium non in dispendium sororum vergere debeat, quod pertinet ad portionem illam liberis omnibus in commune concedendam, sed in damnum Curiæ, quod ad aliam portionem attinet, in qua nihil interest sororum, quæ tametsi masculus nullus esset, nihil tamen iuris habere possent in ea portione quam Curia suo iure vindicaret. Idque est, quod lex ait, partem illam dimidiam deferri masculus *Curiae nomine*, ac si diceret *vice Curiae* quæ alioqui iure communi post illam constitutionem vice fisci eam portionem esset habitura. Solum crimen læsæ Majestatis excipiunt Imperatores *in d. l. quando quis* In quo nempe speciale est vt ob delictum patris innocentes quoque liberi bonorum omnium paternorum amissione mulctentur, adeóque cæterorum vniuersorum vndecomque tandem prouenerint, solis filiabus reseruata permissáque falcidia ex bonis matris in causam alimentorum *l. quisquis 5. C. ad leg. Iul maiest.* Cæterum in eadem *l. quando quis*, quod habet vulgata lectio *sin autem mares Curiales fuerint intermixti*, benè monuimus sic emendandum esse vt pro *Curiales* reponamus *Curialis*. Est enim tota illa distinctio de liberis non qui sint ipsi Decuriones, sed qui sint liberi Decurionis. Alioqui manca esset hac parte distinctio quam Imperatores voluerunt perfectam esse, & absolutam. Esset enim prætermissus ille casus quo liberi Decurionis condemnati, Decuriones ipsi non essent, qui tamen casus contingit frequentius, Ille verò rariùs vt Decurionis liberi quoque sint Decuriones præsertim plures. Nam & sic in eadem lege paulò ante *sin autem erit soboles Curialis* non etiam *Soboles Curialis* cùm de illa quoque Sobole loquatur eo loco quæ nondum sit procreata, & quæ proinde Curialis ipsa esse non possit. Illud denique in ea Constitutione dignum notatu est, quod Imperatores cùm

tractant

tractant de nepotibus, non de aliis loquuntur quàm sint *ex defunctis plus*, ad exclusionem eorum si qui forent qui ex filiabus præ defunctis superessent: Non quòd non sint etiam isti atque nepotes, adeoque liberorum appellatione contineantur *l. 1. C. de cond inser*. Sed quia cùm non sint in potestate condemnati ne quidem ante damnationem priuilegium nullum merentur quod suis tantùm hæredibus indultum fuit, vt apparet ex rationibus quas Paulus noster in hanc rem congerit *in d. l. cùm ratio in princ.* Nam & inde quod ait *l de bonis 6. eod. tit. Cod de bon. proscript.* De bonis matris deportatæ nihil liberis deberi, Nimirum quia non habent fœminæ suos hæredes, *l. illud 4 §. ad testamenta D. de bonor. poss. contr. tabul.* Nec est contrarium quod scriptum est *in d l. si deportatus 8. C. eod. tit. de bon. proscript.* Etiam emancipatos ad portionem quæ suis hæredibus debita est communionem admitti, si modò parati sint collationis onus subire. Etsi enim emancipati non magis in patris potestate sunt quàm nepotes ex filia in potestate aut, aut liberi in potestate & familia matris, fuerunt tamen aliquando scilicet ante emancipationem Atqui emancipationem rescindit Prætor cùm vocat eos ad beneficium bonorum possessionis cum suis hæredibus sub conditione tamen præstandæ collationis, Plus ergo iuris habent beneficio Prætoris, quàm nepotes ex filia, aut quàm habeant liberi in successione matris, Qui nec sunt in potestate, nec vnquam fuerunt idcóque nec fuisse retrofinguntur. Apparet igitur ex superioribus, nullo casu tribus aut quatuor liberis condemnati bona ipsius omnia, non magis quàm vni, aut duobus concedi olim debuisse. Sed quid respondebimus ad *d. §. si plures, d l. cùm ratio 7. D. de bon. damnat.* Solus enim locus ille est, qui nostros Interpretes fefellit vt hanc distinctionem adhibendam putauerint; quasi iam olim adhibitam ab Hadriano. Quod nunquam credidissent, nisi vulgatæ lectionis mendum elegantem rescripti rationem conturbasset, quæ tamen intelligenda & spectanda potissimùm erat vt ipsa rescripti sententia benè perciperetur. Itaque cùm de sententia iam nobis constet, superest vt de ipsa emendatione coniecturam nostram subijciamus.

ERROR III.

De casibus in quibus vniuersa bona condemnati relinquuntur liberis. Ad dictum paragraphum si plures leg. cùm ratio 7. D. de bonor. damnat.

Sicuti verissimum est, quod proximo capite disputauimus, Ita fuisset ius vetus comparatum, vt non esset fauorabilior trium aut quatuor quàm duorum liberorum causa in ea portione constituenda, quæ condemnati liberis ex indulgentia principali concedebatur. Ita negari certè non potest, quin Hadrianus Imperator in eo rescripto cuius mentio fit *in d l cum ratio 7. § si plures D. de bon. damnat.* rationem præcipuè habuerit numeri liberorum, cùm decreuit vt Albini condemnati filiis vniuersa patris bona concederentur. Id enim disertè probant verba rescripti à Paulo relata: *Sed & Diuus*, inquit, *Hadrianus in hanc sententiam rescripsit, Fauorabilem apud me causam liberorum Albini, numerus filiorum facit, cùm ampliari imperium, hominum adiectione potius quàm pecuniarum copia, malim.* Vt proinde dubitari de eo solo posse videatur quem liberorum numerum adesse necessarium sit, vt iuris rationem ideirco immutari oporteat. Nec enim ex supradictis verbis certò id colligi, aut etiam conijci potest. Sed tamen, amplissimum in ea specie fuisse numerum liberorum, nec tam plures quàm plurimos liberos, conijcere facile est, vel ex eo solo quòd non alia ratione moueri se testatus est optimus Imperator quam numero illo liberorum. Quis enim credat hesi potuisse, vt trium vel quatuor filiorum fauor, tam insolitam ac tum primùm fortassis inductam Principis liberalitatem extorserit? Ao fortè adeò insolitum est vt qui deportantur, vel vltimo supplicio afficiuntur tres aut quatuor liberos habeant? Aut quid est in eo numero propter quod tantus, tamque amplus videri debeat, vt æquum fuerit hoc vno prætextu recedi ab eo iure quod vulgò & communiter seruabatur? Alioqui parum prudenter Iustinianus fecerit, qui augendo quotam portionem legitimæ ad trientem, vsque vel semissem pro numero liberorum, Nec maiorem tamen partem tribus vel quatuor liberis dedit quam duobus vel etiam vni, Trientem scilicet pro quadrante, qui nimirum omni casu & omnibus liberis erat constitutus. Semissem verò non aliter quam si quinque ad minus liberi esse proponantur. Ita innuens non obscurè, amplum liberorum numerum non esse si non nisi tres, aut quatuor sint, sed incipere amplum fieri si plures sint quam quatuor. Sed neque tam faciles fuisse prudentes vt liberorum numerum vllo casu inspiciendum putarent, ex illo etiam apertissimè constat, quòd tùm quoque cùm de portione legitima tractabatur, quæ iure naturæ debita dicitur quartam duntaxat portionem dabant liberis cuiuscumque numeri essent, eius partis quam ab intestato erant habituri, *l. cum quaeritur 6. l. que nuper 3 C. de inoff testam.* Primus enim Iustinianus fuit qui ex liberorum numero portionem illam augendam esse existimauit, sed cum hoc incommodo & absurdo vt quinque liberorum maior sit portio legitima quàm si quatuor tantùm essent cùm tamen in legitima intestati successione ex qua portio legitima æstimatur, perpetuum sit vt quo plures sunt liberi qui succedunt, eò minores portiones consequantur, *l. non pro numero 2. C. ad SC. Orphit.* Quod si tam rigidi & constantes fuerunt prudentes omnes in moderanda & retinenda ea portione quàm in bonis parentum liberis naturæ iure debitam esse non ambigebatur, quis credat fuisse illos faciliores in augenda pro numero liberorum parte dimidia quam condemnati liberis concedi voluerunt Imperatores? Nam præter id quod erat illa pars in per se ancilior, cùm non quarta esset vt alia sed dimidia, Illud etiam mouere debeat ne vnquam augeretur, quòd minùs fauorabilis videbatur quàm portio legitimaria, cùm non iure naturæ vt illa deferretur, sed potiùs miserationis tantùm ratione. Nam cùm ius naturæ votúmque ipsum parentum non priùs hæreditates parentum siue in totum, siue pro parte liberis applicet, quàm parentes decesserint, adeò vt præmatura spes & improba sollicitudo eius esse dicatur, qui contra ius gentium festinans de viuentis hominis aucupanda nedum occupanda successione cogitat, *l. 1. §. si impubere D. de collat. bon l. 2. § interdum D. de vulg. & pupillar. substitutione, l. donatio 29. aliàs l. quidam §. donationem D. de donation. leg. vlt. C. de pactis.* Sequitur vt in bonis deportati nullum re vera sit ius liberorum, quia & deportati & qui vltimo supplicio afficiuntur, amittunt bona cum ciuitate priùs etiam quàm amittant vitam, vt superiore Decade docuimus. Quò referri etiam potest, quod scribitur *in l. si legatarius 8. in fin. de legat 3.* Cùm testator ab hærede suo petisset, vt quicquid ex bonis testatoris ad eum peruenisset, filiæ ipsius hæredis ita restitueret, vt eo amplius haberet, quàm esset habitura ex bonis patris: Manifestum esse de eo tempore

tempore sensisse testatorem quod post mortem patris futurum esset, atque Diuum Pium rescripsisse: Nempe quòd nihil habere posset illa ex bonis patris, nisi post eius mortem. Sola igitur ratio miserationis potuit, & debuit, mouere Imperatores vt liberis condemnati partem dimidiam bonorum eius concederent, non ius aliquod naturæ. Atqui nemo nescit fauorabiliorem esse causam quæ à iure ipso naturæ, quam quæ à sola miseratione proficiscitur, ideóque descendere quod omnes admittunt vt fauorabilior sit legitima illa portio quæ descendentibus in bonis ascendentium, quàm quæ ascendentibus in descentium bonis debetur. *l. nam etsi 15. D. de inoff. testam. l. scripto 7. §. 1. D. vnd. liber.* Cur ergo patiamur augeri portionem debitam liberis ex bonis condemnati pro numero liberorum, cùm ea quæ iure ipso naturæ debetur, non augeatur? Aut cur augeri supra dimidiam, cùm Iustinianus ipse qui legitimam liberis naturæ iure debitam solus auxit, nullo tamen casu patiatur maiorem illam esse quàm dimidiam, cuiuscunque tandem numeri liberos is reliquerit de cuius bonis disputatur? Fateor non sine magna ratione priscis illis iisdémque optimis Imperatoribus placuisse, vt condemnati liberis portionem illam dimidiam indulgerent, ijs scilicet de causis quas Paulus noster congerit *in dict. l. cum ratio.* Non etiam illa quam nonnulli afferunt, quòd crimen vel pœna patris, nullam maculam filio infligere possit, quódque vnusquisque ex admisso suo sorti subijciatur, nec alieni criminis successor constituatur, quomodo scriptum est *in l. crimen 26. D. de pœnis.* Nec enim liberi puniuntur cùm paterna bona viuo patre publicantur, nec paterni criminis successores ideò constituuntur: Sed fit hoc in necessariam consequentiam & ex ordine vt verbis vtar eiusdem Pauli in *l. cum vnius 12. D. de bon. author. possid.* quia scilicet fieri nequit, vt bona vlla liberis post mortem suam relinquat is, qui omnia viuus amisit, quantumuis innocentes sint liberi, & pro innocentibus habeantur. Quid enim commune habet liberorum innocentia, cum amissione bonorum patris, quam pater ipse viuus patiatur? Verùm hoc ego contendo, non alia quàm miserationis ratione indulgeri potuisse liberis condemnati vt ex bonis patris partem acciperent, quod alioqui durum & inhumanum videretur, ex paterno delicto in tantam & perpetuam liberos delabi egestatem: Cæterum iuris rationem facere, vt ex bonis condemnati qui publicationem passus sit antequam moreretur, nihil habere debeant liberi quamuis innocentes quia nihil iis fiscus summo iure debet: quod non potuerunt siue prudentes nostri siue Imperatores apertiùs exprimere, quàm cùm liberalitati & indulgentiæ principali totum hoc accepto ferendum esse scripserunt. Proinde non habent liberi quod conquerantur, si dimidiam duntaxat bonorum paternorum habeant, nec si duodecim, aut viginti si voles liberi proponantur, cùm si summo iure ageretur nihil penitus habere possent. Tantum abest vt vllo casu possint obtendere bona sibi omnia concedi debere ob solum numerum liberorum. Ideóque Paulus noster librum singularem, ex quo sumpta est *d. l. cùm ratio*, inscripsit De portionibus quæ liberis damnatorum conceduntur: Vt vel ex ipsa inscriptione significaret portiones tantùm concedi solere non bona vniuersa, Cùm tamen non maior esset ratio vt de portionibus quàm de vniuersis bonis concedendis liber inscriberetur, si tres liberos esse sufficeret, vt bona integra liberis oporteret. Etsi enim prius est vt quis duos, quàm vt tres liberos habeat, Attamen tam frequenter euenit, imò frequentiùs, vt quis tres plurésve liberos habeat, quàm vt duos tantùm, quia binarius numerus duplici vnitate constringitur, Cæteri numeri supra binarium latiùs patent, & in infinitum vsque extenduntur. Frequentiùs igitur accideret vt bona condemnati omnia liberis relinquenda sint, quàm vt portiones tantùm si plus apud nos valebunt interpretum opiniones, quàm prudentum sententiæ. Atquin negari non potest vt initio præfari sumus, quin Hadrianus ab eo iure quod obseruari solitum erat recesserit in ea specie in qua rescripsit moueri se numero liberorum vt vniuersa patris damnati bona ijs concederet: nimirum, inquam, quia in ea specie insolitus erat vt arbitror numerus liberorum, id est maior quam esse soleat, & quàm vt de eo cogitari potuerit in constituenda portione illa quæ liberis damnatorum ex humanitate indulgeri debere visa est. Non enim solent legislatores in eo iure stabiliendo quod perpetuum futurum sit & ad consequentias trahendum, ad ea respicere quæ semel aut bis & in summa quæ non nisi perraro eueniunt *l. ex his 4. & seqq. D. de legib.* Finge Albino fuisse non tres aut quatuor tantummodò, adeóque nec quinque aut septem liberos (id enim sæpissimè accidit) sed duodecim, quod licèt rarissimè, aliquando tamen eueniet. Moueri sanè optimus Imperator potuit & debuit tanto numero liberorum. Quémadmodum & hodie solent Principes nostri si quando talis casus contingat eiusmodi personis immunitatem speciali priuilegio concedere ab omnibus oneribus publicis, ordinariis & extraordinariis: maximè verò à tributo, quod èx generali lege penditur Principi à plebeiis omnibus sine vlla penitus exceptione, & apud nos commutatorium appellatur. Habent autem immunitatem patres tot liberis onerati non ratione aliqua clausa vt loquuntur in corpore iuris, neque aliqua lege scripta vel consuetudinaria. Adeóque nec aliquo ex priuilegio quod huiusmodi personis à Principe oblatum & concessum sit, sed ex speciali indulgentia quæ non aliter conceditur quàm si primùm petatur. Denique peti soles non præstari, Contrà quàm olim responderit idem noster Hadrianus petenti cuidam pro beneficio vt sibi ex eius authoritate de iure respondere liceret, Non peti hoc sed præstari solere vt refert Pomponius *in l. 2. §. & vt obiter antep. De orig. iur.* Sunt enim tales Principum concessiones personales & priuilegia singularia, quę personam non egrediuntur. *l. 1. §. vlt. D. de constit. Princip.* vbi additur non trahi concessiones istas ad exemplum, Hactenus scilicet vt ex eo ius constituatur, quod in aliis personis licet in similibus causis obtineat, Trahuntur enim ad exemplum hactenus vt peti possit à Principe sperari futurum vt concedat ille quod aliis anteà in pari causa constitutis indulserit. Quomodo Paulus noster in eo ipso *§. si plures*, sit fecit exempla per quæ pluribus damnati liberis bona omnia concessa sint, Ne dubitare possimus quin non solùm in ea specie de qua Imp. Hadrian. rescripsit, sed & aliis quibusdam casibus idem factum sit. At speciali sanè in eam rem petitione opus est, & speciali concessione, Præsertim cùm non solus numerus liberorum ius illud singulare possit extorquere si non aliam etiam concurrant, quæ faciant vt tantus liberorum numerus fauorabilis videri debeat, & dignus propter quem recedatur ab eo iure quod per Principum indulgentiam transiit tandem in ius commune. Finge enim tam amplum fuisse condemnati patrimonium, vt si totum inter liberos quamuis tam multos distribueretur, futuri tamen essent locupletes singuli, aut mediocrium saltē facultatum. Desinet æquum esse

quod alioqoin eſſet æquiſſimũ, vt ijs bona patris omnia concedantur: Ratio namque miſerationis quæ ſola indulgentiam iſtam principalem meruit, hactenus liberis condemnati ſuccurrendum eſſe ſuadet ne ſumma & perpetua egeſtate laborandum habeant, Nõ etiam hactenus vt ex tali conceſſione ditentur: quod non modò à fiſci rationibus & vtilitatibus, ſed etiam ab optimorum Principum propoſito alienum eſſet. Quamquam non hoc ita volo accipi vt putem diſtinctioni huic locum eſſe ſi condemnati liberos poſſis eſſe contentos dimidia illa portione quam ex legibus & reſcriptis generalibus iis concedi placuit, ſed vt neceſſaria ſit hæc diſtinctio & obſeruatio, ſi quando liberi petant à Principe condemnati vniuerſa. Difficilior enim eſt, vt eſſe ſemper debet, conceſſio & impetratio iuris merè ſpecialis & priuilegiarij quàm eius quòd ſit commune. Ergo vt bona omnia liberis concedi oporteat, non illud tantùm inſpiciendum eſt quia & quantus ſit numerus liberorum, ſed etiam quæ quantitas ſit patrimonij & bonorum quorum conceſſio poſtulatur.

ERROR IV.

De corrupta lectione & emendat. d. §. ſi plures.

IDque apparet haud dubiè ex illo ipſo Hadriani reſcripto de quo nunc tractamus ſi vulgatæ lectionis mendum ſententiam & elegantiam reſcripti non fœdaret. Sic enim vulgata lectio habet: *Ideóque illis paterna ſua cõcedi volo quæ manifeſtabunt tot poſſeſſores etiamſi acceperint vniuerſa.* Quibus verbia certum eſt rationem reddi propter quam paſſus ſit Hadrianus in ea ſpecie moueri ſe numero liberorum. Sed tamen quis huius rationis ſenſus ſit, & quæ ſignificatio verborum quibus ea ratio concepta & expreſſa eſt, nemo explicat, & Accurſius noſter quaſi non viderit, tacet. Ac ſanè fatendum eſt explicari nullomodo poſſe: Latet enim mendum manifeſtiſſimum in verbo *manifeſtabunt*, pro quo ſi reponas, quomodo reponendum exiſtimo, *minimè dabunt*, ſententia reſcripti & apertiſſima erit, & elegantiſſima, Motum fuiſſe Imperatorem vt in ea ſpecie paterna omnia liberis condemnati largiretur, quòd tantus eſſet numerus liberorum, vt verendum non eſſet ne ex liberalitate, ditarentur ſinguli etiamſi, bona vniuerſa acciperent. Id enim eſt quod ſignificant verba illa *tot poſſeſſores* (quis enim ferat ijs verbis illos etiam ſignificari, qui non ſint niſi tres?) & illa rurſum dictio quæ ſequitur *etiamſi* quam alio ſenſu donare certè nemo poſſit. Nam ſi diſtributione totorum bonorum facta inter liberos, fieri potuiſſet vt ditarentur ſinguli, aliter proculdubio Imperator reſcripſiſſet, nec liberorum quantocunque numero motus fuiſſet. Quàm verò facilis & lubricus hic error fuerit vt per imperitiam librarij ſcriptum ſit *manifeſtabunt*, pro eo quod reponimus *minimè ditabunt* apparet ſatis ex ſimilitudine duarum priorum & duarum poſteriorum ſyllabarum dictionis illius *manifeſtabunt*, quæ & ex totidem fermè literis conſtat. Quanquam parum laborandum eſt vnde error fluxerit, cùm & de loci ſententia, & de emendationis neceſſitate ſatis liqueat. Nec eſt quod quis interpretationi noſtræ obijciat. Nimis remotum eſſe à verbis Pauli vt quod ille ait de pluribus liberis non de tribus aut quatuor ſed de duodecim accipiatur. Non enim præcisè id exigo vt duodecim liberi ſint ad mouendum Principem vt damnati bona omnia liberis concedant. Poſſet enim tam exiguum eſſe patrimonium, vt non dubitarem quin ſi decem tantummodò eſſent liberi, idem nihilominùs admitti oporteret. Ex quantitate ſiquidem patrimonij aliter atque aliter conſtituendum putarem non ab interpretibus, ſed à Principe cuius indulgentia implorareretur. At illud ſemper exigo vt & inſolitus ſit numerus liberorum, & patrimonium eiuſmodi, quod ſi cum liberorum numero conferatur ſingulos liberos ditare non poſſit, quamuis totum inter eos diſtribuatur. Item vt ea conceſſio ſpecialiter petatur & impetretur ab indulgentia Principis, Non quaſi generaliter iam obtenta ſit eo ipſo iure communi quo dimidia pars bonorum condemnati in omnem caſum & cuiuſcunque numeri liberis, adeòque quantum aut quantulumcunque ſit patrimonium liberis concedi à fiſco ſolet. Neque repugnet dictio illa *plures* qua Paulus vtitur. Nam cùm ipſi etiam interpretes fateantur non vſque adeò propria hic ſumi eam poſſe vt duorum numero contenta eſſe poſſit, illud quoque fateri eos neceſſe eſt *plures* à Paulo liberos dici non ex comparatione vnius, ſed ex comparatione plurium, id eſt qui ſint plures pluribus, Ergo qui ſint plurimi, aut etiam plures plurimis, quemadmodum plerunque apud latinos authores amplior & latior eſt ſignificatio comparatiui quàm ſuperlatiui, hoc eſt ſi comparatiuus non poſitiuo ſed ſuperlatiuo opponetur. Nec diſſimiliter in ſpecie illius reſcripti cuius meminit etiam Marcianus *in l. qui in prouincia 57. §. 1. D. de rit. nupt.* quo teſtatur Imperator moueri ſe diuturnitate temporis, iuſta quoque facti alieni ignorantia & numero liberorum ex illicito matrimonio ſuſceptorum vt omnibus his cõcurrentibus liberos faciat legitimos, Non de alio liberorum numero ſentiſſe puto Imperatorem, quam qui ſit maximus & inſolitus. Qualem in ea ſpecie fuiſſe vel ex eo poteſt conijci quòd per annos quadraginta figura illa matrimonij illiciti durasse proponebatur.

ERROR V.

De portione legitimaria quam interpretes dant liberis eius cuius bona per ſtatutum ſimpliciter confiſcata ſunt, & an ſit debita iure naturæ.

COnfutato illorum errore, qui putant Etiam hodie ſi quis ex forma ſtatuti bonorum omnium publicationem paſſus ſit, eius tamen liberis eaſdem portiones tribuendas eſſe quæ olim ex indulgentia quidem principali, ſed tamen iure quodammodo communi tribuebantur, adeóque vniuerſa bona ſi plures ſint quàm duo, Reſtat vt illos quoque refellamus qui tanquam noui Erciſcundi contrarias aliorum opiniones ſic temperant, vt neque patiantur liberos in totum ſpoliari bonis paternis, neque rurſum tam fauorabiliter tractari, vt vllo caſo vniuerſa damnati bona ijs tribuant, nec tam amplam portionem quam habebant olim, id eſt dimidiam partem bonorum, ſed ſolam eam portionem quæ iure naturæ debetur, quam vulgò legitimam alij legitimariam vocant. Quæ ſententia eſt Iulij Clari *lib. 5. Senten. §. fin. quæſtione 78. num. 26. verſ. videndum eſt*, vbi & communem hanc eſſe atteſtatur, Reprehenſus eo nomine ab Antonino Teſſauro *Deciſ. Pedemont.* 198 paulò ante finem, qui receptiorem illam eſſe ait quæ à nobis proximè refutata eſt. Sed ſit vtraque ſi volent, communis, vt quod alijs pleriſque caſibus euenit diſputandum habeamus duntaxat, vtra ſit communior. Nos facilè probabimus

probabimus non minùs hanc quàm illam falsam esse, licèt temperatior esse videatur Non aperit Iulius Clarus, quibus rationibus eam fulciri putet, vt neque aliàs solet in communibus opinionibus aut lege, aut ratione aliqua confirmandis valde laborare aut immorari, Adeò fuit ille non modò breuitatis studiosus, sed etiam communium opinionum ferè omnium religiosus venerator. Quasi nec dubitans quin ea temporum nostrorum conditio sit, vt quisquis Iurisprudentiam honorificè ac vtiliter profiteri velit, nihil aliud inquirendum habeat, nisi quid in quaque quæstione magis communiter ab interpretibus probetur. Verùm non est difficile animaduertere duas potissimum rationes in huius sententiæ confirmationem adduci posse. Vna est, quòd legitima ista portio, cùm & iure naturæ & ex voto parentum sit liberis debita fauorabilior esse videatur, quàm ea quæ olim ex indulgentia principali tribuebatur. Non solum quòd fit minor tanquam quæ regulariter sit triens nec nisi certis casibus, & pro numero liberorum ad semissem vsque ascendat, illa verò semper erat dimidia, non minùs si filius condemnati vnicus, quam si plures liberi proponerentur. Sed etiam quòd iure naturæ debeatur, ideòque difficilius sit vt citra iniuriam & saluis naturæ legibus denegetur. Altera ratio est, quod interpretibus ferè omnibus vulgò placet, Statuto posse quidem minui quotam legitimæ, sed legitimam ipsam in totum tolli non posse: Quo admisso frustra est quærere de huiusmodi statutorum interpretatione, An ea mens statuentium fuerit vt liberorum quoque legitimam publicari & fisco applicari voluerint, cùm nec si voluissent attamen potuissent. Enimuerò quàm futilis vtraque ratio sit, nemo non statim videbit qui modò ea quæ iam disputauimus diligenter legerit. Nam quod ad primam pertinet, verum quidem est quod Paulus noster scribit *in l. cùm ratio 7. in princ. De bon. damnat.* Naturalem rationem quasi legem quandam tacitam addicere liberis parentum hæreditatem velut ad debitam successionem eos vocando, Ita vt cùm liberi parentibus succedunt pene ad propria bona veniant, *l. 1. §. largius, D. de success. edict.* quippe quorum domini iam viuo adhuc patre existimentur, *l. in suis 11. D. de liber. & posthum.* Vnde & suorum hæredum nomen acceperunt, *d. l. cùm ratio.* Itemque quod Papinianus *in l. scripto 7. §. 1. D. vnd. liber.* Naturæ simul & parentum commune votum admittere liberos ad parentum successionem, cùm à conuerso parentes ad bona liberorum sola ratio miserationis admittat, sed non ideò consequens sit, vt in bonis parentum legitimam iure naturæ liberis debeti verum sit, cùm vel ex legitimæ nomine appareat, deberi eam ex legibus, ideòque & legitimam appellari. Si enim iure naturæ deberetur, non legitima portio dicenda erat, sed naturalis: Nec rursum de legitima ista portione Paulus & Papinianus supradictis locis loquuntur, sed de tota ipsa parentum successione, De qua proinde dicendum esset quod de sola legitima iactant Interpretes, Deberi eam integram iure naturæ, si quid ad rem, prædicta Pauli & Papiniani ratiocinatio pertineret, quod tamen nemo ex Interpretibus vnquam dixit. Aliud enim est addici parentum hæreditatem liberis ratione naturali, vt Paulus loquitur *in d. l. cùm ratio,* vel quomodo Papinianus *in l. nam etsi 15. in princip. De inoffic. testament.* Ob naturalem parentum erga liberos charitatem, Aliud verò Deberi eam iure naturæ Nam si ius naturæ hoc faceret nulla ciuilis ratio posset facere vt à parentum hæreditate liberi arcerentur cùm nemo nesciat iura naturalia esse immutabilia, nec vlla iuris arte corrumpi posse, *l. eas 8. in fin. D. de capit. minut. §. vltim. Instit. eod. & §. vlt. Inst. de iur. natur. gent. & ciuil.* Præterea non esset ius hoc proprium suorum hæredum quod iuris ciuilis nomen est, sed ad omnes liberos etiam emancipatos pertineret, quos scilicet natura æquè ac suos agnoscit. Quippe cui sunt incognita nomina ista suitatis & emancipationis, quæ sola lex duodecim tabularum pro familiarum distinctione & conseruatione introduxit Et tamen certum est prudentes nostros quibus locis loquuntur de patris successione liberis addicta non nisi de suis hæredibus tractare, *d. l. cùm ratio, d. l. in suis,* vt significent non idem in emancipatis dici posse: ac proinde ex eiu li iure id fieri non ex naturali, licèt fiat ob rationem naturalem. Nam vt alibi sæpius monuimus, Non quemadmodum ius narale nullum est sine ratione naturali. Sic è conuerso, naturalis quælibet ratio sufficiens est ad constituendum ius naturale. Nec contrarium est quod de emancipatis non minùs quàm de suis hæredibus loquitur Vlpianus *in d. l. 1. §. largius, D. de success. edict.* cùm ait largius tempus parentibus liberisque tribui petendæ bonorum possessionis tribui à prætore, quod arctandi non erant, inquit, qui penè ad propria bona veniunt. Nam præter id quod locus ille probaret, Etiam liberorum successionem iure naturæ debitam esse parentibus, de quibus eo loco Vlpianus, non minùs quàm de liberis loquitur, illud etiam constat Prætorem in eo iure quod introduxit De bonorum possessionibus non alia ratione parem causam facere emancipatorum & suorum hæredum, quàm quia rescindit primùm capitis diminutionem illam, quæ per emancipationem contingit, *l. 1. §. si emancipatus D. de bonor poss. contr. tab* Qua rescissa, relinquitur vt nulla inter suos & emancipatos differentia supersit, quod ad effectum successionis, nec similiter quantum ad patrem filio emancipato succedentem, quia post rescissam emancipationem perinde habetur filius ac si semper mansisset in potestate, vt perinde verum sit etiā patrem cùm succedit filio emancipato venire ad bona penè sua & propria, quoniā si filius in potestate mā sisset, omnia quæ finisset patri, *l. 1. D. si à parent. quis man. sit l. placet 79. D. de acquir hered.* Ex eoque intelligimus magis ex iure & potestate suitatis, quam ex naturæ iure descendere vt parentum hæreditas liberis addicta existimetur, Cùm eodem ferè iure apud Prætorem censeantur parentes liberis succedentes, quo liberi succedentes parentibus, tametsi contra commone suum & naturæ votum parentes liberis succedant, *d. l. nam etsi.* Aliud nimirum est succedere ex voto parentis, aliud verò succedere ex debito, & ex iuris siue naturalis, siue ciuilis aut prætorij necessitate. Nec egeret voto parentum & naturæ, liberi, si parentum hæreditates iis iure naturæ deberentur. At neque separandæ hac parte essent successiones maternæ à paternis. Nam cùm non minùs matri quàm patri commune illud sit, vt hæreditatem suam liberis communibus aliquādo relictam velint, eóque certius & iustiùs maternam hæreditatem sperare liberi possint quàm paternam, quod mater semper certa est, non etiam pater, *l. quia semper 5. D. de in ius vocand. d. l.* nam etsi *d. l. scripto §. 1 l. 4. D. de curat fur.* Nihil certè causæ est cur non fatendum sit maternam æque ac paternam hæreditatem liberis deberi iure naturæ, si vernm est paternam eo iure ipsis debitam esse. Vtrumque enim perinde & ratione naturali nititur, & voto parentum. Atqui de materna hæreditate nihil vsquam tale proditum est, & supradicti omnes loci de paternis tantùm bonis loquuntur, non de maternis, quia fœminæ non habent suos hæredes, *l. illud 4 § ad testamenta, D. de bonor. poss. contr.*

tabul. l. mulier 5. C. de adept. Ideoque nimirum certi iuris semper fuit, de bonis matris deportatæ nullam portionem liberis eius concedendam esse, vt diserte scriptum est *in l. de bonis C. de bonis proscript.* Cùm igitur alio iure pater, alio mater hac in re censeatur, Apparet euidentissimè non tam naturali quàm ciuili iure fieri vt paterna hæreditas suis hæredibus solis debita esse dicatur. Adeò vt neque Prætor, qui tamen potissimùm naturalem æquitatem intuetur, det vnquam bonorum possessionem ex capite Vnde liberi petentibus liberis maternam successionem, sed ex capite Vnde legitimi, quia non suo iure succedunt matri liberi, quomodo sui hæredes patri, quos constat nec indigere vt intestati patris hæreditas ita per legem 12. tab deferatur, sed succedunt iure ciuili ex SC. Orphitiano si legitimi sint liberi, & ex legitimo matrimonio nati *lege generaliter 3. D. vnd. legit.* aut ex capite edicti Prætoris Vnde cognati si sint spurij *leg. 1. §. si qua pragnans l. 2. l. si spurius D. vnd. cognat.* Cur non verò Vnde liberi cùm sint liberi non minùs imò certiùs, vt dictum est, matris quàm patris? Nempe quia prætor ea parte edicti Vnde liberi, non omnes liberos vocat, sed eos tantùm qui vel sint sui hæredes, vel futuri erant si emancipatio non interuenisset: In quo numero non sunt liberi respectu matris sed patris tantùm. Falsum igitur est quod nostri pro tam vero habent, parentum hæreditates iure naturæ liberis debitas esse. Illud verò falsius, legitimam portionem quæ inofficiosi testamenti querelam excludit eodem iure naturæ deberi, Cùm ratione legitimæ nihil vnquam interfuerit an in bonis paternis, an in maternis ea peteretur. Semper autem valde interfuerit ratione successionis an de paterna, an verò de materna ageretur, vt ostendunt ea quæ modò diximus Nam & idcircò instituendus erat a patre filius vel exhæredandus & quidem nominatim, vt valeret testamentum, non etiam à matre cuius præteritio pro exhæredatione habebatur *Tit. de exhered. liber. Inst.* Et quamuis ritè facto testamento perinde arceatur filius à querela contra testamentum, siue patris, siue matris proponenda si modò quartam bonorum partem quoquo relicti titulo acceperit, inspecto iure vetere, Priùs tamen quàm inductum esset querelæ remedium siue per legem Gliciam, vt vult Cuiacius, siue quod nos magis probamus, per interpretationem Prudentum. An non exclusi erant liberi non modò à legitima sed etiam ab vniuersa successione siue exhæreditati essent nominatim à patre, quamuis sine causa, siue à matre etiam præteriti? Quis ergo dicat iam tùm debitam liberis fuisse legitimam iure naturæ in bonis parentum, aut ipsam quoque parentum successionem? Quòd si neque successio, neque legitima eo tempore debita iis iure naturæ, An forte admittemus ius aliquod naturæ posterius tandem emersisse ex quo cœperit non modò legitima portio, sed ipsa etiam parentum successio liberis deberi?

ERROR VI.

De differentia portionis quæ debetur liberis, & eius quæ debetur patrono in bonis liberti condemnati. Et de priuilegio suorum hæredum hac in re.

SEd etsi verum esset debitam esse parentum successionem liberis iure naturæ, aut saltem legitimam in bonis parentum portionem, Mala tamen esset illa Interpretum collectio, vt ob eam causam salua esse debeat saltem legitima ista portio in bonis condemnati. Hoc enim si ita esset, Non ergo debuerat olim materna successio à paterna separari, *d. l. de bonis*, Nec rursus alia portio liberis concedi ex indulgentia principali, quàm quæ legitimam æquaret, quod tamen factum non est, *d. l. cùm ratio.* Sic enim obseruabatur in persona patroni, si fortè libertus bonorum publicationem passus esset, vt non eriperetur patrono, quod is habiturus erat in bonis liberti si libertus morte sua decessisset, at reliqua tantùm pars quæ ad manumissorem pertinere non poterat, fisco vindicaretur, *d. l. cùm ratio, §. si in libertinum.* Scilicet quia patrono suo sua portio verè debetur nullis existentibus liberis, non quidem iure naturæ aut ciuili sed prætorio, quamuis non sine ratione naturali, *l. 1. & tot. tit. D. de bon. libert.* Vbi passim hæc debita portio appellatur: Quod quamuis de legitima quoque portione quibusdam locis scriptum sit vt *in l. Papinianus 8. §. quoniam autem, D. de inoff. testam.* quam & debitum naturale vocauit Iustinianus *in l. scimus, 36. §. vlt. C. eodem* longe tamen alio sensu id dictum videri debet, scilicet non vt debeatur absolutè, sed vt debeatur causatiuè, vt nostri loqui solent, id est ad effectum excludendæ querelæ inofficiosi testamenti, postquam fuit remedium illud introductum ad parentum impietatem & licentiam nimiam qua abutebantur coercendam, cùm anteà inauditum esset nomen legitimæ, tantùm aberat, vt siue successio ipsa tota patris vel matris, siue successionis portio aliqua iure vllo liberis debita diceretur. At patrono debetur omnimodo dimidia portio in bonis liberti sine liberis defuncti, datque illi prætor dimidiæ partis bonorum possessionem contra tabulas, dummodò ad sit hoc vnum, vt ex liberti testamento hæreditas adita sit, aut bonorum possessio petita *d. l. illud 4. in princip. D. de bonor. poss. contr. tab. l. 3. §. vt patronus D. de bon. libert.* Consequens igitur est, vt quo casu de querela inofficiosi testamenti tractare non potest, nec illud dici possit legitimam aliquam liberis deberi. Atqui non potest liberis competere querela mortuo patre condemnato, non ob id solùm quòd testamentum nullum esse potest hominis ad vltimum supplicium damnati, aut deportati, vt probauimus in superioribus, sed etiam quia non alio casu proponi querela potest, quàm quo non sit relicta portio quæ relinqui potuit & debuit ex bonis defuncti quæ is mortis tempore reliquerit, & ex comparatione eius quod ab intestato habiturus fuisset is qui vult conqueri *d. l. cùm quæritur 6. C. de inoff. test.* Nulla porrò bona relinquere potest moriens is, qui viuus & bona omnia & ciuitatem amisit & ius quoque habendi hæredis ab intestato. Non est igitur quod hoc casu de naturali debito legitimæ tractari queat, vt neque de querela inofficiosi testamenti, Cui nec locus esset etiamsi non amissa sed inter viuos donata essent bona, ita vt hoc casu necesse fuerit induci remedium querelæ inofficiosæ donationis vt fraus per donationem facta querelæ inofficiosi testamenti, vindicaretur, *l. 1. vlt. & pass. C. de inoff. donat.* Ergo fateamur quod res est, rationem ob quam olim dimidia portio bonorum condemnati liberis tribuebatur: non illam fuisse quòd ea portio iure naturæ debita videretur præsertim cùm duplo legitimam portionem excederet, nec ab initio ita soleret obseruari vt portio aliqua liberis concederetur, sed hanc vnam quòd inhumanum videretur ob delictum patris in summam egestatem deuolui liberos innocentes, & quibus neque culpa vlla propria, neque paternum crimen poterat imputari. Quæ ratio solis conueniebat suis hæredibus, qui quoniam iure patriæ potestatis impediebantur ne possent sibi

quicquam

quicquam acquirere patre volente ſibi per eos acquiri, manebant ſanè nudi & ſine bonis vllis ſi paternis omnino ſpuliarentur. Inde fiebat vt emancipati ad eam portionem conceſſam non admitterentur cum ſuis hæredibus ſi non bona ſua omnia conferre parati eſſent, *l. ſi deportatus C. 8. de bon. proſcript.* Item vt adoptiuis liberis eædem portiones quæ naturalibus & legitimis concederentur, dum ne in fraudem fiſci facta eſſet adoptio *d. l. cum ratio §. ex bonis*, quia cùm adoptiui fiant ſui hæredes patri adoptatori, eique acquirant omnia iure poteſtatis, non alia bona ſperare vlla poſſunt quam ex patris adoptiui ſubſtantia, & ita fieret neceſſariò vt æquè ſumma egeſtate laborarent ſi non iis perinde ac cæteris ſuis hæredibus naturalibus & legitimis ex humanitate ſubueniretur. Rurſum vt liberis matris condemnatæ nulla portio tribueretur *d. l. de bonis*, quia etiam poſt publicata materna bona omnia poterant iis ſufficere paterna. Denique vt neque nepotum ex filiabus prædefunctis ſuperſtitum ratio vlla haberetur, ſed eorum duntaxat qui ex filiis prædefunctis ſupereſſent, *l. quando quis 10. eod. tit.* Quia ſcilicet cùm nepotes ex filiafamiliam patria ſequantur non matris, *l. familia 196. §. 1. de verb. ſignific. l. pen. D. de l. agnoſ.* verendum non erat ne amiſſis bonis omnibus aui materni, fame perirent, qui bona patris omnia retinebant. In ſumma nullo caſu fuiſſe debitas liberis portiones iſtas quæ iis ea principali indulgentia concedebantur, apparet vel ex ipſis nominibus indulgentiæ & conceſſionis. Nam neque indulgeri, neque concedi diceretur quod iure aliquo ſiue ciuili, ſiue naturali deberetur, *l. donari 81. de reg. iur.* & quamuis admitterem quod toties negaui, debitam eſſe liberis à parentibus legitimam aliquam portionem, Eſſet tamen ratio ineptiſſima ſi quis ex eo inferre vellet, concedendam igitur illis eſſe legitimam, quia licèt præſtetur portio ex bonis condemnati parentis, non tamen à parente præſtatur, ſed à fiſco, poſtquam is bona damnati omnia iure ſuo occupauit, *d. l. ſi deportatus 8. C. de bon. proſcript.* Itaque debitam à fiſco eam eſſe oporteret, vt concedi eam quaſi debitam neceſſe eſſet. In eóque rurſum differt portio illa dimidia, quæ liberis condemnati à fiſco conceditur, ab illa quæ patrono relinquenda eſt ex bonis damnati libertini. Non enim à fiſco hæc conceditur, ſed patrono primùm defertur, nec quicquam vindicatur fiſco priuſquàm patrono fuerit ſatisfactũ *d. §. ſi in libertinum*: quæ differentia notanda maximè eſt, ſed magis ratio differentiæ. Quia portio dimidia debetur patrono in bonis liberti iure cuiuſdam obligationis, & imagine quadam ſocietatis, vt quod viuus ſolebat ſocietatis nomine præſtare id etiam poſt mortem ſuam præſtaret quemadmodum ſubtiliter ratiocinatur Vlpian. *in d. l. 1. §. vlt. D. de bon. libert* At portio neque legitima, neque alia vlla debetur liberis à parentibus iure naturæ ſed tantùm ex voto naturæ quomodo Papin. noſter loquitur *in d. l. ſcripto in fin. V nd. liber.* quod longè diuerſum eſt. Nec enim votum illud obligat quod nihil niſi deſiderium eſt, ius autem naturæ obligaret. Ac certè ſi natura debere is dicitur quẽ iure gentium dare oportet, *l. cùm amplius 184. §. is natura debet. de reg. iur.* qua fronte poſſunt liberi dicere vllam ſibi legitimam deberi iure gentium ſiue à parentibus, ſiue in bonis parentum, cùm feſtinare dicatur contra ius gentium quiſquis tam improbus eſt vt ſollicitus ſit de hæreditate viuentis, *d. l. donari 29. aliàs l. quidam § donationem D. de donat.* etiamſi non de vniuerſa ſucceſſione, ſed de legitima ſola cogitet *l. 1. § ſi impubere D. de collat. bon.*

E R R O R VII.

De legitima ſublata per ſtatutum ex quo irrogata ſit patri ſimpliciter confiſcatio bonorum.

RAtio altera eſt qua diximus moueri pleroſque interpretum, vt legitimam deberi putent liberis eius cuius bona per ſtatutum ſimpliciter & indiſtinctè confiſcata ſint nulla liberorum mentione facta, quia, inquiunt, fieri non poteſt vt legitima per ſtatutum tollatur in totum, Præſertim ea quæ liberis & deſcendentibus debetur, vtpote quæ non tantum miſerationis, & æquitatis ratione, ſed ipſo etiam naturæ iure, quod immutabile eſt, debita eſſe exiſtimetur. Sed ea quoque ratio & falſa eſt, & ad propoſitam quæſtionem parum accommodata. Falſa eſt, quoniã vt iam diſputauimus *in Error. 3. Decadis 15.* cùm legitima nihil aliud ſit quàm portio portionis ab inteſtato contingentis, *l. quã nuper 31. Cod. de inoffic. teſtam.* conſequens omnino eſt vt Statuta, quę poteſtatẽ habent diſponẽdi de ſucceſſionibus & hæreditatibus, etiã de legitima liberè ac pro arbitrio diſponendi facultatem habeant, ac proinde illam in totum quoque tollendi Cùm fieri nequeat vt ei qui à ſucceſſione in totum excluſus eſt legitima vlla debeatur. Hinc eſt quòd non priùs cœpta eſt liberis deberi legitima in bonis matrum, quàm ex SC. Orphitiano cœperint liberi ſuccedere matribus ab inteſtato, cùm anteà non ſuccederent, tanquam qui neque ſui eſſent, neque agnati, vt Iuſtinianus refert *in titul. de Senatuſc. Tertyll. & De SC. Orphit. Inſtitut.* Item quòd ante comparatam & introductam querelam inofficioſi teſtamenti ſiue per legem Gliciam, vt credidit Cuiacius, ſiue quod probabilius ſemper exiſtimaui per interpretationem prudentum ad legem 12. tabul. nulla liberis in parentum bonis legitima debebatur, neque verò quæſtioni de legitima locus fieri vllus poterat, de qua tum agi cœptum eſt cùm de querela inofficioſi tractari cœpit quam ſcilicet ſub ea veluti conditione prudentes induxerunt, & proponi poſſe voluerunt, ſi quartam non haberent liberi aut aliæ perſonæ, quibus ab inteſtato vel tota ſucceſſio, vel pars ſucceſſionis debita fuiſſet. Illud enim duntaxat primùm fuerat inductum, vt liberos qui in parentum poteſtate eſſent, ab iis vel inſtitui, vel exhæredari neceſſe eſſet vt teſtamentum valeret, non etiam vt portionem aliquam ſiue quartam, ſiue aliam iis exhæredatis relinqui oporteret, ſiue ad implendam teſtamenti ſolemnitatem, ſiue ad impediendum ne ſubuerti teſtamentum quandoque poſſet, nondum inducto, vt dixi, remedio querelæ, cui nec aliud cauſam dedit, quàm quod nimia illa liberos pro arbitrio exhæredandi licentia parentes paſſim abutebantur, exhæredando eos vt plurimùm ſine cauſa eo ſcilicet tempore quo & occidere illos impune potuiſſent, quomodo Paulus noſter ratiocinatur *in leg. in ſuis 11. D. de liberis & poſthum.* Quòd ſi ex his apparet aliquod fuiſſe tempus in quo ſic obſeruabatur vt legitima nulla deberi crederetur ne quidem liberis in bonis parentum, Planè non video quid obſtet quominùs poſſit, quiſquis concedendæ legis poteſtatem habet, etiam hodie facere vt eodem iure vtantur liberi quoque, ac multò magis cæteri ne poſſint legitimam vllam petere, in bonis præſertim eorum à quorum inteſtatorum ſucceſſione penitus ſint excluſi. Et verò ita obſeruari in Gallia edicto contra matres in eam rem expreſſim factu, prætetquam in Delphinali prouincia

quae ius illud admittere nunquam potuit, Itemque apud Augustanos nostros generaliùs, ne parentes in liberorum bonis legitimam aliquam habeant, notissimum est, & ex constitutionibus Regiis, & ex scriptis moribus Augustanorum: Idque nos supradicta Decade iam monuimus. Et quod nostri distinguunt quotam legitimae à tota, quasi quota minui possit per statutum, sed non tolli tota, faciunt hercle, iudicio meo, parùm subtiliter. Non enim magis à natura est, nec minùs ea legibus vt filius legitimam aliquam habeat in bonis patris vel matris, quàm vt ea legitima sit quarta semper, vt olim, aut vt hodie triens vel semis pro numero liberorum; neque minùs legitima est & dicitur portio illa quae parentibus debetur in bonis liberorum, aut fratribus in successione fratris qui turpem, aut maculae alicuius nota aspersum haeredem instituit, quàm quae liberis in bonis parentum, cùm tamen nemo dicere bene possit, aequae naturali iure legitimas istas omnes debitas esse. Parentes enim sola ratio miserationis admittit & quidem contra votum commune & naturae & parentum, vt saepius diximus *ex lege nam etsi* 15. *D. de inoff. testament. leg. scripto* 7. *§. vltimo D. vnd. liber.* Tantum abest vt possit dici vllam iis deberi legitimam iure naturae: Fratres verò ad querelam inofficiosi testamenti eo demum casu quo turpis vel quoquomodo notata persona haeres instituta sit, sola ratio aequitatis tuitur, & publicae honestatis. Et tamen omnes hae portiones perinde dicuntur legitimae, quia aequè omnibus commune illud est vt ea legibus debeantur Quod autem afferri solet *ex leg. vltima D. de bonis damnatorum*, rationem naturalem quasi legem quandam tacitam addicere liberis parentum haereditates, vt ea eo inferatur, quod passim nostri inferunt. Iure igitur naturae legitimam liberis deberi, quàm parum ad rem faciat, iam suprà ostendimus. Falsa igitur est ratio illa quam nostri afferunt vt probent legitimam statuto in totum tolli non posse quod iure naturae debeatur Quàm verò parum sit ad propositam quaestionem accommodata, quod etiam probandum nobis est; Apparet ex eo, quod etiamsi iam vera esset quàm falsa est, fieri tamen ea ea non posset vt eo magis legitima aliqua liberis deberetur eo casu quo per statutum irrogata sit patri simpliciter confiscatio bonorum. Tunc enim de legitima quaerendum est, An tolli ea in totum possit per statutum, Cùm statuto prohiberentur liberi petere legitimam in bonis quae pater mortis tempore reliquisset, Quo demùm tempore quaeri potest de ponenda & ineunda legitimae ratione, *lege cùm quaritur* 6. *Cod. de inoffic. testament.* At in proposita quaestione nihil tale tractari potest. Confiscatio siquidem vniuersorum bonorum efficit vt nulla bona moriens possit relinquere, qui omnia viuus amisit, ac proinde vt nihil sit ex quo legitima praestari & deduci queat: Nisi fortè quis velit dicere, nec illud per statutum fieri posse vt bona condemnati omnia publicentur. Quod tamen fuerit prorsus improbabile. Quidni enim possit hoc fieri per statutum, quod etiam remota statuti potestate fieret ea iure communi, tùm quoque cùm portio dimidia liberis esset conseruanda vel potiùs tribuenda? Nec enim quod ea portio tribuitur liberis ex indulgentia Principis, facit aut impedit quominus bona condemnati vniuersa publicentur & in fiscum cogantur, Ideoque & indulgentia Principis necessaria est, & portio illa per fisci manus capienda, vt diximus in praecedentibus *ex leg. si deportatus* 8. *& leg. quando quis* 10. *Cod. de bonis proscript.* Nulla ergo, neque iuris, neque aequitatis ratio patitur vt propter condemnati liberos prohibeantur statuentes poenam irrogare publicationis vniuersorum bonorum, solaque illa superesse quaestio potest, An ex iis bonis omnibus tractari portio aliqua liberis à fisco tribuenda sit, quomodo ex iuris communis ratione olim tribuebatur. Caeterùm quin statuto prohiberi possit ne quis tribuatur, dubitandum non est, cùm si quando tribuatur, non fiat nisi ex indulgentia, quam necesse est nomen suum amittere, quoties ab inuito extorquetur, quod non nisi ab indulgentis liberalitate proficisci deberet: Alioqui dicendum esset non modo legitimam portionem quae debetur liberis in bonis patris condemnati per statutum tolli in totum non posse, sed neque illam quae viuo, condemnato tribuenda est liberis eius à fisco, quam tamen nemo dixerit debitam esse iure naturae, cùm sit illa duplò amplior & maior quàm ea quae iure vetere post parentum mortem liberis pro legitima debebatur. Erat enim haec quarta bonorum, illa dimidia, idemque etiam hodie iuris est, cùm non sit à Iustiniano aucta legitima nisi vsque ad trientem si quatuor tantùm sint liberi quamuis voluerit posse ad semissem vsque ascendere si plures quàm quatuor liberi proponantur. Eo autem admisso vt non posset statuto tolli ea portio quae ea iure communi liberis condemnati praestanda esset, fieret vt cùm interpretes ferè omnes fateantur posse statuto minui quotam legitimae, non posset tamen in quaestione nostra statuto facere vt non augeretur supra legitimae modum ea portio quam legitimae loco esse, ac in eius quodammodo vicem substitui volunt, ita fieret vt inuiti statuentes cogerentur meliorem facere conditionem liberorum hominis ex grauissimo delicto condemnati quam eius qui innocens, & in ciuitate decessisset, si possent minuere legitimam portionem liberorum hominis innocentis, non etiam liberorum hominis condemnati: Quod certè perabsurdum & iniquum esset: Cùm delicta praesertim atrociora grauiùs & atrociùs puniri intersit Reipublicae, cuius priorem causam esse conuenit quàm liberorum, quia & Reipublicae prius quàm vel sibi, vel parentibus liberi nascuntur, *l. 1. §. & generaliter De ventr. in possess. mittend. l. 1. in fi. D. ad leg. Iul. maiest. postliminium* 19. *§. filius quoque familias, D. de capt. & postlimin. l. honor* 14. *§. plebeij D. de munc. & honor.* Nec vllus fauor est procreationis, & educationis liberorum, quàm qui reipublicae interest vt ciuibus augeatur, *l. 1. D. solut. mat. l. hoc modò* 64. *De condic. & demonstr. l. interest.* 18 *De reb. author. iud. possid. aliàs l. 3. De priuileg. cred.* Denique si statuto fieri nequit vt non sit conseruanda liberis condemnati portio dimidia bonorum patris: Consequens fiet eadem ratione vt neque possit statutum impedire ne vniuersa condemnati bona liberis relinqui oporteat eo casu quo volunt Interpretes bona omnia liberis relinquenda esse propter numerum liberorum: sicque eueniet vt inuitis statuentibus impunita maneant delicta quod pertinet ad bonorum publicationem, quam tamen praeter corporalem poenam irrogari plerumque aequissimum est, vt grauioris poenae & iacturae metu facinorosi homines à perpetrandis sceleribus deterreantur Quamquam non vrget haec ratio Ercisundos illos contra quos nunc disputauimus. Fatentur enim illi, posse statuto minui portiones illas quae olim liberis seruabantur, sed hactenus tamen vt legitima eorum portio quam in bonis defuncti patris habituri esset, non minuatur. Quod tùm dicunt, hoc ipso faciunt, vt portio legitima substituatur in locum veteris portionis quae liberis seruanda erat in bonis patris etiamnum viuentis, & ita tamen substituatur

stituatur vt nihilominùs allo iure censeantur. Cùm è contrario vetus illa portio liberis relinqueretur non in locum legitimæ quæ nec viuo patre deberi vlla poterat, nec post mortem eius qui nulla bona moriens reliquisset, At potius in locum totius successionis quàm pro iure suo sperare post patris mortem poterant liberi si viuus pater condemnatus, bonorúmque suorum omnium publicationem passus non fuisset. Proinde implicat istorum sententia contradictionem manifestam, In eo quod volunt, Posse per statutum fieri, vt propter condemnationem patria auferatur successio liberis, quibus tamen nolunt auferri posse legitimam, quæ sit vice successionis. Item in eo quòd portionem illam quam inuito statuto ex publicatis parentum bonis relinqui liberis volunt, legitimam appellant, nec eam legitima portione maiorem esse patiuntur, Et tamen dant eam liberis etiam viuo patre, cùm neque iuris, neque æquitatis ratio vlla ferat vt viuo parente præsertim qui bonis omnibus exutus sit, legitima vlla liberis debeatur. Ergo vel de vetere illa portione quærendum est, negandumque quod ista fatentur, posse illam per statutum diminui quantumcunque maiorem legitima, vel fatendum non posse hac parte fauorabiliorem esse causam legitimæ de qua nec Imperatores, nec prudentes veteres vnquam in hoc casu locuti sunt, adeóque nec loqui potuerunt, quam veteris illius portionis, cui & liberorum fauor patrocinabatur, & nihil repugnabat quominus etiam viuo patre, ac tùm quoque cùm de legitima quæri adhuc nihil poterat, ea condemnati liberis per indulgentiam Principis è fisco tribueretur.

ERROR VIII.

De fideicommisso quod adscriptum est seruo deportati ad l. si deportati 7. in princ. de leg. 3.

SI deportati seruo, inquit Vlpianus fideicommissum fuerit adscriptum, ad fiscum pertinere dicendum est, Nisi si eum deportatus viuo testatore alienauerit, vel fuerit restitutus. Tunc enim ad ipsum debebit pertinere. Hic verò illud primum mirantur interpretes. Quam rationem habere possit quod lex ait fideicommissum deportati seruo adscriptum ad fiscum pertinere. Certum enim est tractare Vlpianum de eo deportati seruo, qui nondum seruus eius fuerit tempore publicationis; sed qui posteà fuerit ei acquisitus ex contractu aliquo iuris gentium puta ex emptione, aut ex permutatione, aut ex donatione. In eoque interpretes omnes post Accursium consentiunt, & rectè. Constat enim, quod in superiore Decade iam docuimus, in generali publicatione bonorum ea tantum venire quæ condemnatus habuit eo tempore, non etiam quæ post sententiam acquisiit, cum amissa etiam libertate remaneat ille capax acquirendi ex contractibus iuris gentium, quia scilicet retinet libertatem, *l. si mandauero 22. §. is cuius bona. D. mandat. l. 1. C. de bonis proscript. l. deportatus 15. in principio D. de interd. & releg* Et verò non deportati seruum dicere Vlpianus debuisset, sed fisci, si de eo seruo loqueretur qui iam ipso sententiæ tempore fuisset deportati, quia per sententiam fisco acquisitus fuisset, Ideoque nec à deportato alienari postea potuisset siue viuo, siue mortuo testatore *d. l. deportatus*, in illis verbis: *priora enim bona quæ publicata sunt alienare non potest*, Itaque cum negari non possit loqui Vlpianum de seruo deportati, & in quo nihil iuris habeat fiscus viuo deportato, mirum sane est quod ait, fideicommissum quod ei relictum ab aliquo fuerit, non ad deportatum ipsum qui verus dominus est, sed ad fiscum pertinere. Quòd si de hoc solo quæreremus, Cur ad deportatum pertineret, facilis vtique esset responsio, eaque duplex. Primum enim dici posset, Ex iure ciuili esse, non iure gentium vt dominis per seruos acquiratur, & quidem non solum ignorantibus, sed etiam inuitis *§ item vobis Instit. per quas person. cuique acquir. Et tit. per quas person. oblig. nob. acquir in princ. l. seruus vetante 62. de verb. obl. l. etiam inuitis 32. de acquir. rer. domin.* ita vt ne momento quidem temporis acquisitio consistat in persona serui *l placet 79. D. de acquir. hæred.* Deportatum autem cum ciuis esse desinat amittere omnia illa quæ sunt iuris ciuilis. Nihil ergo posse illi acquiri per seruum, Quamuis iure gentium sit vt seruus habere quis possit *l. 4 § 1. De stat homin.* Secundo dici etiam illud posset, etiamsi fideicommissa iure iure ciuili sint incognita, ex iure tamen ciuili esse vt capere quis fideicommissum possit non modo ex testamento, sed etiam ex alia qualibet defuncti hominis voluntate, Quia ius ciuile illud est quod vltimas omnes defunctorum voluntates confirmat, facitque ne defuncto homine intercidant, & vt fideicommissa hodie non solo pudore vt olim, sed etiam vinculo aliquo iuris constringantur, *§ 1. Inst. de fideic. hæred. & tit. De codicill. in princip.* Mirum igitur non est deportatum neque hæredem existere, neque legata, vel fideicommissa ex testamento capere posse *d. l. deportatus §. 1.* vbi tamen Iurisconsf. monet aliud esse in eo qui deportatus sit a Præside siue Principe, id est qui vel hæres extiterit vel legatum aut fideicommissum acceperit ex testamento priusquam Præsidis factum Princeps comprobauerit Hic enim capere interim ex testamento potest, tanquam qui nondum ciuitatem amisit, quosque Princeps vel insulam ei adnotauerit vel de eo deportando scripserit *l. si quis filio 6. §. eius qui deportatur. D. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. l. 1. § deportatos. ff. de leg. 3.* Siue quòd cum Præsides illi essent qui non vice Populi, vt Proconsules, sed vice Cæsaris prouincias ipsius Cæsaris administrabant, vt alibi scripsimus, inuidiosum videretur tantam magistratui Cæsaris potestatem dari, vt ciui Romano posset adimere ciuitatem salua libertate (est enim odiosior ciuitatis amissio, quæ salua libertate contingit, quàm quæ in consequentiam necessariam amissæ libertatis, sicut & difficilius olim erat patribus vt filiisfamilias libertatem sine vita eriperent quàm vt eos occiderent *l. vlt. C. de patr. potest.*) Siue potius quod Imperatoris valde interesset scire in quam insulam vel deportatus quis fuisset, à Præside si quam fortè prouinciam habebat ille in sua prouincia, vel in quam deportandus esset. Ne quid ille fortassis tanquam hostis Reipublicæ factus contra Rempublicam aut Principem liberius moliretur, Vnde fiebat vt neque deportandi ius alij haberent, quàm quibus id nominatim datum esset à Cæsare, Inter quos non erant Præsides, *l. 2. §. 1. ff. de pœn.* Neque Principis factum vllum requireretur ad comprobandam eorum sententiam quibus deportandi ius cautum erat, quomodo datum erat, præfecto vrbi & præfectis prætorio, adeoque iis qui vice præfecti ex mandatis principum cognoscerent, *d. l. 1. §. à præfectis de legat. 3.* quorum ille præcipuus erat populi in vrbe magistratus, quique de criminibus omnibus coërcendis iurisdictionem sibi vindicauerat post epistolam Seueri ad Fabium Chilonem *l. 1. de offic. præf. vrb.* Hi vero non tam Cæsaris magistratus, quam totius Imperij rectores erant & quodammodo vicarij Cæsareæ maiestatis. De quibus

tam præclarè sentiebant Principes, vt eos qui ob singularem ipsorum industriam explorata eorum fide & grauitate ad tanti officij magnitudinem adhibebantur, non aliter iudicaturos crederent, quàm ipsi Principes essent iudicaturi, vt scriptum est *in l. vnic §. 1 ff de off. præf.* Cùm ergo Vlp. noster *in d. l. si deportati*. loquatur de deportato, necessariò intelligendus est de eo, qui deportatus sit ab eo quem constet habuisse ius deportandi, aut à Præside quidem, sed cuius factum Princeps approbauerit. ac proinde de eo qui nihil capere possit ex testamento. Sed mirabile tantùm illud est, & longe difficilioris inuestigationis, Quam rationem habeat, quod placet Vlp. fideicommissum seruo deportati relictum ad fiscum pertinere, Non enim bona consecutio est si quis dicat ideo pertinere ad fiscum quod ipsi deportato acquiri non possit, cùm nihil prohibeat haberi potius pro non scripto, & penes scriptum hæredem remanere, tanquam deficiente persona cui possit acquiri, quomodo si relictum esset ei qui iam ipso testamenti tempore amplius in rerum natura non fuisset, *l. pen. D. de his quæ pro non script. hab.* Neque rursus verum est quod vult Bart. maiorem esse capacitatem in seruo cui fideicommissum datum fuit, quam in deportato, cuius seruus est. Nam cum deportatus amittat tantum ciuitatem, retineat verò libertatem fieri certe non potest quin magis capax sit acquirendi, quam seruus qui non magis liber quam ciuis est. Vnde fit etiam vt possit deportatus sibi acquirere ex quocumque contractu aliove modo qui sit iuris gentium *l. deportatus 15. in prin. De interd. & releg.* Quod non perinde possis dicere de seruo, quippe qui non minùs gentium quam ciuili iure nullus est, nec inter homines computatur nisi quod attinet ad ius naturale secundum quod omnes sunt liberi, nulli serui *l. 4. de iust. & iur. l. quod attinet 31. de reg. iur.* Atqui dicat aliquis pro Bartolo, Negari non potest quin seruo legatum vel fideicommissum adscribi adeoque hæreditas per testamentum directo dari possit, *l. non minus 31. D. de hæred. instit.* quod de deportato non similiter dici potest *l. 1. C. eod.* Hoc enim sanè est quod videtur Bartolum fefellisse. Sed respondendum est quod Bart. animaduertere debuit, Non habere hoc ius ex propria persona seruum vt possit quicquam capere ex testamento, sed ex persona domini quem talem esse oportet vt sit capax, Alioqui certum est, nihil seruo dari posse *d. l. non minus.* Et hoc nimirum est quod nostram auget dubitationem. Cum enim tractemus de seruo deportati qui neque ex propria, neque ex domini sui persona vllo modo capax est, Cur admittimus valere fideicommissum quod ei relictum fuit, cum si eius domino deportato datum esset, nulla iuris aut æquitatis ratione defendi posset, ac pro non scripto haberetur? Imò verò cur fideicommissum huiusmodi admittimus cum Vlp. pertinere ad fiscum, qui neque dominus eo tempore est, neque futurus vnquam fortassis est. Quid enim si deportatus aut restituatur postea in ciuitatem vt *in l. intercidit. 57. De cond. & demonstr. & tot. tit. D. & C. de sentent. pass. & restit.* Aut seruum hunc alienet? Nam & hoc ei liberum est dum ne in fraudem fisci alienatio facta probetur *d. l. deportatus.* Scio Castrensem mira subtilitate hanc ad Vlpianum rationem afferre, quòd hic seruus deportati, saltem spe eàque probabili sit fisci, cùm ex sententia deportationis futurum sit vt publicetur & fisco acquiratur moriente deportato in eo statu, siue seruus alienatus non fuerit, siue in fraudem fisci alienatus proponatur. Quemadmodum autem inquit, seruus plurium qui aut hæres institutus est aut legatum vel fideicommissum accepit si vni ex dominis suis aliqua de causa non possit acquirere, alij in solidum acquirit *l. qui bona fide 23. in fi. D. de acquir. rer. domin.* Ita & qui duorum seruus est, vnius quidem spe, alterius autem re vera, si ei cuius reuera est acquirere non possit, ei acquiret interim, cuius esse speratur. Sed tamen neque hæc Castrensis subtilitas probari mihi potest. Etenim cùm non aliter valere possit legatum vel fideicommissum quod alicui datum est, quam si eo saltem instanti quo dies cedit capax inueniatur, ita vt nihil possit prodesse si postea superueniat capacitas, quia legati vel fideicommissi delationem aut eo tempore fieri necesse est quo legatorum & fideicommissorum dies cedit, aut nunquam: Fatendum est solam spem capacitatis non posse sufficere, non dicam vt legatum acquiri per seruum exinde possit ei qui nullum dominij ius in seruo nisi spe habeat, sed vt legatum, vel fideicommissum subsistat, aut in suspenso maneat vsque ad id tempus quo spei effectus vel deficiat, vel sequatur. Cùmque certum sit nullam penitus esse serui capacitatem nisi quam ex domini sui persona mutuetur, *d. l. non minus*, non potest dici aut capacem iam illum esse ex eius persona qui nondum sit dominus, Aut quod seruo relictum est, statim acquiri ei qui speret tantum aliquo casu, & tempore dominum se futurum. Spem enim acquirendi per seruum, æquo pede incedere oporteret, cum spe acquirendi ipsius serui, vt quandiu spes est fore vt deportati seruus acquiratur fisco, tandiu quoque spes duret, fore vt quod fideicommissi nomine hunc deportati seruo relictum est, per seruum fisco acquiratur, At non vt prius ad ficum pertinet fideicommissum quasi iam acquisitum per seruum deportati, quam seruus ipse fuerit acquisitus, quod tamen interpretes nostri omnes putant Vlpianum supradicto loco sensisse. An ergo dicemus quod vnum reliquum videtur, & quod idem Castrensis fateri tandem cogitur, Eam Vlpiani sententiam si summo meroque iure disputemus defendi nullomodo posse: Imò verò potest defendi, sed ita demùm si bene intelligatur & longè aliter quàm accepta sit ab interpretibus. Puto autem sic accipiendam esse, vt fideicommissum huiusmodi ad fiscum pertineat, non simpliciter & absolutè, neque statim à die mortis. quod nec Vlp. ait, sed eo demum casu & tempore quo ipse etiam seruus fisco vindicetur. Prius enim necessario est, vt seruus sit fisci non tantum spe, sed etiam verè & reipsa, quàm vt per eum aliquid acquiri possit fisco. Porrò quandiu deportatus viuit, nec seruum hunc alienauit, in pendenti est, & in euentu incerto positum, cuius futurus sit seruus. Nam si deportatus restituetur in ciuitatem non modo semper dominus serui fuisse videbitur, sed etiam semper capax fuisse acquirendi per eum illa omnia quæ ipsi testamento relicta sunt: quia restitutio, cum est plena, reddit omnia quæ pœna abstulerat *l. 1. & pass. C. de sent. pass. & restit.* Et ideò non ait Vlp. restituendum esse deportato fideicommissum à fisco quasi prius fisco acquisitum, sed ad restitutum pertinere, id est, nunc primum ab instanti restitutionis, & ita vt ad fiscum nunquam pertinuerit. Si verò non restituetur, omnia quæ mortis tempore habuerit fiscum sequentur, ac proinde hic quoque seruus, & quicquid serui personam comitatur, In quo numero est legatum vel fideicommissum quod alterius testamento datum ei fuit, *lege si tibi homo 86. §. cum seruus, de legat. 1.* Nam quamuis locus ille de eo seruo loquatur, non tantùm cui legatum vel fideicommissum datum, sed qui ipse quoque legatus sit, idem tamen hac parte iuris est in deportati seruo, de quo nunc agimus, vt & ipsius serui status, & omnium eorum quæ personam ipsius attingunt in suspenso sit. Veque secundum hanc regulam de iis quoque statuatur

que

quæ per traditionem seruus ille acceperit aut stipulatus sit, deque his quæ legata ei vel donata, vel per fideicommissum relicta fuerunt, vt vel fisci, vel deportati seruus ea gessisse aut accepisse existimetur. Dices fortasse statum quidem ipsius serui, & eorum omnium quæ personam ipsius attingunt in suspenso manere posse vt in *d. §. cum seruus.* sed validitatem fideicommissi quod ei datum est non posse suspendi, cùm necesse sit, vel eo tempore fideicommissum id valere, quo dies fideicommissorum cedit, id est tempore mortis testatoris si fideicommissum purum fuit, vel nunquam. Illa siquidem perelegans differentia est inter actus viuentium & defunctorum quod non sicut viuentium, ita & defunctorum actus suspendi posse receptum est *l. vlt. in fin. D. comm. præd.* vbi obseruandum est, quod ad rem nostram valde pertinet agere Paulum de legato cuius dies inutiliter cesserit ob id solum quòd non potuerit diutius manere in suspenso. Verum respondeo non tam validitatem, quam acquisitionem fideicommissi hoc casu suspendi, Cùm ab initio certum sit omnimodo valere fideicommissum siue restituetur in ciuitatem dominus serui deportatus, siue non restituetur, Illud verò incertum solummodò sit, An fideicommissum acquiretur fisco an deportato, quia pendet illud ex futuro euentu restitutionis quam vel sequi continget vel non sequi. Nam si deportatus restituetur, etiam fideicommissum ad eum pertinebit. Si verò non restituetur pertinebit ad fiscum, Neque id ex noua causa, sed in consequentiam irrogatæ iam condemnationis, quæ sicut deportato ciuitatem ademit, ita & ius habendi vnquam hæredis siue ex testamento, siue ab intestato Atqui alterutrum euenire necesse est vt deportatus vel in ciuitatem restituatur, vel non restituatur, cùm sint ista contradictoria inter quæ medium dari nullum potest, Ergo iam ab initio certum est omnimodo futurum, vt fideicommissum hoc vel fisco, vel deportato acquiratur, Et consequenter nihil est quod impediat quominus ab initio valeat, nec in suspenso esse dici possit, quemadmodum & in specie *l. de hæreditate 19. §. quid autem. vers. secundum quod D. de castr. pecul.* vbi etiam agitur de legato quod relictum sit seruo eius qui in vnum casum sit incapax non alium Vt enim posset dici esse in suspenso, necesse esset dari casum aliquem in quo futurum esset inutile fideicommissum, vt neque huic, neque illi acquireretur. Talis porro casus nullus est: Replicabis, Imo posse dari casum, Puta si fortè hunc seruum deportatus alienauerit viuo testatore Nam & hanc exceptionem ponit Vlpianus noster iis verbis, *nisi si eum deportatus viuo testatore alienauerit.* Nec dubitant nostri post Accursium quin eo casu fideicommissi seruo relicti commodum sequatur eum in quem alienatus & translatus seruus fuerit. Respondebo alienatione facta viuo testatore non idcirco dari casum quo inutiliter possit cedere dies huius fideicommissi. Nam è contrario cedet illo casu tantò vtilius quantò certius est non in alterius vtilitatem cedere posse, quàm eius qui moriente testatore nouus serui dominus inuenietur. Ita vt neque ex futuro vllo euentu pendeat, cui alij acquiri possit. At nos eum casum quærimus quo fideicommissi die cedente possit dici suspensa validitas huius fideicommissi, & is casus est quem negamus nos reperiri posse. Quid ergo si deportatus seruum hunc alienauerit non viuo adhuc testatore sed eo iam mortuo? Hic verò casus est quem Vlpianus prætermisit, & qui tamen minimè fuerat prætermittendus, cùm longè maiorem secum afferat dubitationem. Facit enim hæc alienatio si modò bona fide nec in fisci fraudem interueneri, vt spes illa quam in eum vsque diem habuerat fiscus publicandi quandoque serui, iam tùm intercidat, cum non alia bona moriente deportato possint ex causa præcedentis condemnationis applicari fisco, quàm ea quæ moriens ipse reliquerit, non quæ viuus alienauerit, Ea denique sola quæ ad ipsius hæredem siue testamentarium, siue legitimum peruentura essent si quem ille post deportationem habere posset. Itaque quamuis deportatus nunquam in ciuitatem restitueretur, nihilo magis tamen fiscus admitti posse ad seruum hunc vindicandum, nec proinde ad fideicommissum quod huic seruo relictum fuisset, ac cuius dies cessisset eo tempore quo erat ille adhuc seruus deportati: Nec ideò tamen consequens fiet, vt possit fideicommissum pertinere ad nouum serui huius dominum, quippe qui dominus non fuerit eo tempore quo dies fideicommissi cessit Sicut neque posset ad deportatum vnquam pertinere eo saltem casu quo restitutus is nunquam fuisset. An non igitur proptereà hunc casum alteri nos oportet, fideicommissi huius non tantùm acquisitionem, sed etiam validitatem manere in suspenso? Ita certè videtur, cùm cedente fideicommissi die, id est moriente testatore qui fideicommissum deportati seruo dedit, incertum sit an deportatus eum alienaturus sit, atque ita ius fisci interuersurus necne. Quod si ita esse admittemus, illud statim consequens fiet vt fideicommissum in suspenso manere necesse sit, ac proinde non valere, cùm iuris ratio eam suspensionem minimè patiatur. Et hæc sane præcipua legis huius difficultas est quam tamen ex interpretibus nemo attingit. Auget apud me dubitationem, quod Vlpianus cùm non tantùm de fisco & de deportato loquatur, sed etiam de emptore, aut alio in quem seruus alienatus sit, videtur tamen ita loqui vt omni casu & in omnem euentum velit fideicommissum quod huic seruo adscriptum est, vel ad fiscum, vel ad deportatum ipsum pertinere: Cum tamen dubitari vix possit, quin ad emptorem pertineat eo saltem casu quo seruus viuo testatore sit alienatus. Cur non enim potior eo casu esset causa emptoris quà cedente fideicommissi die nouus dominus & capax inueniretur quàm fisci qui nondum esset dominus, aut deportati qui amplius non esset capax? Denique cùm nihil possit acquiri fisco per deportatum ipsum, qui licet ciuitatem amiserit, cùm tamen liber maneat, vtique seruus fisci non est, ideoque relictum deportato habetur pro non scripto tanquam relictum incapaci, & ad eos pertinet ad quos pertineret si deportato relictum non esset, *l. 1. C. de hæred. instit.* Quis ferat acquiri fisco aliquid per seruum deportati, antequam seruus ille factus sit seruus fisci?

ERROR IX.

De sententia & vera ratione d. l. si deportati 7. de legat. 3.

TEneremus an dici possit duas ab Vlpiano in quæstione ista proponi distinctiones. Primam illam Vtrum hic seruus cui fideicommissum adscriptum est alienatus sit viuo adhuc testatore an eo iam mortuo, an nullo tempore, id est, nec viuo eo nec mortuo. Secundam verò, si seruus hic vel nunquam fuerit alienatus vel nisi mortuo testatore, An deportatus fuerit restitutus necne. Primo casu, si viuo testatore seruus à deportato alienatus sit, dubitandum non est quin fideicommissum ad ipsum pertineat, cum vt dixi

reperiatur

reperiatur ipse dominus eo tempore quo dies cedit, quo demum tempore inspicienda & æstimanda est capacitas serui ex persona domini, Et quamuis Vlpianus noster non satis apertè hoc exprimat, exprimit tamen nec obscurè, hoc ipso quod negat fideicommissum, hoc casu ad fiscum pertinere, addita supradicta exceptione illa, *Nisi si eum deportatus viuo testatore alienauerit*. Nam si ad fiscum non pertinet, ad quem alium quàm ad nouum dominum pertinebit? An fortè ad deportatum ipsum qui eum viuo testatore alienauit, & per quem factum est quò minùs reperiatur ipse dominus die fideicommissi cedente? At qui potest ei imputari, tum quoque cùm ante suam mortem restitutus est. Restitutum siquidem fuisse ponendum est vt aliquis pro eo dubitandi locus esse possit, Imputari autem ei potest cur alienauerit ante diem fideicommissi cedentem, atque ita fecerit ne eo tempore dominus esset, qui iam tum incapax erat. Quod enim postea restitutus sit, prodesse quidem ei potest aduersùs fiscum vt ab eo bona iuráque sua omnia recuperet si plenissima fuit restitutio: Sed aduersus eum cui ipse vltro seruum vendidit, aliòve quo contractu iuris gentium tradidit & alienauit, prodesse certe nullo modo potest. Nec pugnat quod Vlpianus subiicit in hæc verba, *Tunc enim ad ipsum debebit pertinere*. Nam referendus est hic versiculus ad posteriorem exceptionem immediatè præcedentem iis verbis expressam *vel fuerit restitutus*. Hoc sensu, vt si deportatus restitutus fuerit in ciuitatem, fideicommissum seruo eius adscriptum pertineret ad ipsum debeat, eo demum casu quo alioqui pertineret ad fiscum si restitutio nulla subsecuta esset. Quemadmodum enim non potest fiscus post deportationem ciuis Romani plus iuris habere ex causa illius deportationis, & ex persona deportati, quam habiturus fuisset ciuis ille Romanus si deportatus non fuisset. Ita neque plus iuris habere potest post restitutionem is qui fuit deportatus, quam habiturus fuerat fiscus si deportatus restitutus non fuisset. Atqui non posset hodie fiscus hoc fideicommissum de quo tractamus petere, si deportatus eum viuo testatore alienasset, quamuis restitutio nulla esset secuta, vt apertè Vlp. scribit. Ergo neque ad deportatum restitutum hoc casu pertinere poterit. Tantóque minus quod fisco nihil imputari potest qui alienationem prohibere non potuit si modo non fieret in eius fraudem. Deportato verò potest imputari cur alienauerit, cùm posset imperare sibi ne alienaret. Cum igitur ex Vlpiani verbis constet fideicommissum adscriptum deportati seruo quem deportatus viuo testatore alienauerit, neque ad fiscum pertinere quàmuis deportatus postea restitutus sit, neque ad deportatum quamuis fuerit restitutus, hoc vnum necessario relinquitur quod dicamus licèt Vlpianus non expresserit. Vt pertineat ad nouum dominum quem sufficit & dominum & capacem fuisse eo tempore quo fideicommissi dies cessit. Et hic quidem primus casus est prioris distinctionis quæ ex Vlpiani sensu & verbis in hac quæstione omnino adhibenda est. Alius vero duobus casibus eiusdem distinctionis prioris, hoc est, siue seruus hic nunquam fuerit alienatus, siue alienatus quidem sit à deportato, sed non nisi post mortem demum testatoris (nihil enim inter hos casus distare arbitror) subdistinctio illa necessaria est, An deportatus tandem restitutus fuerit, necne. Si non sit restitutus dicendum erit ad fiscum pertinere, si non restitutus sit, ad deportatum ipsum pertinebit: Atque ita potestas legis nunquam erit in suspenso quantum ad validitatem legati cùm eo demum instanti quod dies legati vel fideicommissi cedit vim suam & potestatem lex totam exerat, Nihil autem sit quod obstet quominus statim ab initio & ex illo instanti dicamus valere fideicommissum quod nullo casu inutile fieri possit quin vel fisco, vel deportato acquiratur, adeóque ex die mortis acquisitum intelligatur, licet vtri potius, incertum sit nec sciri certò possit quandiu in dubio & in certo positus est euentus restitutionis Et quidem secuta quandocunque restitutione mirum videri minus debet fideicommissum ei acquiri, quamuis non fuerit capax die cedente, quia sufficere debet quod iam tum fuerit dominus, redditaque ei capacitas per restitutionem, quam deportationis pœna abstulerat. Nec quod medio tempore seruus ab eo alienatus sit, nocere potest, non magis quàm si iam eo tempore, quo dies fideicommissi cessit fuisset ille restitutus, & sic seruum alienasset Non enim alienando seruum per quem acquisiuisset sibi commodum fideicommissi, ipsum quoque commodum per serui personam quæsitum transferret in emptorem aut à se abdicaret. Adeò nihil commune habet serui alienatio cum acquisitione facta ante alienationem. Ac tametsi per restitutionem concessam deportato ex indulgentia Principis sera videatur capacitas superueniens eo tempore quo iam dominij causa mutata reperitur, tamen non ita est: quia capacitas illa cùm sit iuris, & superueniat beneficio restitutionis cuius natura illa est vt omnia in statum pristinum reponat *d. l. 1. C. de sent. pass.* facilè retrotrahatur ad id tempus quo dies cessit vt eo instanti deportatus sicuti dominus fuit, ita & capax fuisse retrofingatur. Quibus duobus concurrentibus neque ius fisci ex sententia deportationis anterioris quæsitum, neque subsecuta serui alienatio medio tempore inter mortem testatoris, & deportati restitutionem, ne denique aliud quicquam impedire potest ne fideicommissum quod deportati seruo adscriptum fuerat deportato ipsi eidémque restituto acquiratur. At difficilius illud videtur, quod nos tamen volumus, vt non restituto eo qui fuerat deportatus idem in fisco tractetur, quipe quem certum sit nec die fideicommissi cedente, nec vllo ante alienationem instanti dominum fuisse huius serui, nec vnquam futurum esse postquam fuerit seruus alienatus, Nisi proponas ex noua fortassis aliqua causa rediisse seruum hunc in deportati potestatem, quo tamen casu si aliud nihil inspiceremus pro alio seruo habendus is esset potiùs quàm pro eo ipso cui fideicommissum adscriptum fuisset. Vt verò in fisco difficilior hic tractatus videri debeat ex eo sit, quod licet fisco non desit capacitas quæ deest deportato, Deest tamen ei dominium, quod deportato non deest, & quod tamen supponi & præcedere necesse est vt fiat locus quæstioni de capacitate. Non enim serui quibus aliquid relinquitur fiunt capaces ex cuiuscumque ea pacis persona, sed ex eorum tantùm in quorum dominio sint & potestate *dict. leg. non minus 31. D. de hæredibus instituen.* Proinde cui dominium serui abest, eŝ quantumcumque ex se capax sit, necesse tamen est vt eâ capacitas acquirendi per seruum illum. At è conuerso non quicunque incapax est, ideò minus dominus est. Et ob eam causam æquum est vt sit fauorabilior is cui ex duobus necessariis vnum tantum deest, quamuis cui ambo desunt. Deportato capacitas tantum deest, fisco autem vtrumque, quia dominium deest sine quo nulla potest hac parte esse capacitas Difficilius ergo est vt fideicommissum huic seruo adscriptum pertineat ad fiscum, alienato post mortem testatoris per deportatum seruo, etiamsi deportatus restitutus non sit, quàm vt pertineat ad deportatum restitutum. Addidi *alienato post*

testatoris

testatoris mortem seruo, quia cùm seruus alienatus non est, minorem res habet dubitationem, éstque multo apertiùs ius fisci, quia licet non nisi mortuo demùm deportato fiat dominus serui huius, sicut & cæterarum rerum omnium quas moriens deportatus in bonis reliquit, fit tamen dominus ex causa præcedenti, hoc est, ex causa irrogatæ deportationis à qua ordinem habuit posterior hæc acquisitio. Non enim noua sententia opus est, vt bona huius deportati omnia quæ post deportationem acquisiit rursus publicentur, sed sufficit prior sententia vt ea bona fiscus vindicet, non modò tanquam vacantia vtpote nullo hærede existente, quomodo si quis in ciuitate decederet sine vllo successore *l. habere licere 57. D. de euict.* sed quod maxime notandum est, etiam iure quodam proprio & tanquam bona deportati, & tanquam publicata, *l. 5. C. de bon. proscript. l. si mandauero 22. § si cuius D. mandat.* Vnde est quòd si ea velit interim alienare vel pignori dare in fraudem fisci non potest *d. l. deportatus 15. De interd. & releg.* Cum tamen, si quid ex bonis suis alienauerit is, cuius reliqua bona postea tanquam vacantia fiscus vindicauit, nullo existente successore, nunquam illa quæstio possit incidere. An in fraudem fisci alienationes factæ fuerint necne. Omninò enim valent & ratæ sunt, nec quicquam iuris habet fiscus, nisi in bonis quæ supersunt & quidem deducto ære alieno, *l. 1. § an bona l. non possunt 10. D. de iur. fisc.* Nimirum quia præcedunt causam quæ postcà inuitauit fiscum, Non etiam alienationes illæ quæ à deportato factæ sunt, bonorum, post deportationem licet, acquisitorum. Sed cùm alienatus est seruus, cui post deportationem testator fideicommissum adscripserat, & quidem mortuo iam testatore, durius est vt ad fiscum pertineat fideicommissum ex persona illius serui, qui neque die legati cedente, neque postea vnquam fuerit in dominio, & potestate fisci. Et tamen ita est si deportatus qui die cedente dominus fuit nunquam sit restitutus, Quemadmodum si is restitutus esset, alienatio quæ interuenisset, non impediret quominus acquireret sibi fideicommissum per seruum quasi præcedente alienationem acquisitione. Et ratio est, quoniam licet acquisitio ista fideicommissi, neque in deportati neque in fisci commodum fiat nisi eo demùm tempore quo deportatus vel restituatur, vel moriatur, propterea quod quandiu nec restitutus, nec mortuus, nesciri poterit vtri futurum sit vt commodum illud fideicommissi acquiratur fiscóne an deportato. Attamen vtroque casu retrotrahitur acquisitio ad tempus illud quo dies fideicommissi cessit, Nec interueniens alienatio quæ tota facti est impedire potest iuris potestatem ex qua sola acquisitio æstimatur, adeo vt per seruum cui legatum vel fideicommissum adscriptum est acquiratur ipso iure domino etiam ignoranti, quamuis non inuito cùm repudiare possit legatum vel fideicommissum si velit; *l. legatum 7. de legatis 1. l. Titia 34. § Lucia de legat. 2.* Itaque quamuis non nisi ex postfacto, id est post restitutionem vel mortem deportati appareat quid antea fuerit, vt in aliis plerisque partibus iuris, *l. qui res 98. § rem autem castrensis peculij. D. de solut. l. Sed etsi quid 25. § 1. D. de vsufruct. l. huic scripturæ 15. § 1. D. ad l. Aquil.* & accommodatius ad rem nostram *in leg. de hæreditate 19. § quid autem versic. nisi in pendenti D. de captiu. & postlim.* Cùm tamen id quale sit tandem apparet, tale quoque iam ab initio fuisse intelligitur, Non propter spem quam vel deportatus, iam cùm habuerit obtinendæ restitutionis, vel in contrarium fiscus augendæ per deportati mortem publicationis, Sed propter iuris potestatem quæ facit, vt ea omnia quorum acquisitio fieri potest ipso iure iam inde ab eo tempore acquisita esse videantur quo dies cessit, siue in fisci vtilitatem si deportatus non fuerit restitutus, acsi inter deportationem & mortem deportati medium tempus nullum intercessisset, Siue in commodum deportati tandem restituti acsi deportatus is nunquam fuisset. Denique tam potens est ius fisci ad acquirendum hoc fideicommissum per seruum quamuis medio tempore alienatum à deportato nunquam restituto, quàm potens est ius deportati restituti ad petendum fideicommissum huic seruo adscriptum, tametsi eum interim & ante restitutionem alienauerit. Atque hæc quidem mihi videtur loci huius non solùm sententia quam assequi minùs fortassis difficile est, sed etiam ratio quam sanè fatendum est esse perobscuram, nec à quoquam ex Interpretibus nostris adhuc benè explicatam: Nos verò an assecuti eam simus, quod nobis quidem videmur, doctiores viderint.

ERROR X.

De militaribus codicillis. Ad legem militis trigesima sexta in principio, Digest. de testament. milit.

INter tam multa priuilegia quæ ab Imperatoribus concessa sunt militibus circa vltimas voluntates testamentarias, de quibus iam non pauca scripsimus in Decadibus præcedentibus, postremum ferè illud est, nec tamen aut leuioris momenti aut minoris dubitationis quod permissum iis est etiam codicillis ad testamentum factis, hoc est testamento militari confirmatis hæreditatem directò dare, *l. militis codicillis 36 in princ. D. de testam. milit.* Iure prorsus sanè singulari & priuilegiario, cùm ex ratione iuris communis certissimum sit hæreditatem codicillis, neque dari posse, neque adimi, ob idque nec conditionem institutioni posse adijci in codicillis si in testamento data fuerat hæreditas purè, *l. quidam 26. § 1. D. de condic. instit.* Et hæreditatem quæ in testamento inutiliter data sit non posse codicillis quasi hæreditatem confirmari, sed ita tantùm vt ex fideicommisso petatur habita ratione legis falcidiæ, *l. 2. § vlt. D. de iur. codicillorum.* Huius verò priuilegij sicut effectus est certè quàm maximus, ita ratio longè obscurior quàm cæterorum. Cætera enim priuilegia rationem illam vnicam & generalem habent, quod ita placuerit Imperatoribus vt eo veluti præmio & remunerarentur milites qui ante actis laboribus benè meriti de republica fuissent, & tyrones, ciuésque omnes ad grauissima quæque pericula pro salute reipublicæ obeunda inuitarent, *l. 1. & 2. l. Diuus Traianus 24. leg. testamento 26. D. de testam. milit. l. impuberi 40. D. de admin. & pericul. tutor.* Nempe cùm non semper copia suppetat testium neque adhibendarum cæterarum solemnitatum quæ in paganorum testamentis omnimodò requiruntur, *l. conficiuntur 8 § 1. D. de iur. codicillorum.* & apud Iustinianum *in Titulo De milit. testament.* At priuilegium hoc militibus datum vt possint in codicillis testamentariis hæreditatem directò dare, neque necessitatem, neque vtilitatem aliquam, nec proinde rationem vllam habere videtur. Cùm enim militum testamenta in eo potissimùm differant à testamentis paganorum quòd nullam penitus solemnitatem, & obseruationem desiderant, adeóque minorem quàm codicilli, qui eo saltem iure quo nunc vtimur non carent solemnitate aliqua cùm quinque

testes

testes desiderent post *legem vltimam, in fin. Codicis de codicillis.* Quænam obsecro potest necessitas subesse vel vtilitas huius priuilegij, vt liceat militi etiam in codicillis directam hæreditatem dare, si tam facile est militi testamentum facere quàm codicillos? Sed &, cùm verum illud sit, quod secundùm nostram emendationem Paulus scribit *in l. cum militis 34. in fin. De testament milit.* voluntatem quamque militis testamentum esse, qui fieri potest vt miles faciat codicillos, qui non potiùs testamenti & nomine & iure censeantur? An fortè possunt esse codicilli sine voluntate? Denique si vera est ratio quam Iustinianus noster attulit *in §. codicillis. Instit. de codicillis.* ob quam codicillis hæreditas neque dari, neque adimi possit, ne confundantur, inquit, iura testamentorum & codicillorum, Adde, & nomina *ex l. si idem 7. C. eod.* An non æquè absurdum & fœdum est, quomodo loquitur *l. vlt. C. de legitim. tutel.* eam nominum & rerum confusionem in milite fieri atque in pagano? imò longe fœdior & absurdior in milite videri debet. Nam in pagano quidem etiamsi ius ita ferret vt codicillis, perinde ac testamento hæreditas directò dari posset, non tamen vsque adeò confunderentur iura testamentorum & codicillorum, vt non facile posset dignosci an testamentum factum esset an codicilli, Nimirum ex adhibitis vel non adhibitis solemnitatibus, quæ in quolibet pagani testamento maximæ, in codicillis verò vel nullæ prorsus, vel saltem longè minores requirerentur. At ea distinctio in militaribus siue testamentis, siue codicillis non similiter haberi aliqua potest, cùm non maiorem solemnitatem testamenta militum exigant quam militares codicilli. Verùm objectionibus istis omnibus commodè, ni fallor, satisfecerimus, si dixerimus, Voluntatem quidem militis quamlibet esse testamentum, sed ita demùm si miles testamentum esse velit, non etiam si malit esse codicillos. Nam præter id quod generale in quolibet hominum genere, ac ferè perpetuum est, vt actus nunquam operentur vltrà intentionem agentium, *vulg. leg. non omnis 19. D. de reb. cred. l. iuris gentium 7. § quod si rò D. de pact.* absurdum sane esset priuilegia militum quæ ad supremas eorum voluntates adiuuandas concessa sint, eò vsque produci vt contra ipsorum voluntatem pro testamento haberent scripturam, quam miles non nisi codicillos esse voluisset. Id enim destruere voluntatem esset, ac impedire, non adiuuare, In summa facere vt eum libe ret quod plus esset, non liceret tamen quod esset minus contra vulgatam iuris regulam, vtque careret minoribus qui frueretur maioribus, quod per se non minus certe absurdum foret quàm è contrario vt maioribus frueretur qui careret minoribus, vt Papinianus ait, *in l. cum pacto 5. de seru. export.* Neque verò sine effectu hanc militarium testamentorum & codicillorum distinctionem esse existimandum est: cùm possit plerumque interesse militis vt codicillos testamentarios potiùs quàm testamentum fecisse existimetur, vel ob id saltem ne quæstio tam facilè possit incidere, quæ factis à milite pluribus testamentis plerumque incidit, An vtrumque testamentum voluerit miles valere, an priori per posterius derogare: quod nos in præcedentibus fusè tractauimus. Nemo enim vnquam dixit, Per codicillos quos miles ad testamentum fecerit reuocatum videri testamentum, quod nec in pagano reuocatum censeretur, quia nec posset, Cùm in contrarium codicilli ad testamentum facti à testamento ipso vires accipiant, ipsiúsque ius & conditionem sequantur, *l. quod per manus 10. l. ab intestato 16 in fine D. de iur. codicill.* Nec minùs in milite quàm in pagano hoc locum habet, vt per codicillos testamentarios nunquam testamentum reuocetur, nisi fortè quantum ad legata vel fideicommissa, quæ licèt in testamento data nemo dubitat codicillis reuocari & adimi posse, *leg. conficiuntur 8. §. vlt. D. de iur. codicillorum. l. 3. C. eodem* Neque enim priuilegium militis in eo vllum est vt possit etiamsi maximè velit reuocare testamentum sine militari, siue communi iure factum per codicillos quantumlibet posteriores, cùm in eam rem paratum habeat auxilium faciendi testamenti ad priorem voluntatem reuocandam, possitque ei tantò magis imputari quàm pagano cur cùm fecit codicillos, testamentum potiùs non fecerit, aut cur non codicillos a se factos in testamentum conuerterit vt *in leg. quærebatur 19. D. de testament. milit.* quod tam facilè, tamque commodè facere si voluisset, potuisset: paganus non item. Hoc autem admisso vt non minus liceat militi quàm pagano facere codicillos testamentarios, non tam mirum videtur illud esse quod eiusmodi codicillis hæreditatem perinde ac testamento dare miles directò possit, quam difficile dictu. Cur non id ipsum pagano quoque permittatur, Cùm non tam ex priuilegio aliquo, quàm ex mera iuris ratione ac regula id fieri videatur. Siquidem tritum est, sæpiusque à nobis inculcatum, Codicillorum testamentariorum singulare ius esse vt quæcunque in iis scripta sunt perinde haberi debeant acsi in testamento ipso scripta essent, *leg. 2. §. codicillorum D. de iur. codicill.* Atqui nemo dubitat, quin hæreditas testamento dari possit cùm in eam potissimùm causam testamentorum vsus comparatus sit, *l. hæreditas 5. C. de pact. conuent. l. licèt 19. C. de pact.* Quidni ergo per codicillos quoque testamentarios dari poterit, vt eo casu in testamento ipso data esse credatur? sicut & in specie, *l. asse toto 77. D. de hæredibus instit. leg. si ita scripsero 38. De cond. & demonstr.* Nec enim est quod quis cum Iustiniano respondeat ita constitutum esse ne testamentorum & codicillorum iura confunderentur: Quandoquidem ex militarium codicillorum exemplo constat, non ob id magis fieri hanc confusionem quòd hæreditas codicillis detur. Alioqui dicendum erit factis à milite in hunc modum codicillis vt hæreditatem in iis directò dederit, necessariò inducendam hanc confusionem, Vt nesciri planè possit vtra voluntas testamenti, vtra codicillorum iure censeri debeat, Quod tamen non ita esse iam ostendimus. Alia igitur ratio quærenda est quam quæ à Triboniano allata supradicto loco fuit, sed non alia melior quam quæ à Papiniano nostro *in d. l. quod per manus.* Vbi eleganter ait, Quod per manus traditum est, Codicillis hæreditatem dari non posse, rationem illam habere, Ne per codicillos qui ex testamento valerent, testamentum quod vires per institutionem hæredum acciperet, confirmari videretur. Implicaret enim ea res manifestam contradictionem vt testamentum confirmaretur per codicillos, & codicillos confirmaret, vicissimque vt codicilli ex testamento valerent, testamentum autem vires acciperet ex ea hæredum institutione quæ in codicillis facta esset. Quid? inquies, An non eadem ratio in militari quoque testamento & in militaribus codicillis locum habet? An non testamenta etiam militaria pendent ex hæredum institutione? An non militares quoque codicilli testamentarij pendent ex testamento? Quidni ergo ius idem in militum quod in paganorum codicillis obseruabatur? Aut quodnam priuilegium militis tale tantúmque esse potest, cuius ratione debeamus id admittere quod implicat contradictionem? Ego verò respondeo testamenta quidem

rem militum pendere ex institutione hæredis, vt etiam paganorum, at non ideò pendere codicillos militares ex testamento militari quamuis sint testamentarij, sed omnia quæ miles in iis disposuerit non aliunde quàm ab ipsius voluntate vires accipere, Postquam placuit Imperatoribus hanc vnam esse vltimarum voluntatum militarium legem vt à legibus omnibus sint solutæ. Quomodo enim possent codicilli militares etiam testamentarij pendere ex testamento cùm fieri non possit vt non valeant, sicut nec vt non valeat testamentum dummodò aliquis in eo hæres scriptus sit? Et tamen dicuntur testamentarij, at non quia pendeant ex testamento, vt codicilli testamentarij paganorum, sed quia non possunt esse sine testamento. Hoc tamen semper exigo vt testamentum facere miles voluerit, déque eo constet ad hoc vt testamentum à milite factum dici possit, tùm verò maximè cùm talis voluntas est quæ alioqui in dubio codicillorum potiùs quàm testamenti iure censenda est. Sicque accipio quod suprà ex Paulo dixi quamlibet voluntatem militis testamentum esse, Scilicet quam ille testamentum esse voluerit, non etiam si animo id egerit vt faceret codicillos aut quid aliud quod testamentum non esset. Nec aliter posito mihi dicendum esset, non esse militi liberum non testari, si modò aliquid moriens vellet, cùm è contrariò non aliam ob causam tot ei priuilegia data sint circa vltimas voluntates quam vt tantò pleniorem & liberiorem haberet non modò testandi, sed etiam quoquo alio modo de bonis suis pro arbitrio disponendi facultatem dùm ne testamentum faciat sine hæredis institutione. Nam quod idem Paulus ait *in l. vlt. eod. tit. De iur. codicill.* non posse intelligi tabulas testamenti eas in quibus hæres scriptus non sit, in milite non minùs verum est, quàm in pagano: Alioqui sanè confunderentur iura testamentorum & codicillorum, si quemadmodum potest miles hæreditatem in codicillis directò dare, ita & posset testamentum facere sine hæredis institutione. Cæterùm si poneres militem nullo facto testamento voluisse codicillos tantùm facere, ac in iis hæreditatem directò dedisse, Non putarem valituram eam voluntatem, neque iure testamenti quoniam miles non testamentum sed codicillos tantùm facere voluisset, neque rursus iure codicillorum, quamuis voluisset miles ita esse, quia non in aliis codicillos hæreditatem directò dare militi ex priuilegio conceditur, quam in iis qui ad testamentum aliquod facti sint vt Paulus loquitur *in d. l. militis*, Non potest autem miles velle codicillos habere testamentarios si nullum fecerit testamentum, cùm ea res manifestissimam implicet contradictionem, vt testamentum nullum sit, & tamen codicilli aliqui sint testamentarij: Cur verò non æquè datum est priuilegium militi vt possit directò hæreditatem dare in codicillis etiam ab intestato factis, si vtrumque is velle se dixerit & intestatum mori, & nihilominùs directam hæreditatem in codicillis dare. Respondeo, quoniam æquè hoc implicat contradictionem vt miles qui hæredem aliquem scripsit intestatus decesserit. Quid enim aliud est Testatum mori, quàm hæredem scribere? Ita, inquies, si in testamento hæres scriptus sit & ab eo qui animum habuerit testamenti faciendi, non codicillos duntaxat scribendi. Sed hoc ipsum est quod dico, Implicare contradictionem vt quis hæredem aliquem scribat, nec tamen velit facere testamentum, vt moriatur intestatus. Hoc enim adiiciendum est vt excludam eum casum quo hæres aliquis scriptus sit à milite in codicillis testamentariis, qui tamen non sint testamentum, vt *in d. l. militis* Nihil enim repugnat quominùs vtrumque verum sit, Et datam esse hæreditatem in codicillis testamentariis, Et codicillos illos in quibus hæres directò scriptus sit, non testamentum esse sed codicillos: nimirum quia codicilli testamentarij licet non sint testamentum totáque specie differant à testamento, Attamen testamenti pars quædam esse intelliguntur, *l. pen. D. test. quemadm. aper. l. ab intestato 16. leg. Palotiana 18. D. de iur. codicill.* Sed repugnat euidentissimè & implicat, vt hæres aliquis scribatur in codicillis ab intestato factis, non minùs quàm vt miles decedat testatus in totum simul, & in totum intestatus. Fateor posse illum decedere testatum & intestatum, sed ita si pro parte testatus sit & pro parte intestatus, Pro parte, inquam, siue temporis siue bonorum, *l. si miles 6. l. miles ita 41. D. de test. milit.* Sed vt in totum testatus, & in totum intestatus decedat, etiamsi maximè velit fieri certè nullo modo potest Ergo nec vt hæreditatem directam det in codicillis si nullum testamentum fecerit, siue codicillos illos valere tanquam testamentarios velit siue tanquam ab intestato factos. Priore siquidem casu fieri nequit vt valeant quasi testamentarij nullo penitus facto testamento: Posteriore verò codicilli quidem ab intestato fieri possunt etiam à pagano qui nullum testamentum fecit, sed non tales in quibus hæreditas directò detur, ne quidem à milite. Non quasi testamentum faciat miles quoque sicut paganus, quoties alicui hæreditatem dat directam, Alioqui testamentum dicendum esset non codicilli ij in quibus post testamentum factum hæreditatem directò miles dedisset. Sed quia non potest decedere intestatus, qui hæredem aliquem directò instituit, Cùm facere testamentum nihil aliud sit quàm hæredem aliquem directò scribere. Erit ergo hæc militis voluntas inutilis tanquam pugnantia & contradictoria continens, *Ex reg. l. vbi pugnantia 188. de reg. iur.* Nisi quis malit dicere quod certè probabilius est adiuuandam eam benigna interpretatione vt valeat eo modo quo valere potest, id est tanquam testamentum, quasi per solam imperitiam militis factum sit vt expresserit velle se codicillos illos valere iure codicillorum siue ex testamento siue ab intestato factorum. Constat enim cæteras inter causas quæ tot militum hac in re priuilegia extruxerunt, vnam illam fuisse, quod visum est eorũ simplicitati & imperitiæ succurrendum esse, *l. 1. D. de test. mil. l. 1. C. eod. l. impuberi 40. D. de admin. tut.* & apud Inst. *initio tit. de test. mil.* quandoquidem magis arma quàm leges scire milites existimantur, *l. milites 31. C. de locat. l. 1. C. de iur. & fact. ign.* Et inspecto eo quod præcipuè miles egit, dubitandum non est, quin id animo agitauerit vt hæredem haberet illum quem scribebat, & quidem ex testamento potiùs quàm vt codicillos siue testamẽtarios siue ab intestato faceret, nec hæredem illum haberet. Hoc enim posterius ad corticem duntaxat & figuram verborum pertinet, Prius verò ad rei effectum negutique substantiam. Nam & plerunque sic euenit per errorem & imperitiam Notariorum, vt quasi ex testatoris mente codicillorum nomine doceant eam voluntatem, quæ tamen non nisi iure testamenti valere possit: Quo casu nemo dubitat quin testamentũ sit, & eo iure defendatur, siue per Notarij, siue per testatoris ipsius imperitiam codicilli dicti sint, *l. non codicillum 13.* vbi nostri notant *Codice de testament. dicta lege illud 13. paragrapho tractari Digest. de iure codicillorum.* Cuius rei elegans exemplum extat in ea specie quã retulimus *Defin. 1. C. nostro De test.* Cùm tamẽ militibus omnibus liceat non tantùm militari sed etiam communi iure testari, quia scilicet priuilegium nunquam adimit beneficium iuris communis, non absurda dubitatio

est, An quod Paulus *in d.l. militis*, Posse militem in codicillis ad testamentum factis hæreditatem directò dare, verum sit vtroque casu, siue militari, siue communi iure testatus proponatur. Dubitationem illud mouet quòd quoties fiunt codicilli testamentarij, necesse sit eos sequi ius testamenti à quo dependent *d. l. ab intestato in fin.* Vt proinde non videantur posse valere iure militari si testamentum sit iure communi. Cui consequens fiet, vt in his codicillis, quos vel iure communi, vel nullo modo valere necesse sit non videatur posse directò dari hæreditas, cùm sit illud ex priuilegio militari. Mihi tamen meliùs cogitanti contraria sententia longè probabilior videtur. Ratione illa quam affert Vlpianus *in l. 3. De testam. milit.* quòd miles qui testatur iure communi, non ideò statim credendus sit velle renunciare priuilegio militari, Vnde fit vt si qua ratione testamentum à milite iure communi factum eo iure valere non possit, perinde tamen iure militari defendatur acsi ea mente factum esset, vt illo iure valeret *d. l. 3.* Quidni ergo etiam codicilli ad testamentum hoc ita facti, vt non nisi iure militari valere possint, quòd in iis data sit directò hæreditas, valebunt eo iure, acsi testamentum quoque iure militari factum esset? Præsertim cùm illud etiam verissimum sit quod nos suprà monuimus, codicillos militis, licèt testamentarios, non tam à testamento pendêre, quam à nuda militis voluntate. Sufficit enim quòd facti sint à milite qui suo iure sic eos facere potuit, quique licèt iure communi testatus sit potuit tamen codicillos scribere iure militari: adeóque qui etiamsi apertè professus esset se codicillos facere iure communi, non idcirco tamen priuilegio suo renunciasse videretur quominùs valere deberent iure saltem militari, qui iure communi valere non possent. Idque satis apertè Paulus significat *in d. l. militis*, vbi ad hoc vt in codicillis hæreditas directò dari possit, nihil aliud exigit nisi vt & à milite & ad testamentum facti sint, non etiam vt iure militari, quamuis certum sit militari tantum iure posse illos valere. Ex eo autem quod ait huiusmodi codicillis hæreditatem directò dari posse, Benè infert si miles dimidiam partem hæreditatis alicui his codicillis dederit, testamento scriptum ex asse hæredem, non nisi partem dimidiam hæreditatis habiturum, Legata verò data eo testamento vtrumque hæredem communiter debiturum. Quibus verbis ostendit Paulus, posse quidem ex priuilegio militari hæreditatem directam etiam in codicillis dari, sed non totam, quia necessarium est vt in testamento aliquis hæres scriptus sit, Ne alioqui nullum videatur factum testamentum à quo testamentarij codicilli dici possint. Absurdum enim esset ita militem fecisse & testamentum & codicillos, vt testamenti iure censeretur ea scriptura in qua hæredem nullum, Codicillorum verò illa in qua hæredem aliquem scripsisset Non tamen perpetuum esse credendum est, vt in codicillis militaribus hæres scriptus partem dimidiam hæreditatis obtinere debeat. Quid enim si miles hæredem in testamento Sempronium scripsisset duntaxat ex besse, tanquam pro triente reliquo intestatus moriturus. Si posteà in codicillis ad testamentum illud factis Mæuium hæredem simpliciter scripserit, non dimidiam hæreditatis partem habebit Mæuius, sed trientem illum solum qui vacabat, quemadmodum & in vltima cuiuslibet pagani voluntate contingeret, *d. l. asse toto 77. D. de hered. instit.* Omnibus enim testatoribus siue militibus, siue paganis commune illud est, vt si plures vltimæ voluntatis species fecerint quæ omnes possint subsistere, omnes pariter sint defendendæ, nec alia aliam vel perimat, vel imminuat, nisi quantum ratio necessitatis cogit nos aliud dicere, vnde est quod placet non aliud habere illum debere, qui secundo loco sine parte scriptus est, quàm quod explendo assi deest, *l. item quod Sabinus 17. in princ. eod.* Cur non verò dicimus Sempronium cui miles in testamento hæreditatem dederat, saltem bessem totius hæreditatis habere debere, cùm in codicillis dimidia tantùm pars Mæuio data proponatur, vt scilicet ea seruetur proportio quam videtur testator seruari voluisse, qui Sempronio dimidia parte plus dedit ex hæreditate quam Mæuio. An, quòd testamenta militaria non facile hanc iuris interpretationem admittant vt testator qui asse expleto alium hæredem scribit ad dupondium transisse existimetur? Imò admittunt, vt probauimus in superioribus Decadibus. Ideóque non dubito quin æquè Mæuius dimidiam hæreditatis partem habiturus esset etiamsi non pro parte dimidia in codicillis, sed simpliciter hæres scriptus fuisset, quia tantundem videretur ei datum, quantum Sempronio. Neque hoc dubitationem magnam haberet, sed difficilius illud est, cur tantundem habeat Mæuius quantum Sempronius, cùm Sempronius in testamento hæres scriptus est ex toto asse, Mæuius verò in codicillis ex semisse. Nam in pagani testamento in quo esset institutus hæres vnus ex asse, alius verò ex semisse, non idem responderetur, Sed in duodeuiginti vncias tota hæreditas diuideretur, ex quibus duodecim vncias prior, alius octo ferret, *l. interdum 13. §. pen. & leg. Iulianus 15. §. 1. eod. tit. D. de hered. inst.* Ratio petenda ex eo est quòd cùm militis voluntas nuda & simplex colligi potest ex verbis quibus ille vsus est, nullus relinquitur locus interpretationi. Nudam enim & simplicem militis voluntatem intuemur, non vt pagani iustam. Quid autem simplicius & apertiùs, quam fuisse illam militis voluntatem vt hæres ab eo in codicillis scriptus dimidiam haberet partem hæreditatis, cum ei dimidiam partem disertè dederit? Necessariò igitur consequens est vt noluerit penès hæredem scriptum in testamento quicquam aliud præter aliam dimidiam remanere. Id enim est quod *in §. 1.* eiusdem legis Paulus ait tantum videri militem priori hæredi abstulisse, quantum in posteriorem contulit. Etsi enim tractat eo loco de prioribus & posterioribus tabulis, id est de milite qui ex militari priuilegio plura fecerat testamenta, Parum tamen hac parte refert an plures hæredes in pluribus testamentis miles scripserit, An verò vnum in testamento, alium verò in codicillis iure militari factis, licèt codicilli isti non ideò sint testamentum. Eadémque ratio facit vt dimidiam quoque legatorum partem debeat Mæuius cui pars dimidia hæreditatis in codicillis data est, tametsi legata data sint in testamento in quo Sempronius solus fuerat institutus, & de quo solo proinde onerando testator senserat. Quanquam enim nihil à Mæuio legatum fuit, cùm tamen in eum posteà contulerit, testator dimidiam hæreditatis partem quam Sempronio abstulit, negari non potest quin eam contulerit cum suo onere, partis scilicet dimidiæ legatorum, multóque magis æris alieni. In quo minor idcirco est dubitandi ratio, quòd non quemadmodum legatorum, ita & æris alieni totum onus à testatore impositum Sempronio fuerat. Itaque supererat diuidendum inter cohæredes ex potestate legis 12. Tab. per quam tamen non diuiduntur legata quæ ad vnius ex hæredibus nominatim onus pertinere testator voluit. Tam verò cohæredes

sunt

sunt isti quorum vnus in testamento, alius in codicillis scriptus est, quàm si ambo in eodem testamento hæredes ex semissibus scripti essent. At verò, ne quid prætermittamus, quid si in codicillis testamentarius miles hæreditatem totam ademisset Sempronio quem testamento hæredem ex asse scripserat, eamque totam dedisset Mæuio? Sed iam diximus non posse totam hæreditatem dari in codicillis testamentariis ne desinant esse testamentarij hoc ipso quòd testamentum desinat esse testamentum. Desineret autem esse statim atque inciperet fieri propter codicillos vt nemo hæres esse ex eo posset. Nempe quia non posset tota in codicillis dari Mæuio quin tota Sempronio adimeretur qui testamenti tabulis solus hæres scriptus fuisset. Concludamus ergo non posse totam adimi codicillis, quia nec potest tota dari. Et consequenter priuilegium militis circa testamentarios codicillos in eo esse vt iis quoque possit hæreditas quidem directò & dari & adimi, sed vtrumque pro parte tantùm, neutrum verò in totum. Et hæc quidem sunt quæ de codicillis militaribus ad Paulum tractari possunt, De quibus tamen nihil in glossis & Commentariis Interpretum, qui in hoc solo laborant vt probent dictionem *ad*, idem significare quod *iuxta*, aliasque huiusmodi quæstiones à Pauli sententia prorsus alienas extrinsecus aduehunt, qualis illa est quam Bartolus affert, De eo qui pupillarem substitutionem fecerat in testamento fauore extranei, eámque postmodum in codicillis reuocauerat fauore venientium ab intestato in iisdem codicillis substitutorum. In qua quæstione quod Bartolus contra extraneum substitutum respondet pro venientibus ab intestato, quàm malè ab eo fiat, ostenderemus hic facillimè si non esset tractatus ille à nostro remotissimus: Aut si non fuissemus iam longiores quàm par fuerat, vt superiorum capitum breuitatem propositam retineremus. Quod tamen ideò facere hic non potuimus, quia nec ab alio quem sciam vllo tractatus hic institutus fuit, & incidit in postremum huius Decadis caput, quod in plura idcirco diuidere non licuit, nec Tractatum hunc in sequentem Decadem extendere libuit.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Septuagesimaquinta.

ERROR PRIMVS.

De constituto possessorio rei absentis.

MVLTA quidem à nobis disputata sunt in superioribus Decadibus de possessione, præsertim verò de clausula constituti aduersus omnes Interpretum omnium opiniones, sed nihil plane quod tam nouum & absurdum videri Pragmaticis nostris possit, quàm quod nunc tractandum, probandùmque aggredimur, Si quis alieno nomine constituerit se possidere rem, quam suo nomine possidebat, sed quæ tamen eo tempore non sit præsens, nihil eo constituto agi, vt possessio quæ penes constituentem fuit in constitutarium transferatur. Nam præter id quod ex tot Interpretibus, qui de constituto scripserunt, nnn reperio quem opinionis huius meæ vel authorem laudare possim, vel assertorem, nec si Andræam Tiraquellum consulam, qui hanc tamen quæstionem attigit *in trad. Deinr. const. possess. part. 1. ampliat. 3.* Euertit hæc nostra propositio maiore ex parte ac ferè omnes cæteras, quas Pragmatici nostri pro verissimis habent in praxi, & clausulæ huius adiectionem qua in omnibus omnium contractuum generibus, vix vlla penè alia frequentior, vt plurimùm inanem & inutilem reddet. Nam cùm soleant Notarij passim adhibere clausulam obligationis bonorum omnium debitoris præsentium & futurorum, eique subijcere clausulam constituti, adeò vt si quando fortè inconsultò prætermissa sit, non nisi per nimiam Notarij imperitiam factum id existimetur, qui fieri obsecro potest, vt bona sua omnia & præsentia & futura in manibus aut ante oculos habeat debitor, cui placeat constituere se bona sua omnia creditoris sui nomine possidere. Est tamen quòd siue Interpretibus, siue Pragmaticis nostris minùs succenseamus, qui veritatem hanc per tot sæcula ignorauerint, quam nec diffitemur nos in hunc vsque diem ignorasse, Non alia vtique de causa, quàm quòd neque in mentem nobis venit, verùmne an falsum illud esset inquirere, de quo ante nos nemo dubitauerat, aut in controuersiam deduxerat, quin & verissimum & prorsus indubitatum esset. Me verò ad hanc sententiam inuestigandam & inducendam illud primùm excitauit, quod superiore Decade tractaui de differentia pignoris & hypothecæ, quam veteres prudentes nostri præcipuam illam obseruarunt, quòd per pignus transfertur rei obligatæ possessio in creditorem, quæ per hypothecam non transfertur, *l. cùm & fortis 35. §. 1. D. de pignor. act.* Nimirum quia pignus re & traditione contrahitur, *§. creditor Inst. quib. mod. re. contr. oblig.* hypotheca verò nuda conuentione, *l. contrahitur 4. D. de pignorib. l. D. de fid. instrum.* sic enim mecum tacitus reputabam, Cùm tam multa magnáque sint commoda possessionis vt ad eam siue adipiscendam, siue retinendam, siue recuperandam nihil non facere debeat, quisquis rebus suis prodenter, ac ex prudentum consilio prospicere velit, quis credat futurum vspiam creditorem vllum iam malè esurum, qui si de bonis debitoris sui obligandis cogitet, non malit pignus contrahere quàm hypothecam? id est rerum obligatarum possessionem sibi acquirere, potiùs quàm dimittere penes debitorem. Quid verò facilius, quàm id assequi beneficio clausulæ constituti, quæ licèt traditio non sit, traditioni tamen æquipolleat quantum ad hoc vt in constitutarium possessio omnis vera & realis, nec ciuilis tantùm, sed etiam naturalis quæcunque penes constituentem fuit, transferatur, *vulg. l. quod meo 18.* vbi omnes notant *D. de acquir. poss.* An fortè ignotior erat antiquis Prudentibus nostris potestas clausulæ constituti? quàm sit hodie Notariis nostri temporis? aut minùs cognita vtilitas quæsitæ possessionis? Cur ergo, inquiebam, frequentior in prudentum responsis mentio hypothecæ & hypothecariæ? Nisi quòd

quòd tandem pignoris appellatio abusiuè ad hypothecam quoque protracta est, cùm ab initio non nisi ad res mob les pertineret, quarum quippe traditio solet esse facilior, cùm sint in manu. Vnde & pignus dictum esse placet tanquam à pugno, *leg. si rem alienam 9. § proprie pignus, D. de pignor. act. l. pleis est 238 §. pignus appellatum De verb. signif.* Cur non quisquis conueniebat de pignore, curabat etiam adhiberi clausulam constituti per quam non hypothecarius, sed pignoratitius possessor efficeretur? Fuit autem hæc apud me ratio tanti momenti vt ex ea primùm cœperim colligere, Per clausulam constituti possessionem bonorum absentium acquiri, nec olim potuisse, nec hodie posse. Non enim alia veteris moris causa mihi posse afferri videbatur, quàm quòd vt plurimùm eueniret, fieri conuentionem de obligand. a rebus absentibus, fieri proinde sicuti traditio sequi nulla poterat, ita neque possessio acquiri aliqua citra traditionem, Earum scilicet rerum quas tradi esset impossibile per naturam, quomodo certe impossibile est præsentem fieri traditionem rei absentis. Quid verò referre poterat, quòd tradi res absentes non possent, si per constituti clausulam quasi æquipollentem traditioni possessio bonorum absentium in constitutarium creditorem transferri iure pignoris potuisset? Nam neque aliam Pragmatici & Interpretes nostri differentiam agnoscunt inter traditionem & constitutum, nisi quòd traditio inquiunt, naturalis & vetus modus est transferendæ possessionis: Constitutum verò ciuilis modus & fictitius. Cæterùm in eo ferè omnes, certè plerique ac magis communiter consentiunt, vt per constitutum non minùs quàm per traditionem vera, realis, & naturalis possessio acquiratur, omnis denique excepta corporali, quæ non tam vera possessio, quam asinina, vt loquuntur, detentio est, & ad quam, cùm sit meri & nudi facti, iuris fictio pertingere nullo modo potest. Et quamuis non defuerint, qui senserint possessionem quæ per fictionem illum constituti modum acquiritur, esse quoque fictitiam, cum quibus & Tiraquellus sentit *a part 2. ampliat 1. num. 7. in fin.* quasi per rerum naturam fieri nequeat, vt quod fictum est producat verum & proprium effectum, & id quod fictum est, tem der non fictam. Receptior tamen longè imò receptissima est contraria sententia eodem Tiraquello teste: Ideòque omnes illos effectus quos traditioni veræ iura ciuile tribuunt, etiam constituto tribuere nostri solent, quasi nihil aliud sit constitutum quàm ipsa quoque traditio, sed ficta. Ex quo rursum magis moueor, vt putem per constitutum rei absentis nullam penitus possessionem acquiri posse. Cùm enim omnes fateantur, quod & verissimum sanè est tam facilè acquiri ex constituto naturalem, realem, & actualem, vt vocant, possessionem, quàm ciuilem, quoties nimirum vtraque est penes constituentem, consequens omninò videtur, vt non alio casu possit fictæ traditio locum habere, quàm quo etiam vera posset. Est enim hoc commune omnibus fictionibus iuris, vt ita demùm induci debeant, si id quod in fictionem venit & naturam recipere possit, quomodo de confessionibus iudiciariis scriptum est *in l. si is cuius 14. in fin. iunct. l. praced. D. de interrog. in iur. fac. leg. filio 23. D. de liber. & posthum. l. vlt. C. de sent. pass. & restit.* Quod cùm ad omnes iuris fictiones pertineat, tum maximè ad eas quæ circa factum hominis versantur, in quibus quantò minor potestas iuris est, tantò maior in subiecto fictionis aptitudo requiritur, vt fictio inducatur. Eiusmodi verò est potissimùm causa possessionis, *leg. denique 19. D. ex quib. caus. maior. l. 3. §. si vir vxori, D. de acquir. possess.* Atqui per naturam impossibile est vt realis & actualis possessio transferatur citra veram traditionem, itémque vt vera & actualis traditio fiat eius rei, quæ non sit præsens, cùm tradere nihil aliud sit, quam de manu in manum dare: Sunt enim alij quidem modi etiam naturales acquirendæ & apprehendendæ possessionis, puta per occupationem, sed non transferendæ: *l. qua ratione 9. § has quoque res, l. traditio 20. D. de acquir. rer. domin.* Ego nec per fictam traditionem, quæ ex constituto inducitur, aliter possessio transferetur quàm si eo tempore quo constitutum fit, res præsens inueniatur. Sic dicimus, manumissionem per lictores hodie domino etiam tacente expediri solere, & verba solemnia, licèt non dicantur, pro dictis tamen accipi oportere, *l. manumissio 23. D. de manumiss. vindict.* An verò id ita intelligimus, vt etiam absente domino ea manumissio expediri possit? Ita fortasse imperitioribus videatur. Ad quid enim præsentiam domini ad loquendum requiramus, cuius nec verba requirimus? Sed tamen non ita est. Quia enim verba etiam quæ dicta non sunt, pro dictis habemus, sic manumissionem fieri necesse est, vt verba quæ dicta non erunt, dici tamen potuisse appareat. Quomodo autem loqui in re præsenti posset, qui, præsens ipse non esset? Vt ergo termini, quod aiunt, habiles supponantur, qui semper supponendi sunt, præsentiam domini etiam tacentis exigimus, vt locutus intelligatur, etiamsi tacuerit, quia nec locutus alius intelligi potest quàm qui loqui potuit. Similiter igitur dicamus, Posse fictam quoque traditionem sufficere ad transferendam possessionem, vt puta per constitutum: sed non alio id casu, quàm quo vera traditio interuenire potuerit, adeòque interuenisse intelligatur, quod porrò non aliter fieri potest, quàm si præsens res esse proponatur: quia rem absentem tradere nemo posset, nec maiorem fictionis potestatem inesse ficto esse oportet, quàm si veritatis in casu vero: vt vel ipso Interpretum & pragmaticorum nostrorum brocardico iactari solet. Nisi fortè quis ausit dicere, constituto eam vim inesse vt possessionem transferat, non iure traditionis fictæ, sed proprio sibi modo. Sed non ita est. Aliòqui dicendum esset, non tantùm traditionibus, sed etiam ac potissimùm constitutis, & possessionem & per possessionem dominium quoque transferri: cùm frequentior hodie apud omnes ferè gentes constituti vsus sit quàm traditionis, maximè verò apud nos & apud Italos, & tamen nusquam constituti mentionem hac parte factam reperias, sed tantùm traditionis, vt *in l. traditionibus 20. Cod. de pact. d. leg. traditio 20 d. l. 9 § has quoque res. l. nunquam 31. D. de acq. rer. dom.* Nempe quia nec nisi traditionis loco constitutum esse potest tanquam traditio quædam ficta, ad quam proinde necessaria sunt ea omnia quæ ad veram traditionem occurrere oportet, & consequenter præsentia rei de qua tradenda tractatur.

ERROR II.

De amissione possessionis, & eius apprehensione sine tactu.

Atque huic nostræ sententiæ ipsa etiam iuris ratio manifestissimè patrocinatur. Etsi enim dubitatum est à quibusdam vtrùm solo animo possit amitti aut retineri possessio, veriùsque sit animo tantùm posse illam non modò retineri, sed etiam amitti, si ab animo incipiat amissio *ex l. 3. § in amittenda, D. de acquir poss.* quemadmodum & solo corpore

pote interdum amittitur, si possideoris persona talis sit, quæ animum habere non possit, aut possidendi, aut desinendi possidere, puta si pupillus sine tutoris authoritate desinat corpore possidere, *leg. possessionem 29. eodem.* (in aliis enim qui possessionem animo retinere possunt, secus est *leg. peregrè 44. § vltimo eodem.*) Illud tamen inter omnes constat non nisi & animo & corpore acquiri eam posse, *dict. § in amittenda, & §. 1. eiusdem legis, & l. quemadmodum 8. eodem titulo.* siue a pedibus, siue a sedibus dictam velis, cùm neque sedes, neque pedes sint sine corpore *leg. 1. eodem titulo.* Porrò cùm eam rem, quam possideo meo nomine, constituo me tuo nomine possidere, duo ea ordine fieri, & interuenire necesse est ad hoc vt possessio tibi acquiratur. Primùm illud vt desinam ego possidere, quod solo animo alloqui facilè possum. Recedit enim à nobis possessio statim atque constituo us nolle possidere, *leg. si quis vt 17. paragrapho differentia eodem.* Alterum verò vt te faciam possessorem, aut quod effectu idem est, vt tu per me incipias possidere. Neque verò existimandum est fieri hæc duo posse in eodem instanti: ne alioquin admitti necesse sit, vt in eodem instanti duo simul eandem rem possideant, cùm nec alius desinere possit possidere, quàm qui adhuc possidet. Prior igitur est ordine saltem naturæ & intellectus, vt desinam possidere, quàm vt tu incipias. Atqui vbi desij possidere, non potest mea possessio quæ amplius nulla est facere te possessorem. Eadem igitur seruanda sunt ad acquirendam tibi possessionem quæ seruanda essent si per me possidere velles eam rem quam ego nunquam possedissem: quo casu dubitari non posset, quin non aliter posses incipere possidere, quàm si nunc primùm, vel meo, vel tuo corpore possessionem apprehenderes, quam rursum nisi rei præsentis siue meo corpore, siue tuo apprehendere nunquam posses. Igitur præsentia rei omnimodo necessaria est, vt per constitutum possessio quæ penes me fuerat in te transferatur: quia non tam persona mea inspicienda est, quæ anteà possidebat, quàm tua quæ nunc primùm incipit possidere. Nec proinde tam inquirendum illud est quid interuenire sufficiat ad hoc vt possessio amittatur, quàm quid necesse sit concurrere, vt acquiratur. Nam etsi meus venditor à me iussus procuratori meo rem tradere eam tradiderit, non aliter tamen mihi traditam videri placet, quàm si in præsentia sit, vt ex Prisco tractat Paulus *in leg. 1. §. si iusserim eodem titulo.* vbi elegantem rationem affert, quòd non sit necesse possessionem apprehendere corpore & tactu (sic enim legendum est non *actu*, vt vulgò, repetita postrems litera præcedentis dictionis ex more Librarij Florentini,) sed etiam oculis & effectu, eiúsque rei argomento esse ait res illas quæ propter magnitudinem ponderis moueri non possunt, vt columnas. Nam pro traditis eas haberi si in re præsenti paciscentes consenserint, & similiter vina tradita videri cùm claues cellæ vinariæ emptori traditæ sunt, apud cellam nimirum videlicet: exemplo eius quod Papinianus scribit *in leg. clauibus 74. D. de contr. empt.* Clauibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessionem traditam videri, non vtique si claues quocunque loco traditæ sint, sed si apud horrea, quo facto, sequitur, confestim emptor & dominium, & possessionem adipiscitur, etiamsi non aperuerit horrea, quomodo accipiendum etiam est quod Caius scribit *in dict. leg. qua ratione 9. §. item si quis merces D. de acquirendarum rerum domino.* Nimirum quia parum refert an res ipsas, de quibus tradendis agitur in suo conspectu & ante oculos habeat is qui possessionem ipsarum adipisci desiderat, an vero horrea in quibus sunt illæ reconditæ: vt proinde non satis vere Franciscus Hotomanus ex iis locis inferat, non semper ad translationem dominij vel possessionis requiri corporalem præsentiam, & oculatem & naturalem rei traditionem. Quid enim distat an res in horreis reconditæ oculis contrahentium subijciatur, an ipsa horrea? Quamquam nec id sufficeret si non etiam claues traderentur, non magis quam sola clauium traditio si eam non concomitaretur præsentia horreorum. Ex eo sane inferre potuit non male, nihil non egisse Iurisconsultos, vt quibuscumque potuerunt modis facilem redderent possessionis acquisitionem, quod publica commerciorum vtilitas id exigere maximè videretur, violatis etiamsi, quando esset opus, regulis iuris, vt cùm passi sunt per liberam personam, siue procuratoris, siue tutoris aut curatoris acquiri possessionem *l. 1. §. per procuratorem D. de acquir. poss.* cùm tamen extra causam possessionis nihil per liberam personam acquiri nobis possit, *l. 1. C. per quas person. nob. acquir. l. per procuratorem 8. C. de acquir. poss. l. solutum 11. §. per liberam D. de pign. act. l. traditio 20. §. vltim. D. de acquir. rer. domin.* Vnde intelligimus tantò verios esse quod supra diximus, non fuisse illos prætermissuros tam facilem & expeditum modum acquirendæ possessionis rerum absentium per clausulam constituti velut in subsidium traditionis, quæ nulla eo casu fieri poterat, si vila tota arte ac fictione posse id fieri credidissent. Sed fient ista planiora ex iis quæ in sequentibus subijciemus.

ERROR III.

De sententia & ratione lege hac si res præsens quadragesima septima, & leg. præcedent. D. de rei vindicatione.

NOn posse acquiri possessionem per fictitios traditionis modos, non magis quàm per veram traditionem sine præsentia rei, præter ea quæ proximo capite disseruimus, probatur etiam nec obscurè ni fallor, ex eo quod Paulus scribit in *leg. eius rei 46. & sequent. D. de rei vindic.* Eius rei quæ per in rem actionem petita tanti æstimata est, quanti in litem actor iurauerit, dominium quidem statim ad possessorem pertinere, Transegisse siquidem cum eo & decidisse videtur actor, eo pretio quod ipse constituit, sed hoc ita demùm si res præsens sit. Si enim sit absens, tunc demùm incipere dominium pertinere ad possessorem, cùm eius rei possessionem nouam nactus erit ex voluntate actoris. Et ideò non esse alienum vt non aliter iis æstimetur à iudice quàm si cauerit actor, quòd per se non fiat, possessionem eius rei non tradi iri. Tractat quidem Paulus eo loco de acquisitione dominij quod ab actore eodemque domino transferri necesse est in possessorem vt is ex possessore, & quidem malæ fidei, qualis anteà erat, fiat iustus & verus dominus. Sed tamen habet ea quæstio implicitum tractatum de acquisitione possessionis, quia nisi per possessionem acquiri dominium non solet, *l. per procuratorem 8 C. de acq. poss.* Ideò fortasse, quòd dominia rerum ex naturali possessione cœperint, vt Nerua filius dicebat, probabatque ducto argumento ab iis rebus quæ terra, mari, cæloque capiuntur, quæ constat protinus illorum fieri, qui primi possessionem ipsarum apprehenderint *l. 1. in princ. D. eod.* Possessio autem nunquam transfertur sine traditione vel vera, vel ficta, cùm traditio nihil aliud sit quàm possessionis datio, ab vno facta in alium, vt partim ex Theophilo,

philo, partim *ex l. 3. in princ. D. de act. empt.* diffinit Iacobus Cuiacius *lib. 11. obseru. cap. 19. & ex l. si rem tradi 28. D. de verb. oblig.* Non potest igitur tractari de acquisitione dominij in specie, *d. l. cum*, quin de possessionis quoque acquisitione tractandum sit, & de traditione aliqua vel vera, vel ficta. Quanquam mirum illud fortasse videri possit, quod cùm eo loco tractet Paulus de transferendo in eum dominio qui iam possessor erat, nouam tamen exigat possessionis apprehensionem vt dominium ad possessorem pertineat: quasi verò is qui iam possidet, aut noua possessione indigeat, aut magis possessor fieri possit. Sed facile est videre, possessionem, quæ necessaria est possessori ad acquirendum dominium non illam esse, quæ iam sit penès possessorem siue bonæ fidei illa sit, siue vitiosa, sed eam demùm quæ sit penès actorem, & quæ ab actore in reum transferatur. Itaque cùm duo simul possidere in solidum, & eodem tempore non possint, omninò consequens est, vt reus qui rem actoris mobilem per vindicationem petitam per actoris iusiurandum in litem æstimari passus est, licèt eam litis æstimationem præstiterit, non aliter tamen nec prius fieri dominus possit, quàm ab actore eodémque domino illam ipsam rem per traditionem accepisse videatur. Proinde duplici traditionis fictione opus est, Vna per quam fiat, vt domino eidémque victori res sua restituta existimetur. Altera, per quam eadem res actori restituta, rursùm ab eo possessori condemnato tradita esse intelligatur. Porrò vt fictio ista vtraque locum habeat, ponendum est necessariò rem præsentem esse, vt Paulus subijcit *in d. l. hac si res.* Nam si absens sit, nulla traditionis fictio induci potest nec modus vllus alius transferendæ possessionis ad transferendum dominium, etiamsi in eo maximè litigatores consentiant vt dominium transferatur, quippe quod non nisi certis & legitimis modis transferri potest, vt neque possessio. Nullane igitur supererit ratio transferendi dominij in possessorem, qui paruerit iudicato, & litis æstimationem quam ob contumaciam suam inferre iussus est persoluerit? Nulla planè quæ sit in promptu, sed tunc demùm translatum intelligitur dominium in possessorem, cùm is possessionem nactus fuerit ex voluntate actoris. Noua enim illa erit possessio, & quasi ab actore ipso tradita, non vetus continuata, licèt inter veterem & nouam possessionem, neque alia persona, neque alia possessio vlla interuenerit. Nec idcirco mutare sibi possessionis causam possessor videbitur, nam quod scriptum apud veteres, Neminem sibi posse mutare causam possessionis de eo accipi debet qui corpore & animo possessioni incumbens hoc solùm statuit, vt ex alia causa id possideret, Non si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuò ex alia causa possessionem nancisci velit, *leg. qui bona fide 19 §. 1. D. de acq poss.* In proposito autem casu noua subest causa nanciscendæ possessionis, Præstita scilicet litis æstimatio, quæ emptionis loco est, *l. 1. & 3. D. pro empt. l. si seruus 21. §. 1. vers. & ideò in fin. D. de euict.* Cæterùm quemadmodum si rem meam quam tibi vendidi non tradiderim, tu verò authoritate tua non ex mea voluntate possessionem nactus sis, non pro emptore possides, sed prædo es, *l. si ex stipulatione 5. D de acq. poss.* Ita & in ea specie quam tractamus, non sufficit possessori ad acquirendam possessionem rei alienæ quòd litis æstimationem præstiterit, nisi etiam illud concurrat, vt eius rei possessionem nactus sit ex voluntate actoris. Alioqui quomodo per eam possessionis apprehensionem fieri queat dominus, cùm nec bonæ fidei possessor fiat qui est prædo? Nec enim iustum titulum adesse sufficit & præcedere, vt iusta possessio sit, si non sit etiam iustè apprehensa, *d. l. si ex stipulatione l. miles 6 paragrapho qui iudicatis. D. de re iud. [illegible] meminerint. 6. Cod. vnde vi.* quomodo è contrario nec sufficit ad acquirendum dominium quòd iusta sit iusteque acquisita possessio nisi præcedat titulus, qui non modo iustus sit, sed etiam habilis ad dominij translationem inducendam, *l. nunquam nuda 31. D de acquir. rer. dom. l. quæcunque 53. paragrapho 1. D. de public. in rem act.* Est autem in specie nostra titulus ille habilis qui inducitur ex præstita litis æstimatione, tanquam quæ, vt dixi, ex parte actoris instar venditionis obtineat, aut si voles, etiam transactionis & decisionis. Sic enim Paulus loquitur his verbis: *transegisse enim cùm eo, & decidisse videor eo pretio quod ipse constituit*, sumpto *transactionis* nomine minùs propriè & abusiuè pro decisione negotij, non pro pacto quod super dubia lite interpositum sit, vt & *in l. quid ergo 13. § pen. ff. de his qui not. infam.* & alijs plerisque locis. Vbi tamen manifestum est, pro *videor* legendum esse *videtur*, cum id verbum ad actorem referatur, de quo in tertia tantùm persona locutus fuerat Paulus in præcedentibus, loquitúrque in ea ipsa clausula, cum addit, *quod ipse constituit.* Actor enim qui iurat in litem ille est qui pretium rei suæ constituit, non reus contra quem iuratur, *l. nec quasi 70 eod. tit. l. 1. [illegible] videamus 4 & pass. D. de in lit. iur. l. si cum dos 8. §. 1. & l. seq. D. de rer. amot.* Cùm igitur adsit titulus habilis ad transferendum dominium nihil aliud præterea requiritur, nisi vt eidem veteri possessori noua iustaque possessio sequatur, quod vtique non aliter fieri potest, quàm si traditio aliqua ex parte domini fingatur breui manu interuenisse quæ ipsa interuenisse videbitur, si modò ex voluntate actoris possessionem eius rei quandoque posteà nanciscatur. Non sufficit vt veterem possessionem dimittat quæ non potuit non esse vitiosa, saltem ex die litis contestatæ, *l. sed etsi 25. § si antè, ff de pet. her.* Nec vt nouam per se nanciscatur, quod facile posset facere, cùm ponamus & possessorem iam eum esse, & id actum inter ipsum & actorem vt possessor ipse remaneret, sed id omninò exigimus vt possessionem illam nouam ex domini voluntate nanciscatur, quòd alioqui futurum non sit vt à domino res ei tradita videatur. *Et ideò*, inquit Paulus, *non est alienum non aliter litem æstimari à iudice, quàm si cauerit actor, quod per se non fiat possessionem eius rei non traditum iri*, ne scilicet aliter posito iure eueniat, vt in actoris potestate sit, tum quoque cùm litis æstimationem acceperit, impedire ne qui fuerat antea iniustus possessor, dominus fieri vnquam possit, si fortè consentire nunquam volet, vt eius rei possessionem nouam condemnatus rerum apprehendat. Quid verò esset tantopere de hoc laborandum, si etiam absentis rei possessionem per constitutum transferri posse Paulus noster cum Interpretibus existimasset? An non erat expeditius vt actor hic iuberetur constituere se possessoris nomine possidere, quàm vt ei cauere cogeretur? Nec enim facilè in eam sententiam [illegible]ntes nostri feruntur, vt actorem cauere cogant ei qui ob dolum suum & contumaciam condemnatur, [illegible] & *de diuerso, 35. §. pen. l. is qui dolo 69. iunct. l. si culpa 63. eod. l. idcóque 10. D. rer. amot. l. mulier 19. D qui potior in pign. hab.* Quare non de euictione illum cauere vult Paulus, sed tantùm de non faciendo, quo minùs possessionem rei petitæ is, qui condemnatus est, liberè nancisci quandocumque possit: quoniam id tantùm agit, vt possit per possessionem dominium transferri in possessorem, non vt possessori actor in perpetuum obligetur.

ERROR IV.

De Accursij & Cujacij interpretationibus, ad leg. hac si res.

HÆc quamquam ita sunt, longè tamen aliter locum illum Accursius noster interpretatur. Ait enim, *rem præsentem*, à Paulo dici non eam quæ sit in præsentia & in oculis contrahentium sed quæ sit in potestate emptoris, vt eius restituendæ. Et absentem similiter eam, quæ non sit in potestate, non eam quæ non sit in oculis & conspectu. Quo nomine pridem notatus rectè est à viro doctissimo Iacob. Cuiac. qui *lib. 4. Obser. c. 3.* benè docuit Rem præsentem Paulo eam esse quæ in præsentia & in oculis est in contrahentium, Quomodo dicimus *in re præsenti vindicare, in re præsenti cognoscere, in rem præsentem venire*, & alia huiusmodi, quæ congerit vir doctissimus, & plura congeri facilè possent, vel ex sola Latini sermonis ratione. Neque de hoc vel Accursius ipse dubitaret, nisi videret tractare Paulum de possessore, qui iam rem teneat, in cuius possessoris persona videtur fictam traditionem induci, etiamsi contrahentes in re præsenti non consenserint. Nec enim quibus legibus hoc genus traditionis introducitur, in eis rei præsentis verbum vllum, vt supradicto loco ratiocinatur Cuiac. *ex §. interdum Inst. de rer. diuis. l. si rem 62. in princ. D. de euict. l. sine 9. §. 1. D. de publ. in rem act. l. si seruus 21. in fin. D. de acq. rer. dom.* Neque tamen euoluere se potest vir doctissimus, ab objectione quam fieri videt *ex d. l. eius 46. & l. seq. De rei vind.* quamuis dicat ille infirmissimum esse argumentum. Nam quod primùm tentat respondere, loqui eam legem non de possessore sed de eo qui dolo desiit possidere, atque adeò tanti fuit damnatus, quanti actor in litem iurauerat, apertè repugnat verbis legis quæ demonstrant personam possessoris eo loco, *dominium statim ad possessorem pertinet*. Quod verò sibi parum constans subjicit secundæ interpretationis vice, loqui equidem Paulum in ea lege de possessore, sed non aliam rei præsentiam exigere quã, vt ab eo possideatur qui litis æstimationem suffert quòd iureiurando in litem contumacia æquè coërceri possit, *l. 1. & 2. D. de in lit. iur. l. 5. §. Iulianus D. ad exhib.* non magis probabile est. Illa enim legis verba similiter repugnant, *hac si res præsens sit*, Nisi pro Cuiac. refugias ad interpretationem Accursianam illam quam ab ipso reprobatam diximus, vt rem præsentem Paulus dixerit non eam quæ sit in oculis & præsentia contrahentium sed eam quæ sit in condemnati potestate. Nam quid referre potest an cum Accursio sic loquare, an verò dicas cum Cuiac. *qua ab eo possideatur?* In potestate siquidem nostra id esse maximè dicitur, quod nos possidemus, nec aliud quicquam est cuius restituendi potestatem veriùs habeamus, *l. officium 9. D. de rei vind.* Debuit igitur vir doctissimus non eandem facere conditionem eorum omnium, qui rem alienam possident, cuius dominium subinde ex nuda domini voluntate acquirere sibi velint sine traditione, sed distinguere an rem illam possessor teneat ex anteriore traditione per dominum ipsum facta quàmuis alia ex causa, An verò ab alio quam à domino, vt priore casu rei præsentia non sit necessaria ad dominium possessori acquirendum si dominus eam rem fieri possessoris velit, vt in legibus suprà citatis, Posteriore verò casu necessaria sit præsentia *d. l. eius.* Sed de tota hac distinctione, eiúsque ratione, quia non inelegans nec insubtilis tractatus videtur, paulò latiùs disserendum nobis est capite sequenti.

ERROR V.

De casibus in quibus sine traditione naturali, etiam absentu rei proprietas, & possessio acquiritur.

COnstat inter omnes quod à Caio primùm scriptum est *in l. qua ratione 9. §. interdum D. de acq. rer. dom.* & à Iustiniano posteà iisdem verbis repetitum *in §. interdum Inst. de rer. diuis.* Interdum etiam sine traditione nudam voluntatem domini sufficere ad rem transferendam, veluti inquit, si rem quam commodaui aut locaui tibi, aut apud te deposui vendidero tibi: quod & aliis plerisque iuris nostris locis proditum legimus, vt *in l. sed & si res 7. §. 1. l. sine autem 9. §. 1. D. de public. in rem act. l. certi condictio 9. §. vlt. ff. de reb. cred. leg. si rem 62. in princip. D. de euict. l. si seruus 21. in fin. D. de acq. rer. dom.* Sed de eo non satis constat, quomodo accipiendum illud sit, An ita vt rem quæ pro tradita habetur in præsentia, & ante oculos contrahentium esse necesse sit, quomodo videtur intellexisse Accursius vt locos illos omnes conciliet locum, *l. eius rei 46. & leg. seq. D. de rei vind.* de quarum sententia & ratione scripsimus capite præcedente: An ita vt præsentia rei nulla requiratur, cuius nulla sanè iis in locis mentio fit, quod magis probat Iacobus Cuiacius *lib. 4. Obseru. c. 3.* vt proximè referebamus. Huic tamen posteriori interpretationi obstant ea quæ in superioribus disputauimus de necessitate adhibendæ præsentiæ rerum, de quarum siue vera, siue ficta traditione agatur. Obstat etiam ex diametro Paolus *in d. l. hac si præsens 47. D. de rei vind.* nisi responsio & conciliatio aliqua noua proferatur, quàm nec Accursius, nec Cuiacius, nec alius quisquam excogitare adhuc potuerit. Hæsitat enim vterque, & Accursius quidem, cùm ait vel necessariam esse his quoque casibus præsentiam rei, vel apud Paulum intelligendam esse rem præsentem quæ sit in potestate, quod vtrumque falsum est, quamuis non ideò duplici errore se inuoluant Accursiani, vt malè Cuiacius objicit, sed alterutro, quia non vtrumque affirmant, sed vel hoc, vel illud: quasi aliud nihil sit, quod meliùs dici possit. Cuiacius verò æquè titubat, nisi quòd tandem turpiùs labitur cùm aduersùs ipsa legis verba offendit, Paulum intelligens vel de possessore qui non possideat sed dolo desierit possidere, vel de re quam ita præsentem esse oporteat, vt tamen in præsentia non sit, quæ omnia implicant contradictionem. Mihi videtur Bartolus accessisse propiùs ad veritatem, quamuis nec eam iudicio meo benè attigerit. Is enim *ad d. l. certi condictio 9. §. vlt. de reb. cred.* post Dyn. *ad c. pro possessore de reg. iur. in 6.* distinguit in hunc modum: Quando quis non habet domini voluntatem ad incipiendum sibi possidere non sufficit nuda voluntas sine traditione ex *l. 3. §. si rem D. de acq. possess.* vbi Paulus ait, si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaueris me desinere possidere, sed si eã loco non moueris, & inficiendi animum habeas, plerosque veterum, & post eos Sabinum & Cassium rectè respondisse possessorem me manere quia furtum sine contrectatione fieri non possit, nec animo furtum sine contrectatione fieri non possit, nec animo furtum admittatur. Sed quando is qui rem iam possidet, vel detinet, habet domini voluntatem ad incipiendum sibi possidere, tunc sufficit quòd ipse detineat vel possideat, licèt res non sit in conspectu. Et ita intelligendum esse Vlpianum vult Bald. *in d. l. certi. § vlt.* Quandoque verò quis nullo modo tenebat vel possidebat, & tunc, inquit, requiritur traditio vera vel ficta,

ex *l. cùm res 12. C. de probat. l. 3. C. de acq. poss.* quibus possit etiam addere, *l. unic. C. de suffrag.* in illis verbis, *sequatur & traditio corporalis, & rem fuisse completam gesta testentur. Alter enim ad nouum dominum transire non possunt, neque de vetere iure discedere.* Ex qua Bartoli distinctione videtur colligi posse, sic eum sentire vt quo casu is qui rem alienam tenet iam vel possidet, domini voluntatem habet ad incipiendum sibi possidere, nulla traditione opus sit neque vera, neque ficta ad dominium transferendum cùm eodem demùm casu traditionem aut veram, aut fictam exigat Bartolus, quo is qui dominium sibi acquirere vult nec possidebat anteà, nec vllo modo detinebat. Hic verò primus hac in quæstione Bartoli error est. Non enim minùs necessaria est ficta traditio ad acquirendum ei dominium qui detinebat adeòque possidebat quidem anteà, sed vel ex nulla, vel ex alia causa, quàm si eam rem nunquam detinuisset, vel possedisset: cùm prior illa possessio qualiscunque fuerit siue iusta, siue iniusta, necessariò dimittenda sit & amittenda, vt eiusdem rei denuò ex alia causa possessor fiat is qui hoc agit vt per possessionem dominium nanciscatur, *l. qui bona fide 19. §. 1. D. de acq. poss.* Quemadmodum enim ad translationem dominij non sufficit præcedere iustum titulum, si non etiam possessio transferatur, *l. traditionibus 20. C. de pact.* Ita neque potest illud sufficere vt sit possessio penes acquirentem, nisi translata sit ex ea ipsa causa ex qua dominium acquiritur, & quæ habilis sit ad dominium transferendum, *l. nunquam nuda 31. ff. de acq. rer. dom.* Quare nec aliter Prudentes nostri loqui solent, cùm hac de re tractant, quàm vt dicant haberi rem pro tradita, vt *in d. l. si rem 62. D. de euict.* & pro tradita esse accipiendam *in d. l. sine autem 9. §. 1. de publician. in rem act.* Quod ipsum, quid aliud est, obsecro, quàm traditionem fictam interuenisse? nec est contrarium quod Caius *in d. l. qua ratione 9. §. interdum* & post eum Iustin. *in d. §. interdum. Inst. de rer. diuis.* scribit transferri hoc casu dominium nuda voluntate sine traditione. Id enim de traditione vera & naturali accipiendum est, de qua *in §. per traditionem*, & alibi pass. *eod. tit.* non de traditione ficta, quæ variis ex modis inducitur. Indéque nimirum dubitandi causa nascitur, propter quam iis quoque casibus de quibus *in d. §. interdum* præsentia rei necessaria esse videatur ad inducendam scilicet potestatem fictæ traditionis, quam necessariam existere negari certè non potest. At neque verum illud est quod vult Bartolus. Cùm quis non habet domini voluntatem ad incipiendum sibi possidere, non sufficere nudam voluntatem sine traditione. Nam cùm deposui apud te, aut commodaui tibi rem meã, quam postea tibi vendendi, non possis dicere nisi cum mendacio, habere te voluntatem meam ad incipiendum possidere tibi. Nec enim tibi rem meam tradidi ea mente vt inciperes eam tibi vel exinde, vel vnquam posteà possidere, sed è contrario potiùs vt eam per te, tuóque corpore possiderem, adeò vt nec possis incipere tibi possidere, si aliud nihil ex mea parte interueniat, quin hoc ipso furtum facias si modò rem illam contrectes, *d. §. si rem, l. 3. ff. de acquir. poss.* In quo longè durior conditio tua est, quàm si vel depositum, vel commodatum nullum præcessisset. Eo siquidem casu incipiendo quidem tibi possidere possessionem meam interuerteres, perindéque faceres vt desinerem possidere, sed fur tamen non esses, neque res furtiua fieret. Non igitur debet conditio tua ob id melior fieri vt nuda mea voluntate citra vllam traditionem possis dominium eius rei tibi acquirere, ex subsecuta venditione, quòd voluntatem meam ab initio habueris ad incipiendum tibi possidere. Possétque tantò Bartoli eo demùm casu procedere quo dominus rei suæ possessionem in eum transtulisset cui postea eandem rem vendidisset, puta in creditorem quem constat sibi possidere non debitori præterquam quod ad causam vsucapionis pertinet, *l. seruus nomine 16. D. de vsucap. l. 3. § creditores.* vbi Accursius *D. vti possidetis.* Denique nec illud verum est quod generaliter nimis vult Bartolus, quando possessor habet domini voluntatem tunc sufficere, quòd ipse rem detineat, licèt non sit illa in conspectu. Fieri siquidem facilè potest, vt domini voluntatem aliquam possessor habeat, sed ita tamen vt non idcirco traditio vlla vel vera, vel ficta interuenisse intelligatur: quo casu haud dubiè necessaria est rei præsentia, vt tunc saltem cùm posterior eáque nuda domini voluntas accedit traditionis vice esse possit, quòd res sit præsens, *vt in dict. leg. eius 46. & lege sequenti, D. de rei vindicatione.* Nec enim sola domini voluntas traditionis vice esse potest, quamuis è contrario neque vera, neque ficta traditio vlla esse possit ad transferendum dominium, vel possessionem sine voluntate transferendi, *dicta lege qua ratione nona, paragrapho interdum, Digest. de acquirend. rerum domin.*

ERROR VI.

De distinctione quæ adhibenda est, cùm quæritur, An præsentia rei necessaria sit ad transferendam possessionem.

QVid ergo est? Puto distinguendum quidem esse, sed aliter concipiendam distinctionem, quam Bartolus conceperit. Aut enim traditio aliqua siue vera, siue ficta præcessit contractum, ex quo id agitur, vt dominium transferatur, aut nulla. Si nulla præcesserit, vt à posteriore distinctionis parte exordiamur, non puto dubitari posse quin necessaria sit præsentia rei non solùm ad translationem dominij, sed etiam ad translationem possessionis: Tametsi ponas millies constituti clausulam interuenisse. Nec minùs cùm is qui dominium acquirere sibi vult, iam possessor est quàm si non esset. Nihil enim refert quod ad hanc rem attinet an nullomodo possideat nec teneat, an verò teneat quidem & possideat, sed ab alio quàm à domino: quod omnium optimè probat Pauli textus *in d. l. eius 46. & seq* Itémque quod scriptum est *in l. 1. §. si iusserim, leg. quod meo 18 §. si venditorem D. de acq. poss. l. clausulis, D. 74. de contr. empt.* qui omnes loci, & de ficta traditione loquuntur, & rei præsentiam requirunt. Quòd si mille alios iuris locos in contrarium proferas, in quibus æquè de ficta traditione agatur & tamen nihil de adhibenda rei præsentia exprimatur, vt à negatione argomentando inferas, præsentiam igitur rei necessariam non esse, nihil me id mouebit: dicam enim quod suprà iam monui, præsopponendos esse semper terminos habiles, nunquam verò tractari posse de traditione siue vera, siue ficta, quin præsentiam rei supponi oporteat, cum impossibile sit rem absentem tradi, Fictiones autem iuris maximè verò quæ important veritatem non ad id quod impossibile est accommodandæ sunt, sed ad id quod possibile. Alioqui perinde inferas, Posse naturaliter quoque ac verè absenté rem tradi, cùm ex tã multis iuris locis qui de traditione loquũtur, déq; dominio per traditioné trãsferẽdo, tã pauci sint qui præsentiã rei quasi necessariam requirant, quã tamen necessariã esse omnes etiã qui contra nos sẽtiũt fatẽtur.

At

At si traditio aliqua siue naturalis & vera, siue ficta præcesserit qualiscunque illa sit, hoc est siue nudam corporalem detentionem, siue possessionem veram in accipientem transtulerit, quamuis in aliam causam facta sit, quàm in eam ex qua nunc dominium transferri contrahentes velint, nuda voluntas domini citra vllam traditionem nouam fiue verum, siue fictam potest sufficere vt ex noua causa noua possessio, & per nouam possessionem dominium acquiratur. Ideóque nec præsentia rei vlla in eam causam opus est, Exempla sunt illa quæ Caius & Iustinianus afferunt in *d. §. interdum*, si rem quam commodaui, aut locaui tibi, aut deposui apud te, vendidero tibi. Nam cùm depositum & commodatoio re contrahantur, certum est traditionem in iis contractibus interuenire oportere, Cùm nihil aliud sit re contrahi obligationem, quàm contrahi traditione: In locatione autem sicuti dissimile illud est, quod solo consensu non etiam re contrahitur, ita & illud simile, quod tacitam quoque traditionem exigit, non vt perficiatur, sed vt ex parte locatoris impleatur, cùm is patientiam fruendi præstare conductori debeat, quæ ipsa patientia nihil nisi tacita traditio est, *l. ex conducto 15. §. 1. l. si fundus 33. & pass. D. locat. iunct. l. 1. §. ff. de vsufr. l. vlt. ff. de seruit.* His ergo casibus, & alia qui sunt similes cùm traditio aut vera, aut ficta præcesserit, mirum non est venditionem quæ subsequitur, non indigere noua traditione vt noua possessio in emptorem transferatur. Sufficit enim mutari causam, si non possessionis quæ hoc casu nulla penes commodatarium, aut depositarium, aut conductorem fuisse voquam intelligitur. *d. l. 3. §. sed etsi is qui ff. de acq poss.* Saltem detentionis, vt qui antea rem detinebat tanquam depositarius vel commodatarius vel conductor, exinde incipiat possidere suo nomine tanquam emptor, & ex noua illa causa possessionem nanciscatur, & per possessionem dominium. Quid enim referre potest an possideret anteà vel tantùm rem detineret cùm etiamsi verè possidebat ob hoc ipsum tamen necesse esset desinere illum possidere, vt ex noua causa possidere inciperet, *d. l. qui bona fide 19. §. 1. ff. de acq. poss.* quamois non sicut dominium, ita & possessionem ex pluribus simul causis habere quia prohibeatur, *d. 3. § ex pluribus ff. de acq. poss.* Idem ergo erit si rem meam vendidero creditori cui eam pignori dederam, quique proinde ex pignoris causa eam possidebat, *d. l. serui nomine 16. ff de vsucap.* Nam & hoc casu res pro tradita habebitur, *d l. sine autem 9. §. 1. de publician. in rem act.* vbi addit Vlpianus, sed etsi traditio præcesserit idem esse dicendum. In quo mirari quis possit, quòd ita loquitur Vlpianus, quasi in superioribus exemplis, cùm quis rem apud se depositam, vel sibi commodatam, vel pignori sibi datam emit, traditio nulla præcesserit, quam sanè fatendum est præcessisse cùm omnes ij contractus re perficiantur. Sed huius versiculi non ille sensus est, at hic potiùs vt quamuis nuda traditio præcesserit, id est quæ nullam penitus causam habeat, perinde tamen dicendum sit subsecuta causa aliqua rem habendam esse pro tradita ex noua illa causa non minùs quàm si ab initio tradendi causa aliqua interuenisset. Non enim quemadmodum dicimus ex nuda traditione nunquam transferri dominium, *d. l. nunquam nuda 31. de acq. rer. dom.* Ita possimus dicere nudam traditionem etiam ad transferendam possessionem prodesse nihil debere, nullam siquidem causam aliam requirit traditio ad translationem possessionis, quàm factum & voluntatem tradentis, quia possessio magis facti est, quàm iuris, dominium verò ex contrario meri iuris est non facti. Igitur si cùm nulla tradendi causa subesset rem aliquam tibi tradidero, postea verò eandem tibi vendidero, exinde habebitur pro tibi tradita vt vel rei vindicationem ciuilem habere possis si mea res fuit, vel Publicianam si aliena dummodò emeris bona fide, & quasi meam. Puto amplius, cùm non aliter Publiciana competat, quàm si emptor non minùs traditionis, quàm emptionis tempore bonam fidem habuerit, *l. sed etsi 7. alias l. eum qui § Iulianus, alias leg traditionem eod. ill. sic. de public. in rem act.* In proposito tamen casu non tam debere tibi nocere, si veræ & naturalis traditionis tempore fueris in mala, quàm prodesse si bonam fidem habueris eo tempore, quo res incipit haberi pro tibi tradita ex causa emptionis, quia vt Publiciana competat, hæc duo debent concurrere, vt & bona fide quis emerit, & ei res empta eo nomine sit tradita *§ bonam autem fidem eiusd. leg.* magis igitur attendenda est ficta traditio quæ ex causa secutæ venditionis nunc primùm facta intelligitur, quàm prior illa vera & naturalis, quam ponimus factam fuisse sine causa. An verò his casibus præsentiam rei exigemus, vt res habeatur pro tradita? Minimè verò, quia verum est traditionem aliquando factam esse, & quidem ab eo ipso, qui tradere nunc deberet, si nunquam anteà tradidisset. Nec quod noua tradendi causa ex postfacto superuenerit, potest necessitatem inducere nouæ traditionis faciendæ, cùm sufficiat nuda domini voluntas non vt pro traditione sit, sed vt traditionis, quæ vel verè, vel fictè præcesserit, causa mutetur. Etsi enim causam possessionis nemo sibi mutare solo animo potest, *d. leg. qui bona fide 19. §. 1. de acq. poss.* quin tamen id facere possit ex concurrente alterius, cuius interest voluntate nemo ambigit. Animi namque illud est, magis quàm facti alienius extrinseci, nec cuiquam vlla in eo fit iniuria. Et hoc nimirum est quod apertè Iustinianus scribit *in dict. §. 44. Instit. de rer. diuis. quamuis enim ex ea causa, inquit, tibi rem non tradiderit, eo tamen ipso quòd patitur tuam esse statim tibi acquiritur proprietas, perinde acsi eo nomine tibi tradita fuisset.* Vt intelligamus nudam illam voluntatem domini, quæ patientia est, non ad id prodesse, vt res tradita existimetur, sed vt eo nomine, & ex ea causa nunc primùm tradita esse videatur, id est vt detentionis, vel possessionis causa mutetur.

ERROR VII.

De eo qui cœpit animo possidere. Ad legem certi condictio nonam, paragrapho vltimo, Digest. de rebus creditis, & ad legem interdum vigesimam primam, lege quarundam quinquagesima prima, Digest. de acquirenda possessione.

Esset illud explicatu difficilius, quod rationis loco affert Vlpianus *in l. certi condictio 9. §. vlt.* iis verbis, *animo enim cœpit possidere*, si non ex iis ferè quæ modò diximus, intelligeretur. Quis enim vnquam dixit, posse quem solo animo incipere possidere? Dubitant quidem nonnulli, an solo animo possit amitti possessio, propterea quòd ratio iuris repugnare videatur, at suadere potiùs, vt quemadmodum nulla possessio acquiri nisi animo & corpore potest, ita nulla amittatur nisi in vtrumque in contrarium actum sit, *l. quemadmodum 8. D. de acquir. poss. & l. ferè quibuscunque 153. de reg. iur.* Sed tamen magis probatur vt animo solo possit amitti, quamuis non acquiri nisi animo & corpore, *l. 3. §. in amittenda l. peregrè 44. §. vlt. D. de acquir. poss.* scilicet cùm amissio incipit ab animo vt in sequentibus dicemus,

emus. At posse quem solo animo incipere possidere, nemo vnquam dixit. Difficilior enim est vt cæterarum ferè omnium rerum, ita & possessionis acquisitio, quàm amissio. Quid ergo supradictis verbis sibi Vlpianus? Id vnum quod ad finem superioris capitis diximus, quoties traditio aliqua præcessit, per quam factum sit vt tu rem meam vel detinere, vel etiam possidere cœperis, sed ex alia causa, quàm ex qua nunc eam habere velis, posse animum tuum cum voluntate mea coniunctum facere, non vt incipias possidere simpliciter, si nec possideres adhuc rem nec detineres, sed vt possidere incipias ex noua hac causa, ex qua nullo modo anteà possidebas. Cùm enim iam esses corpore in possessione quod adeò meo facto est, vt neque possidendi animum exigere, *leg. si quis ante 10. §. 1. leg. quod meo 18. in princ. D. de acq. poss.* nihil aliud tibi deerat ad veram possessionem, nisi vt inciperes habere animum possidendi ex iusta causa, & ex mea voluntate. Id verò euenit cùm depositis apud te decem, posteà permisi tibi vt iis vtereris. Possessio enim quæ per depositum translata in te non fuerat, *l. licet 17. § rei depositæ D. deposit.* incipit esse tua statim atque consensimus, vt eam pecuniam tu tibi habeas quasi creditam, in cuius scilicet possessione iam es, propter traditionem à me tibi factam ex causa depositi. Quid enim præterea exigere quisquam possit? An vt res tradatur tibi, cuius possessio iam apud te erat priùs etiam quàm tua esset? Neque verò fieri potest etiamsi maximè velimus, vt ea res tibi magis aut iterum tradatur, nisi fortè remedij loco illud inducamus, vt tu prior eam mihi reddas, eandem à me subinde recepturus, Qui circuitus quid aliud afferat, nisi vt per plura fiat id quod non solùm æquè commodè, sed etiam longè commodiùs possit fieri per pauciora? Denique nihil vetat cùm cætera omnia concurrunt, quæ necessaria sunt ad possessionem acquirendam, solo excepto animo possidendi, vt incipiat quis animo possidere, Nimirum statim atque animum illum habere potest ex voluntate illius, ex cuius facto iam ante cœperit esse in possessione. Quòd cùm fit, non tamen solo animo incipit possidere, sed & animo & corpore, cùm iam ante possideret corpore, id est detineret. Id enim propriè est possidere corpore, rem corporaliter detinere; Animo autem possidere nihil aliud, quàm verè possidere. Nam sine animo possidendi detentio esse potest, possessio esse non potest. Adeò autem æstimatur possessio ex animo possidendi, vt quamuis possit quis corporaliter esse in possessione priusquàm animum possidendi gerat, semper tamen ab animo incipere dicatur possessio, tùm quoque cùm animum illum cætera præcedunt omnia. Materiam enim possessioni præbet corporalis detentio, animus verò possidendi formam. Forma porrò illa est quæ dat esse rei, & denominationem. Indéque est, quòd licèt corpore quis possidere desierit, animo tamen retinet possessionem, quamdiu retinet animum possidendi, si modò nihil obstet, quominùs corporalem etiam detentationem occupare possit quandoque. Frustrà siquidem est animus possidendi, qui effectum habere nullum potest, vt puta si quis reuersus à nundinis non sit admissus ab eo qui occupauerat interim possessionem, *l. clam possidere 6. §. qui ad nundinas, l. si id quod 25. §. quod autem l. peregrè 44. § vlt. D. de acq. poss.* aut si id quod possidemus ita perdiderimus vt ignoremus vbi sit, *d. l. si id quod in princ.* nisi custodiæ causam forte reconditum sit in aliquo loco, cuius memoria postmodùm non occurrat, *vt d. l. peregrè in princ.* Aut denique si mari aut flumine occupatum sit quod anteà possidebamus: Id enim possidere nos desinimus, *l. qui vniuersas 30. §. item quod mari eod. tit.* Cæterùm animo solo retinetur possessio, quamdiu libera est corporalis apprehensio, licèt non perinde animo solo acquiratur, *d. l. qui vniuersas §. quod per colonum.* Sed & animo solo amittitur possessio, cùm incipit quis animo desinere possidere, licet maneat in possessione fundi, quia statim atque constituimus nolle possidere desinimus possidere, *l. si de vi 17. §. differentia eod.* cùm nec videatur quis esse corpore vbi non est animo, *leg. nihil interest 26 ff. de captiu. & postl.* Et rideo cùm Interpretes nostros sic loquentes audio, vel scribentes lego, vt distinguant an possessionis amissio incipiat à corpore an ab animo, quasi verò possit vllo casu fieri vt amissio possessionis incipiat à corpore. Quod si ita esset, vtique fateri cogeremur incipere possessionem amittere illum, qui ad nundinas profectus neminem reliquerit ad custodiendam & tenendam possessionem suam, Contra quàm tamen scriptum sit *in d. § qui ad nundinas*, Quemadmodum & dicendum esset incipere illum possidere qui iure familiaritatis fundum amici ingrederetur, quod tamen non ita est. Nullomodo enim is videtur possidere, id est ne quidem corpore, quia non eo animo est ingressus vt possideat, licèt corpore in fundo sit, *l. qui iure familiaritatis 41. eod. tit.* soli excipiendi illi sunt, qui non possunt habere animum aut possidendi aut desinendi possidere, vt puta furiosus & infans, & si quæ sunt similes personæ. Nam & infanti soli tradita possessio solo corpore ipsi quæritur, Ne alioqui paulatim illud quoque induci necesse sit vt ne quidem per tutorem possessio infanti acquiri possit, vt ex Papiniano ratiocinatur Imperator *in l. 3. C. de acquir. & retin. poss.* Ideóque etiam possessionem pupillum sine tutoris authoritate amittere posse placuit, non vt animo, sed vt corpore desinat possidere, Quod enim facti est, potest amittere: Alioqui nulla supereßet ratio amittendæ per pupillum possessionis cùm eam animo amittere non possit, *l. possessionem 29. D eod.* non magis quàm furiosus, *l. si is qui animo 17 eodem tit.* vbi quod de saltibus hybernis æstiuisque Proculus loquitur, exempli potiùs causa quàm ad cæterarum rerum distinctionem dictum videri debet, cùm idem sit in omnibus prædiis ex quibus non hac mente recedimus, vt omisisse possessionem velimus, quomodo Vlpianus interpretatur *in leg. 1 paragra. hoc quod vulgò 25. D. vnde vi, & de vi armat.* solet tamen id vulgò dici à cæteris quoque prudentibus vt à Paulo *in l. 3. paragrapho saltus hibernos, D. de acq. poss.* & à Papiniano *in d. l. peregrè paragrapho vlt. cum duabus legibus sequentibus eodem.* Ideò fortassè, quòd cùm saltus hyberni æstiuique sint, qui certis statisque temporibus relinquuntur, vt Paulus ait *in dicto paragrapho saltus*, nullo vt plurimùm in iis locis relicto seruo vel colono *d. l. 45. eod.* viderentur interim illi haberi pro derelictis ad tempus, nisi speciali quodam iure in iis receptum esset vt eorum possessio animo solo retineretur: Ad differentiam cæterorum quorum possessio sic retinetur animo, vt etiam corpore retineri videatur, licèt possessor recesserit à fundo, cùm habeat animum redeundi quandocunque volet, nullo certi temporis interuallo suspensum. Denique possessio cuiuscunque rei corpore & animo quæsita, solo animo retineri dicitur, non quasi corpore amittatur, Retinetur enim illa ipsa quæ & corpore & animo quæsita fuerat, & quidem tota non ex parte, sed quia solus animus facit, vt etiam corpore per absentem retineri intelligatur. Hæc verò Accursius noster non benè percepit, qui quod scriptum est *in dicto paragrapho vltimo* depositarium cœpisse animo pecuniam possidere, ita demùm defendi posse putat si pecunia fuerit in conspectu & præsentia contrahentium, vt non tantùm animus possidendi.

possidendi sed etiam ficta traditio interuenisse videatur. Quæ interpretatio verbis Vlpiani nullomodo conuenit in quibus nihil est quod præsentiæ necessitatem, ut exigat aut præ se ferat. Nec rursus ratio iuris hanc adiuuat interpretationem. Cùm enim ponat Vlpianus præcessisse depositum, cuius obligatio non nisi re & traditione contrahitur, nulla traditionis fictione opus est vbi abest vera & naturalis detentio, nec proinde quicquam causæ cur rei præsentiam requiramus quam lex nunquam exigit nisi ad fictam traditionem inducendam. Illud certè verum est, nullam in ea specie possessionem penes depositarium fuisse ante conuersam causam depositi in causam mutui, quia depositarius nullomodo possidet, *l. 3 § sed si is qui D. de acq poss.* Ob idque tantò magis dici potest cœpisse hunc depositarium exinde animo possidere, qui anteà non possidebat, sed quamuis possedisset, forte si non depositarius sed creditor fuisset, idem tamen adhuc dici posset, cœpisse illum animo possidere cùm rem sibi datam pignori cœpisset iure emptionis possidere, (non enim de pecunia, sed de specie tractandum est, cùm ponimus causam crediti conuersam esse in causam emptionis.) quia nihil refert an qui nunc ex noua causa possidere incipit, anteà nunquam possederit, an ex alia causa possederit, cùm necesse sit tum quoque cùm possedit desinere illum possidere ex priore causa, vt incipiat possidere ex noua illa ex qua dominium sibi vult acquirere.

ERROR VIII.

De sententia lege interdum vigesima prima, & lege quarumdam quinquagesima prima, ff. de acquirend. possess.

EOdem pertinet, sed mirum tamen magis illud est, quod Iauolenus scribit *in leg. interdum 21. eod tit. de acquir. poss.* Interdum eius quoque rei possessionem cuius ipsi non habemus, alij tradere non posse, Veluti, inquit, cùm is qui pro hærede rem possidebat, antequam dominus fieret, precariò ab hærede eam rogauit. Nimirum quia per rogationem precarij is qui rogat cùm iam rem teneat nanciscitur possessionem ex illa causa precarij, *l. 4. § 1. l. & habet 15 § eum qui l. vlt. D. de precar.* sed ita tamen vt etiam is qui precario concessit possideat, quia non discessit animo de possessione, *d. § eum qui*, cùm precarij rogatio non in hoc interponatur vt debitor possessionem solus cessandi habeat, sed tantùm vt ei corpore tenere rem liceat, *l non solum 33. § vlt. D. de vsucap.* Non potest autem corpore quis rem tenere ab alio, quin alius ille hoc ipso possideat, cùm possidendi animum suum satis declaret concedendo precariam dumtaxat possessionem. Itaque sicut is qui iam corporaliter rem tenet siue tanquam verus licèt iniustus possessor, siue tanquam nudus detentor, nulla traditione indiget vt vel mutata, vel acquisita possessionis causa incipiat possidere precariò, sufficiente in eam rem nuda voluntate concedentis, Ita neque is qui precariò concessit vlla eget traditione, aut traditionis fictione, vt possessionem quam nondum habuerat, per detentoris personam solámque precarij rogationem nanciscatur, breui manu, Perinde ac si longiore manu possessionem accepisset à detentore, eandémque posteà eidem precariò concessisset. Sic fit vt eadem precarij rogatio prosit non solùm ad mutandam possessionis causam, sed etiam ad acquirendam precariam, faciendúmque eodem instanti possessorem illum qui precariò concessit, quamuis non anteà possideret: quoniam hæc omnia se inuicem consequuntur: & quorum tamen omnium nihil verè diceretur, si poneres precariò rogasse eum, qui antea nec possideret, nec detineret. Neque magis hoc casu quàm superioribus præsentia rei necessaria est, ad fictam traditionem inducendam, vt possessor fiat is qui rem iam detinet, aut vt possessorem faciat eum quem precariò rogauit. At neque illud requirimus, vt corporalem illam possessionem, quæ precarij rogationem præcesserit necesse sit habitam fuisse ab eo qui precario rogatur, vt *in l eius rei 46. & seq ff. de rei vind.* quia nimirum translatio possessionis hoc casu fit in concedentem vt tamen eodem instanti recurrat precaria ad rogantem qui iam possessor, aut detentor inuenitur, nec nisi nouam possessionis causam nanciscitur, per precarium. Longè alia ratio est illius qui cùm iam possideat suo nomine, constituit se alieno possidere. In huius enim persona non tractamus de faciendo illo possessore, quem ponimus iam esse possessorem, sed qua ratione possit per solum constitutum facere possessorem alium qui nec possidet vllo modo, nec detinet: Hoc verò est quod nos negamus aliter fieri posse quàm si res in præsentia sit, & in conspectu, vt traditio aliqua saltem ficta interuenisse videatur, quæ hoc sanè casu omninò necessaria est vt possessio in eum transferatur, qui cùm ne quidem suo animo possit incipere possidere, sed corporis ministerio indigeat ad acquirendam possessionem, multò minùs potest incipere possidere animo solo constituentis, Quem vtique satis est posse animo suo desinere possidere rem quoque absentem, quod necessariò præcedere debet vt in alium possessio transferri possit. Sed non ideò statim consequens est vt hoc ipso translata possessio intelligatur, quia sicuti plus est ita difficilius possessionem acquirere quàm amittere: nec quemadmodum solo animo amitti, ita & solo animo acquiri ea potest, si non etiam corporis traditio vel vera, vel ficta, interueniat, quæ potiò interuenire nulla queat rei absentis. Plane quarundam rerum possessionem animo posse nos adipisci. Labeo dicebat, veluti si aceruum lignorum emero, & eum venditor tollere me iusserit, nam simul atque custodiam posuissem traditum mihi videri. Idémque iuris esse vino vendito cùm vniuersæ amphoræ vini simul essent. Sed in eo vt in plerisque alijs benè reprehensus fuit Labeo à Iauoleno: cùm hæc ipsa custodiæ appositio nihil nisi corporis traditio sit, quandoquidem nihil interest vtrum mihi, an & cuilibet iusserim custodia tradatur, vt ex Iauoleno scriptum est *in l. quarundam 51. D. eod. tit. De acq. poss.* vbi addit ille, putare se hanc quæstionem in eo consistere, an etiamsi corpore aceruus, aut amphoræ apprehensæ non sint nihilominus traditæ videantur. Concludit autem nihil videri interesse vtrùm ego ipse aceruum, an quis alius mandato meo custodiat. Vtrobique enim animi quodam genere possessionem æstimandam esse; Id est certo modo videri quidem animo possessionem hanc acquiri sed non animo solo verum etiam quodammodo corpore, cùm aliqua corporis traditio interuenisse intelligatur. De illo certè dubitare nemo possit, quin rei præsentiam & conspectum in ea specie Labeo quoque ipse exegerit, ad acquirendam mihi solo animo possessionem. Nec enim absenti rei custodia poni posset, Vt intelligamus Labeonem licèt in ea specie dissenserit à prudentibus, vt credibile est, cæteris, non minùs quàm à Iauoleno, non aliter tamen putasse acquiri posse solo animo possessionem, quàm si res præsens & in conspectu esset. Quidni ergo idem admittamus, quoties tractatur de transferenda per constituti clausulã

possessione,

possessione, Cùm Interpretes omnes consentiant habendum esse constitutum pro ficta rei traditione. Illud quoque sententiæ nostri ætatis conuenit, quod Vlpianus noster *in l. quadam mulier 77 ff. de rei vind.* tractans de muliere quæ Titio non traditio donatae rat fundum per epistolam & eundem fundum ab eo conduxerat, Ait posse quidem defendi actionem in rem ei competere, quasi per ipsam acquisierit possessionem, velutt per colonam. Sed cum proponeretur quòd etiam in eo agro qui donabatur fuisset, cùm epistola emitteretur, *hec res sufficiebat*, inquit, *ad traditam possessionem, licet conductio non interuenisset*. Quibus verbis an non apertissimè Vlpianus requirit præsentiam rei ad hoc vt ficta traditio interuenisse existimetur? Alioquin, quid obstaret, to... go, quominùs etiam per epistolam se quis constitueret alieno nomine possidere, si ea res ex solo constituentis animo penderet? Et verò solent Interpretes nostri eam legem intelligere de donatrice muliere quæ constituerit se possidere nomine donatarij: Neque tamen negare possunt quin præsentia rei exigatur vt possessio in donat. ... translata intelligatur, nisi cùm aliqua fundi donati conductio intercessit. Sed tamen hinc quoque noui erroris materiam & occasionem iidem sumunt Interpretes existimantes solam rei præsentiam pro traditione sufficere, idque probari *ex dicta lege quadam mulier.* Quod quàm falsum & ab Vlpiani sententia non minùs quam à iuris ratione alienum sit, dispiciendum est.

ERROR IX.

De præsentia rei pro traditione, Ad legem 1. paragrapho si iusserim, & lege quod meo decima octaua, paragrapho si venditorem, Digest. de acquirend. possessione.

Non habet Andræas Tiraquellus in eo quem sitatis citauimus loco, *part. 2. De iur. constit. poss. ampl. 3.* rationem meliorem at nullam aliam vllam qua probet, Transferri possessionem per clausulam constituti etiamsi res præsens non sit, quàm quòd sola rei præsentia interueniens in contractu possit sufficere ad transferendam possessionem, & haberi pro traditione, tametsi clausula constituti nulla interuenerat, cuius proinde adiectio semper eo casu inutilis, & superuacua inueniretur. Itaque duos ille modos esse ait, transferendæ possessionis sine traditione, Præsentiam rei absque constituto, Et Clausulam constituti sine præsentia rei. Id verò ita esse vt sola rei præsentia etiam sine constituto pro traditione esse possit & debeat, recte probari putat ex aliquibus iuris locis, maximè verò *ex leg. 1. §. si iusserim & l. quod meo 18. §. si venditorem, D. de acq. poss. l. quadam mulier 77. D. de rei vind.* De quibus singulis nunc videamus, vt ex vero omnium interpretatione appareat nullum iuris locum, nullamque rationem opinioni hac de re nostræ repugnare. In *d. l. §. si iusserim.* Paulus scribit, Si iusserim venditorem meum procuratori meo rem tradere quam emi, cùm ea in præsentia sit, videri eam mihi traditam, idemque esse si nummos debitorem meum iusserim alij dare. Non est enim corpore, inquit, & tactu (quomodo legendum esse iam suprà monuimus) necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis & affectu. Ac ergo solam rei præsentiam sufficere vel Paulus vt res mihi tradita videatur? Imò verò exigit præterea, vt iusserim te qui rem illam mihi vendideras, eam tradere meo procuratori, cùm tu eam tradere mihi velles. Amplius dico, illud etiam exigendum est, vt res vere tradita sit meo procuratori, nec sufficere vt iusserim te illam tradere, vtque animum tradendi habeas etiam in re præsenti. Nec enim sola illa tradendi voluntas ex parte tua posset sufficere vt definerès possidere, multo minus vero vt me faceres possessorem. Itaque haud dubie sensus est eorum verborum, *si iusserim venditorem procuratori rem tradere*; acsi scriptum esset *si iussu meo venditor procuratori rem tradiderit*, quia sola tradendi iussus etiam in re præsenti pro traditione esse non potest si factum nullum interueniat ex parte illius à quo traditionem fieri oportet. Nihilne ergo, inquies, iussus tuus proderit? Nihilne præsentia rei? Nam etsi neque iussus vllus, neque præsentia rei interueniret, æquè tamen mihi traditum videtur quod procuratori meo traditum esset, cum vtilitatis causa receptum sit vt etiam per procuratorem possessio acquiratur, *dict. leg. 1. §. per procuratorem l. 1. Cod. per quas pers. nob. acquir. l. per procuratorem 8. Cod. de acquir. poss.* Respondeo non illud Paulum dicere *in dict. §. si iusserim*, Possessionem mihi acquisitam videri quæ procuratori meo tradita sit, quod minorem certè haberet dubitationem, *sed videri rem mihi traditam*, inter quas loquendi formulas multùm interest. Nam cùm res procuratori meo sic traditur vt ei magis quàm mihi tradita videatur, id est vt non nisi per mediam eius personam translatio possessionis in me facta videri possit, adhibenda distinctio est, qua mente procurator nactus sit possessionem, an ea mente vt operam dontaxat suam mihi accommodaret, an potius vt suo nomine possessionem nancisceretur. Hoc siquidem posteriore casu certum est non acquiri nobis possessionem per procuratorem, sed ita demùm si eam accipiat nostro nomine vt disertè scribit *in dict. §. per procuratorem*, qui eum de cuius sententia tractamus immediatè præcedit. At cùm possessio sic procuratori meo tradita est vt mihi magis quàm procuratori meo tradita videatur, non distinguimus qua mente procurator meus possessionem acceperit, & meóne nomine an suo, quia mihi omnimodo quæsita intelligitur, nec tam quasi per meum procuratorem, quàm quasi per me ipsum. Id verò euenit, cùm iussu meo res quæ in præsentia mea erat tradita fuit meo procuratori, quam idcirco vt Paulus mihi traditam videri, subiecta ea sententia statim post *dict. § per procuratorem*, vt ostenderet non posse in hac specie locum esse distinctioni quæ ponitur in paragrapho præcedente. Requirit autem iussum meum, vt procurator meus constituatur is cui res tradetur: quia non quisquis meo nomine possessionem accipit eam mihi acquirit, sed is demùm qui accipit tanquam procurator meus: adeò vt nec si meus procurator sua sponte rem aliquam emerit, mihi tamen priùs acquirat possessionem, quam tatam emptionem habuero, *l. communis 42. §. 1. D. eod. tit. de acquirend. possession.* Requirit etiam rei præsentiam, non vt possessio mihi acquiratur quasi re mihi tradita si eam procurator meus nomine meo acceperit, (idem enim iuris esset etiamsi me absente traditio procuratori meo facta proponeretur) Sed vt etiamsi procurator meus suo non meo nomine rem accipere maluerit, perinde tamen acquiratur mihi possessio acsi tradita mihi res esset. Cæterùm non potest rei præsentia facere quin traditio necessaria sit ad possessionem transferendam: nec potuus effectua est præsentiæ rei vt possessionis acquisitionem in mea persona certam faciat, quæ alioquin ex procuratoris mei animo & voluntate penderet. [illegible] verò cui [illegible] mihi quia, vt lex ait, non est necesse corpore & tactu apprehendere

hendere possessionem, sed sufficit etiam oculis & affectu. Alioqui non posset videri res mihi tradita, quam non ego apprehendissem corpore, sed procurator tantùm meus, si non sufficeret oculis apprehendisse: quæ si posset etiam tradi oculis, nihil sanè præterea requireretur. Sed cùm factum aliquod traditionis traditio exigat, nec possint oculis soli in eam rem sufficere, illud saltem interuenire oportet, vt qui rem tradere vult, eam demonstrando præsentem dicat se tradere. Quo facto vtrique habenda est possessio pro tradita, nec aliter possit oque fatendum sit nullam superesse rationem tradendi eas res, quæ propter magnitudinem ponderis tractari manibus, & moueri non possunt, vt columnas, quas tamen pro traditis haberi constat si contrahentes in re præsenti consenserint: vt pro traditis habeantur: quomodo scriptum est *in d. §. si iusserim.* Idémque probatur etiam *ex d.l. quod meo 18. §. si venditorem eod.* vbi Celsus scribit, Si venditorem id quod emerim deponere in mea domo iusserim, certum esse me possidere, quamquam id nemo dum attigerit, hoc est neque ego, neque alius meo nomine, Aut si mihi fundum vicinum mercato venditor in mea turre demonstret vacuámque se possessionem tradere dicat: Non minùs enim possidere cœpi, inquit, quàm si pedem finibus intulissem, Cui non similiter Iauolenus *in l. pecuniam 79. D. de solut.* ait, si pecuniam quam mihi debes aut aliam rem in conspectu meo ponere te iubeam, effici vt tu statim libereris, & res illa vel pecunia mea esse incipiat. Nam tùm quòd à nullo corporaliter eius rei possessio detineretur, acquisitam eam mihi & quodammodo longa manu traditam existimandam esse. Quæ ratio ostendit eum gerendæ rei ordinem esse debere, vt prius desinat possidere is qui anteà possidebat, nec aliter possessionem longa manu in alium transferre possit, quàm si ponat rem in conspectu, quæ positio quid aliud, quàm veluti quædam traditio est? Nam & depositum quod non nisi re ac traditione perficitur à positione ob eam causam dictum volunt, *l. 1. ff. deposit.* & possessionem quoque ipsam à pedum positione, *d.l. 1. in princ. ff. de acq. poss.* Obseruandum tamen est inter eos casus, quos Celsus tractat *in d. §. si venditorem*, permultùm interesse. Nam in priore, id est, cùm venditorem id quod emerim iussi deponere in domo mea, minorem dubitationem res habet, quin possessio translata sit per depositionem illam. quæ vt dixi, nihil nisi traditio est. Quid enim refert potest an in manibus meis, an verò in mea domo res iussu meo deponatur? Sed in posteriore in quo nulla traditio alia interuenit nisi quòd venditor dicit se tradere difficilius est, vt nudo verbo traditio facta esse videatur. Et sanè ita est, non possunt verba sufficere ad traditionem, vt neque vbi aliàs facto opus est: sed accedunt ad verba rei præsentia, mitum non est traditionem re ipsa factam videri ei qui oculis quoque non minùs quàm manibus possessionem apprehendere potuit, & hoc ipso quod consensit dicenti se tradere rem oculis subiectam, apprehendisse illam intelligitur. Maximè verò eo etiam concurrente, vt in mea turre mecum sit is qui vicinum fundum quem ab eo emi demonstrat mihi. Nam si in alieno fundo essem & in aliena turre, difficilius esset vt fundus mihi traditus videretur etiam quem inde venditor indicasset, adeò verum est quod volumus, solam rei præsentiam quæ in contractu interuenerit, si aliud nihil accedat, pro traditione haberi non posse.

ERROR X.

De sententia l. quædam mulier 77. de rei vind. Et differentia venditionis & donationis. Ad l. absenti 10. l. ex hac scriptura 16. ff. de donat.

ILla obiectio difficilior est, quàm fieri posse diximus, *ex l. quædam mulier 77. D. de rei vind.* in cuius posteriore parte nihil aliud exigere videtur Vlp. ad inducendam fictionem traditæ possessionis, quam vt mulier quæ per epistolam agrum donabat in eo agro tum esset, cùm epistola emitteretur. Vnde & Bartol. noster ad illum locum infert, quod quando contractus venditionis fit in ipso fundo præsumitur tradita possessio. Sed respondendum est quod nec Bartolus, nec alius fortè quisquam adhuc vidit de donatione loqui eo loco Vlpianum non de venditione: plurimùm verò hac parte inter venditionem & donationem interesse: Donatio enim non nudo consensu fiebat olim, vt venditio, sed altero tantùm ex duobus modis, aut stipulatione, aut traditione, *l. Papinianus 23. vt not. D. de bon. aut. vir. & vxor.* Atqui stipulationem certum erat fieri non posse per epistolam vt nec alio vllo modo inter absentes, *leg. 1. D. de verb. oblig.* Ergo quoties in Pandectis legimus factam donationem per epistolam ponendum est factam esse per traditionem. Et sanè ita est. Nam absenti siue mittas qui ferat, siue quod ipse habeat sibi habere illum iubeas donari rectè potest, *l. absenti 10. D. de donat.* vbi addit Paulus, si donatarius nesciat rem quæ apud se est, sibi donatam esse, vel missam sibi non acceperit donatæ rei dominium eum non fieri, etiamsi per seruum eius cui donabatur missa fuerit, nisi ea mente seruo eius data fuerit vt statim eius fiat. Ex quo apparet, eum qui per epistolam dicit se donare perinde habendum ac si diceret se rem tradere, Ideóque minùs esse mirandum, si ex eiusmodi epistola traditio facta esse intelligatur, dummodò in eo ipso agro fuerit donator tùm cùm epistolam conscribebat. Hoc enim omnimodo exigitur vt ficta traditio respondeat veræ, quia rei absentis vera traditio fieri nullo modo posset, nec igitur ficta, secundùm ea quæ in superioribus disputauimus. In venditione non idem iuris est, quia cùm venditio solo consensu perficiatur, non qui dicit se vendere hoc etiam dicere intelligitur, quòd rem tradat: cùm is qui vendidit hoc ipso sit obligatus ad tradendum, *l. 1. l. 3. l. ex empto 11. & pass. D. de action. empt. l. si traditio 4. C. eod.* Itaque quamuis vendat in præsentia, & conspectu rei, non idcirco tamen tradere rem intelligitur, multò minùs verò sine traditione possessionem transferre. Proinde quod de donatione rei præsentis facta per epistolam scriptum est *in d. l. quædam mulier*, non potest nec debet ad venditionem produci. Nec sanè potest Bartolus negare quin non satis bona sit in omnibus comparatio donationis & venditionis. Ait enim Vlpiani sententiam planè ac sine dubio procedere in donatione, at non æquè in venditione nisi eum distinctione illa si solutum sit pretium *ex l. quod vendidi 19. D. de contr. empt.* In quo tamen rursum fallitur. Nam distinctio ista, vtrùm venditionis pretium solutum sit, necne ad eam quæstionem pertinet quæ fit de translatione dominij, non ad eam, quæ de translatione possessionis. cùm ad possessionis translationem sola sufficiat traditio, nec quemadmodum ferè semper dominium cum possessione, & per possessionem transfertur, ita è contrario necesse sit transferri dominium ad transferendam possessionem.

Pone igitur venditam rem traditam fuisse emptori, priùs tamen quàm vel solutum esset ab emptore pretium, vel fides habita de pretio à venditore. Erit haud dubiè translata possessio in emptorem, at non etiam dominium, *§. venditæ inst. de rer. diuis. iunct. d. l. quod vendidi & l. vt res 53. eod. tit. de contr. empt.* Difficilius enim est vt ex venditione transferatur dominium, quam possessio, idque ex lege ipsa duodecim Tabularum factum est vt Iustinianus refert *in d. §. venditæ.* At ex causa donationis quæ per traditionem facta sit, tam facilis est translatio dominij quam possessionis: Adeò vt etiam ex hac scriptura, *sciant heredes mei me vestem vniuersam ac res cæteras quascunque in diem mortis meæ mecum habui, illi & illi libertis meis viuam donasse,* dominium ad libertos benigna interpretatione pertinere Vlpianus responderit *in l. ex hac scriptura 16. D. de donat.* Cur verò benigna interpretatione? Quia non per verbum præsentis temporis donatio facta proponebatur, quomodo fieri eam oportet, *l. Aquilius Regulus 27. l. Lucius 32. eod. d. l. quædam mulier.* Sed per verba enunciatiua tantùm factæ iam donationis, cuiusmodi verborum maior potestas esse solet ad probandum contractum quàm ad contrahendum, præsertim cùm talis contractus est, quem re ac traditione perfici oportet, *l. Publia 26. §. vlt. D. deposit.* Cùm igitur hodie post Iustiniani constitutionem *in leg. si quis argentum 35. §. vlt. C. de don.* Donatio nudo consensu perficiatur sicut & venditio, adeóque quod magis est nudo pacto, quin etiam nuda pollicitatione dubitari eleganter potest, An quod scriptum est *in d. l. quædam mulier,* videri traditum fundum qui per epistolam donatus fuit si donator in eo fundo erat, cum epistola emitteretur, perinde locum hodie habeat, sicut habebat olim, An potius dicendum sit non magis hodie in donatione id verum esse, quàm olim fuerit in venditione: Sed cùm Iustiniani mens illa fuerit, vt donationum ius augeret, non vt restringeret, absurdum, credo, fuerit, & contra ipsius voluntatem vt donatarius ob id minùs hodie iuris habeat, quàm habuerat olim in specie *d. l. quædam mulier.* Nam & traditione non minùs hodie quàm olim fieri potest donatio, licèt possit fieri etiam citra vllam traditionem. Proinde qui dicit se donare si rem præsentem habeat quam possit vel præsenti tradere, vel mittere absenti, quidni etiam hoc ipso tradere credendus erit? Atqui rem præsentem habet, qui est in agro donato, cùm epistolam donationis emittit. Hoc ipso igitur credendus est agrum tradere per traditionem epistolæ quæ mittitur absenti, vt sit epistola symbolum quoddam traditionis fundi, perinde ac si præsenti glebula terræ traderetur: cùm non nisi hoc modo conferri donatio per traditionem in absentem possit, *d. l. absenti 10. D. de don.* ita scilicet vt non habeat donator animum priùs amittendæ possessionis quàm donatarius certior factus fuerit *arg. l. qui absenti 38. D. de acquir. poss.*



ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI,

SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,

CHILIADIS DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS LXXVI.

ERROR PRIMVS.

De triplici culpa lata, leui, & leuissima.

CVM tam frequens in libris nostris mentio hat triplicis generis culpæ, latæ, leuis, & leuissimæ: Mirum est nondum constare inter iuris nostri Interpretes quænam sit lata culpa, quænam leuis, & quæ leuissima. Nam si consulas vetustiores distinguebant illi quinque species culparum, latissimam, latiorem, latam, leuem & leuissimam, Moti vt videtur ex eo, quod sicuti latam culpam passim Iureconsulti dixerunt, ita latiorem dixit Nerua quem Celius probat *in l. quod Nerua 32. D. deposit.* Quòd si aliqua latior est quàm ea quæ sit lata, consequens est vt sit etiam aliqua latissima; Ne vbi adest comparatiuus desit superlatiuus. Sed hanc sententiam benè iam ante nos refutauit Zasius, ex eo quod plus & minus non constituant diuersas species, nec faciant differre specie, vt loquuntur Philosophi: Neque verò dubitandum est Neruam dixisse olim latiorem culpam, pro lata, sumpto per elegantiam comparatiuo pro positiuo, vt aliàs passim inter bonos latinitatis Authores: Non quasi sit illa media culpa inter latam & latissimam. Si qua enim esset latissima culpa, esset illa haud dubiè cùm quis ignorasse se diceret id quod omnes sciunt: Siquidem hic finis est latæ culpæ, vt loquitur Iurec. *in l. lata culpa 223. iunct. l. ledere 213. §. vlt. De verb. sign.* id est, vt ego interpretor, non potest lata culpa quantacunque extendi latiùs aut longiùs quàm ad eum vsque negligentiæ & ignorantiæ gradum, vt quis non intelligat id quod omnes intelligunt, & tamen culpam illam latam lex vocat non latissimam. Nulla igitur culpa est tam lata quæ latissima dici possit aut debeat ad differentiam latæ, Etsi fatendum est huius ipsius latæ culpæ varios esse gradus, sed quorum tamen varietas nullam iuris varietatem inducere queat: Nisi quod non omnis lata culpa dici potest dolo proxima, licèt è contrario non possit culpa dolo proxima esse, quin sit lata: quod tamen pauci obseruant. Cùm enim culpa non tam ex negligentia proficiscitur quàm ex crassa illa, supina, & intolerabili ignorantia quæ nescit etiam ea, quæ omnes sciunt, tantùm abest vt sit dolus, vel ad dolum proximè accedat, vt neque doli capaces esse videantur ij quibus huiusmodi culpa imputari potest. Adeò distat à dolo stoliditas & ignorantia, non etiam summa negligentia, quæ comitem semper habet scientiam, Alioqui nec negligentia dici posse videretur; Quare nec prudentes nostri semper ista confundunt, culpam scilicet latam, & culpam dolo proximam, sed aliquando latam culpam dicunt, iis nimirum casibus quibus nihil interest qualis ea culpa lata sit, & vnde causam habeat. Aliquando verò exigunt nominatim, vt ea culpa sit dolo proxima, *vt in l. 4. de magistr. conuen. l. 1. §. non aliàs. D. si is qui test. lib. esse iuss. l. 1. §. hac actio si mens. fals. mod. dixer. l. 1. §. is quoque in fin. D. de oblig. & act. l. si fideiussor. 29. circ. princ. D. mandat. l. impuberibus 7. §. si fraus. De suspect. tut. l. quæsitum 8. §. illud adnotatur D. de precar.* Quoties videlicet ex sola doli affinitate, & proximitate

asciatur odium culpæ latæ, propter quod ea puniri debeat. Sunt igitur tres tantùm culpæ species, lata, leuis, & leuissima, licèt cùm quæritur de lata distinctiones quædam adhibendæ sint, vt sciri possit vnde proficiscatur, quod & ex sequentibus apertiùs intelligetur. At contrarius Coriasij & quorundam recentiorum error fuit, qui licèt perinde tres tantùm culpæ species agnoscant, diuidunt tamen culpam in leuem, leuiorem, & leuissimam, nec latæ magis quàm latioris aut latissimæ vllomodo meminerunt, Quasi prudentiores prudentibus nostris, qui de lata culpa tam sæpè locuti sunt, de latiore verò etiam aliquando De leui autem & leuissima quas nos etiam admittimus locuti quidem illi sunt, sed de leuiore nunquã. Videtur porrò hæc opinionum in re tam alioqui trita & clara diuersitas ex eo profluxisse, quod quænam lata culpa sit, quænam leuis, & leuissima non omnes intellexerunt Latam enim culpam sunt qui ex eo solo æstiment quod dolo proxima sit, quos iam refutauimus *ex d. l. lata.* Alij ex summa negligentia moti ex *l. magna eod tit de verb signif.* Quasi verò non possit esse lata culpa vbi sit aliqua diligentia eo casu quo lata culpa causam habet à negligentia: quòd tamen apertè falsum est, & à Celso refutatum *in d. l. quod Nerua*, vbi ait, Etiamsi quis ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens sit, si tamen non ad suum modum curam in deposito seruando adhibeat, non tantùm latæ culpæ conscium eum esse, sed etiam fraude non carere. Alij denique de lata culpa sic sentiunt, vt dicant illam duobus indiciis deprehendi, quorum vnum sit, si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens sit. Alterum si non ad suum modum curam in rebus alienis adhibeat, sed minorem quàm in suis. Ex *d. l. quod Nerua.* In quo haud dubiè falluntur. Nec enim hominum natura desiderat tantam diligentiam, vt lata culpa sit si quis minorem præstet. Contenta enim est natura mediocribus, nec nisi mediocrem à nobis diligentiam requirit, quam vbi quis præstitit, naturæ vtique satisfecit, sed non semper officio, siue maiorem in rebus suis diligentiam adhibere solitus probetur, siue talis casus sit, in quo non sufficiat tantùm eum adhibuisse in rebus alienis, quantum in suis solet, si modò alius diligentior paterfamilias maiorẽ adhibere potuit atque ita rem seruare, *vt in §. is cui. vers. at quo videndum. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Nam & sic Senec. *in lib. De ira*, Quàm inquit, angusta innocentia est, ad legem bonum esse, id est ad eum vsque duntaxat modum quem lex requirit. Imitatur enim lex naturam quantum potest, vt in cæteris omnibus ita in hoc quod mediocrem in ciuibus bonitatem exigit, vt natura mediocrem in omnibus hominibus, diligentiam. Dicamus igitur exemplo Senecæ Augustam esse diligentiam, ad naturam esse diligentem, id est vt Celsus noster loquitur ad eum modum quem hominũ natura desiderat. Neque pugnat quod scriptum est *in d. l. quod Nerua.* vbi manifestè abundat negatio quæ illos fefellit, vt seq. cap. dicemus; Si enim verum esse quod illi vtcunque supponunt, Et latam culpam esse, quoties quis non ad eum modum quem natura hominum desiderat diligens est, Et diligentiam quam natura hominum desiderat esse maximam, Consequens esset, vt qui minorem in alienis quàm in suis rebus diligentiam præstitisset, latã culpam admisisse dici deberet non quia minùs diligens fuisset in rebus alienis, quam in suis, sed quia non ad eum modum diligens fuisset, quem hominum natura desiderat. Quæ res faceret vt nihil ei prodesse deberet ad latam culpam euitandam, quod tantam in alienis rebus seruandis quantam in suis diligentiam præstitisset, si neque in suis, neque in alienis ad eum vsque modum quem natura exigit, diligens fuisset, id est vt isti interpretantur si non exactam diligentiam adhibuisset, Exactã, inquam, id est cui nihil desit, ac proinde inter quam & exactissimam diligentiam nihil penitus intersit. Nec enim exacta esset diligentia quæ aliam exactiorem admitteret. Atqui hoc euidenter falsum est, maximè in deposito, de quo *in dict. l. quod Nerua*; Si enim depositarius in rebus suis sit negligentissimus, non potest ei imputari quod in deposito seruando nec mediocriter quidem fuerit diligens, sed imputare potiùs sibi debet is qui deposuit, cur iam negligenti amico rem suam custodiendam dederit, vt scriptum est, *in §. is quoque. Inst quib. mod. re. contr. obl. & in l. 1. § is quoque De oblig. & act.* Sed & in eo falli mihi videntur quod culpam omnem ex negligentia æstimant vt vbicunque negligentia est saltẽ magna, ibi etiam culpa sit, quod tamen non ita est. Permittitur enim cuilibet in rebus suis esse negligentem, ita vt non ideirco in culpa aliqua esse videatur, Quis enim culpam ei obijceret? Sed quæ in propriis rebus negligentia, ea in alienis culpa est, quia nõ debet esse impunita negligentia eius qui præstare diligentiam circa res alienas debuit: Quemadmodum dicere solemus sæuitiam domini quæ in propriis seruis colpãda est in alienis esse coërcendam *l. si constante 24. §. si maritus D solut. matr.* Et ita debet accipi quod scriptũ est *in d. l magna De verb. sign.* Magnam negligentiam culpam esse, in rebus scilicet alienis non etiam in rebus negligentis Nam & statim sequitur *Magna culpa dolus est*, vt intelligamus magnam negligentiam eo ipso casu culpam esse quo magna culpa dolus sit: Atqui nemo sibi ipsi dolum inferre potest, sed tantũ alteri: Ergo neque culpam. Et quod dicimus culpam æstimari ex defectu diligentiæ quoties id quod à diligente patrefamilias præuideri ac prouideri potuit, neque præuisum neque prouisum est *l. si putator 31. ad l. Aq.* ita semper accipiendum est, vt ea negligentia circa personas alias & circa res alienas versetur, non circa rem aut personã ipsius negligentis Dicendum igitur est latam culpam aliquando ex summa & crassissima ignorantia deprehendi cùm quis ignorat id quod omnes sciunt, qui finis est latæ culpæ, vt diximus. Aliquando autem ex negligentia, quæ non minùs quàm diligentia semper scientiam præsupponit. Cum autem ex negligentia existimatur, tribus eã indiciis deprehendi, si quis nullam penitus in alienis rebus diligentiam præstiterit: Aut si aliquam quidem sed minimam in ea re expedienda quæ maiorem exigebat, Aut denique si magnam quoque, sed tamen minorem quàm in rebus suis *d. l quod Nerua.* Qui postremus casus sanè notandus est, in quo lata culpa concurrere potest etiam cum magna diligentia, & in quo tamen lata culpa non tantùm accedit proximè ad dolum, sed etiam dolus semper est, Cùm in cæteris casibus in quibus lata culpa ex minima nullàve negligentia, aut ex crassissima ignorantia æstimatur nõ solùm non sit dolus sed neque dolo semper comparetur De leui culpa minor dubitatio est, Fatetur enim vulgo, leuem culpam esse quoties tantam diligentiã quis in rebus alienis adhibet quantam in suis adhibere solet. Quæ tamen diffinitio si propius inspicias non est bona. Quid enim si de eo tractemus qui in rebus suis diligens sit ad eum saltem modum quem natura hominum desiderat, id est saltem mediocriter? Cur dicamus esse illum in leui culpa si eundẽ vsque modum diligens sit in rebus alienis? Itaque cùm ad constituendam culpam etiam leuem necessariò supponenda sit negligentia, Rectiùs quis definierit leuẽ culpam esse quoties is qui in rebus suis alioqui negligens est, non magis tamen in alienis rebus est negligens quàm in suis. Nam & illa leuis negligentia dicitur quantacunque sit illius cui est illa in rebus suis consueta, suntque ista synonyma Leuis, & Rebus

suis

suis consueta negligẽtia, vt scripsimus *in Err. 1. Dec. 75. ex l. mulier 22. §. sed enim D. ad SC. Treb.* Nã quod quidam putant leuem culpam esse in suis rebus diligentiam: in alienis negligentiam, non potest iudicio meo defendi cùm sit illud exemplum non tantùm latioris culpæ, sed etiã doli, *d. l. quod Nerua*, de qua plurib. seq. c. dicemus. Quænam igitur erit culpa leuissima? Nam de hac sola nobis dicendum superest. Plerique putant eam solam esse, quæ nascatur ex imperitia, dum ne affectata vel ex infirmitate sexus aut ætatis vel etiam ex rusticitate. Sed parum subtiliter meo iudicio: Nam & imperitiæ & sexui & ætati & rusticitati vt plurimùm parcitur, *l. si id quod 7. §. 1. D. de iurisd.* At nos tractamus de culpa leuissima quæ pœnã mereatur, eo nimirum casu quo etiam leuissima culpa sit præstanda, puta si de commodat. tio agatur qui per culpam leuissimam amiserit rem sibi commodatam. Cùm enim solius commodatarij gratia commodatum fiat, æquum est teneri commodatarium non modò de lata culpa, & de leui, sed etiam de leuissima, & quidẽ ita vt neque imperitiæ neque sexus, neque ætatis, neque rusticitatis obtentu vllo possit se excusare. Nec enim tanta illa imperitia etiam quæ per ætatem contingit cuiquam captiosa esse debet, licet sit ea omniũ minime suspecta. *l. qui autem 6. §. si quid cum pupillo, D. quæ in fraud. cred.* Dicendum igitur est leuissimam culpam esse cùm quis in alienis rebus conseruandis adhibet diligentiam, non solùm quantam rebus suis adhibere solet, sed etiam maiorem, at minorem tamẽ quàm adhiberi potuerit à patrefamilias diligentiore. Nam ei qui exactam diligentiã præstare debet, & cui diligentiæ nihil desit, parum prodest tantam adhibuisse quantam in reb. suis solet, adeóque nec longè maiorem si modò aliquis diligentior paterfam. reperiri possit, qui rem alienam custodire meliùs potuerit vt disertè Iustin. scribit *in d. §. item is cui. Inst. quibus mod. re contr. obl.* vbi quamuis hoc tantùm dicat, Non sufficere commodatario, tantam in re commodata custodienda diligentiam adhibuisse, quantam in suis adhibere solitus sit, Cùm tamen subijciat illud vnum intuendum esse an diligentior aliquis paterfamilias reperiri potuerit, qui rem commodatam meliùs custodiisset, Satis apertè indicat parum referre an commodatarius parem atque in reb. suis diligentiã præstiterit an maiorem dum ne penitus exactam, Omnia enim diligentia quantacunque sit intra fines exactæ diligentiæ, minor est, quàm quæ à cõmodatario præstari debet, quam necesse est exactam esse, id est quomodo suprà interpretati sumus, tãtam quanta maior & exactior afferri nulla potuerit, ac proinde quæ sit exactissima quomodo eam vocat Vlp. *in l. 1. § is verè De obl. & act.* Vnde fit vt nunquã probare potuerim, quod Tribon. scribit *in §. vlt. quib. mod. re contr. obl.* debere creditorem in custodiendo pignore exactam diligentiam adhibere. Nec illam rursus rationem qua mouetur quod pignus vtriusq; contrahentis gratia detur. Nam hæc ratio facit omninò, vt dicẽdum potius sit creditorem non magis teneri de culpa leuissima quã de casu fortuito, si bona est ratiocinatio Vlp. *in l. 5. §. nũc videndũ 2. D. cõmod.* Vbi disertè scribit in pignore solum dolum & culpam præstari. Ad differẽtiam commodatarij qui etiam diligentiã præstare debet, id est culpam leuissimam, quia solius cõmodatarij gratia sit commodatum. Diligentiam enim præstari dicunt Iurec. pro eo quod est præstari culpã leuissimam *d. l. contractus 23. de regul. iur.* illis verbis *in his quidam & diligentiam.* Itaq; quod contra scriptum est *in d. §. vlt.* inscitiã Tribon prodit qui & falsam propositionem ex nullo Pandect. aut Cod. loco desumptam nobis tradidit, & mala ratione licet non falsa suppositione eam confirmauit, nisi malit legere minus exactam & casum fortuitum intelligere quẽ exactissima diligentia potuerit impedire: Ad differẽtiam scilicet commodatarij quem quoniam de culpa etiam leuissima tenetur, placet teneri de casu quoque fortuito, quem si fuisset diligentior euitare potuisset *dict. l. §. item is cui vers. at si qui vendũ quib. mod. re contr. obl.*

ERROR II.

De lectione & sentent. l. quod Nerua 32. D. deposit.

Refert Cels. *in l. quod Nerua 32. D deposit* solitum Neruam dicere latiorem culpam dolũ esse Hoc verò displicuisse Proculo, quippe qui putabat culpã siue latam, siue quod idem est latiorem aut latissimam lubeat dicere, nunquam dolum esse, sed tantùm vel dolo proximam, vel dolo æquiparandam dici debere. Nam & sic alij ferè omnes Iurec. locuti sunt si Paulum excipias qui scripsit *in l. magna negligentia 226. De verb. sign.* non solum magnam negligentiam culpam esse, sed etiam magnam culpam, id est latam dolum esse Alij verò tum etiam cùm eandem rationem constituunt doli & latæ culpæ, non ideò tamen latã culpam dicunt esse dolum, sed vel propè dolum, vt ait, *l. si fideiussor 29. mandat. l. impuber. 7. §. 1. de suspect. tut.* vel dolo proximam vt *in l. 4. in fin. D. de magistr. cõuen. l. quæsitum 8. §. illud de precar.* vel dolo comparari vt *in l. 1. § hac actio si mens. fals. mod. dixer.* vel dolum repræsentare, *l. 1. §. non aliàs si is qui test. lib. esse iuss.* vel in doli crimen cadere. *l. 1. §. is quoque in fin. D. obl. & act.* Denique latam culpam à dolo ita separant vt facile appareat, dolum eos à lata culpa perpetuò separasse. Quodquod nec passim sempérque verum est, latam culpam dolo comparari? Puta in l. Cornel. de sicariis in qua dolus pro facto accipitur, id est pro eo dolo qui reuera & facto ipso admissus sit, non pro culpa lata, quæ licèt dolo malo interdum comparatur, præsumptionem tantùm doli inducit, non dolum verum qui pro facto accipi possit, *l. in l. D. ad l. Corn. De sicar.* Quo exemplo etiam generaliter placet Interpretibus in causis criminalib. quoties de corporali pœna infligenda tractatur, latam culpam non modò non esse dolum, sed neque dolo æquiparari. Quinimò disputant vtrùm in ciuilibus quoq; causis idem obtineat; puta cùm agitur de in litem iurando, Nec desunt qui putent ob latam culpam non iurari in litem non magis quam ob leuem, sed ob dolum tantùm licèt contraria sententia tandem obtinuerit, Et rectè ex *l. 2. C. de in lit. iur.* vbi disertè scriptum est, Etiã cõtra hæredem tutoris posse in litem iurari si vel dolus ipsius vel lata culpa. vel fraus interuenerit in occultandis & non exhibendis instrumentis pupillarib De quo tamen dicendum latiùs erit, c. seq Est. n. locus ille meo iudicio obscurus, & ni fallor, mẽdosus. Illud ergo mirum sanè est, quod Nerua dicebat latam culpã dolum esse. Neq; quod de latiore non de lata loquebatur, mirandi causam tollere potest, cùm nihil penitus intersit inter latam culpam latiorem & latissimã, quemadmodum superior c ostendimus. Nec proinde immeritò displicebat ea sententia Proculo, vt idem Celsus refert, qui tamen subijcit eam se verissimam putare. Rationem verò affert, *Nam & si quis*, inquit, *non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat fraude non caret.* In qua ratione illud primum explicare non possum quod dicitur de eo qui non ad eum modum diligens est, quem hominum natura desiderat. Siue. n. sic intelligas. vt hominum natura desideret, ab vnoquoque exactissimam diligentiam, ac proinde, vt in lata culpa sit, quisquis non ad eum modum diligens est, quod tamen nos suprà refutauimus, quid attinebat subijcere, Nisi tamen ad suũ modum curam in deposito præstet, fraude eum non carere. Quid enim depositario prodesse deberet, quod suum modũ curam in deposito seruando præstitisset

si non eo minus culpam latam contraxisse dicendus esset, ob id quod non ad eum modum quem hominũ natura desiderat, id est non exactissimè diligens fuisset? Siue sic intelligas quomodo sanè intelligi Celsus debet, vt non nisi mediocrẽ diligentiã à nobis natura desideret, Depositarius verò talis sit, qui suis in reb. conseruandis exactissimam præstare soleat. Quis dubitat depositarium in lata culpa esse quem ponimus, nec ad eum quidẽ modum quẽ hominũ natura desiderat diligentem fuisse, id est ne quidem mediocriter in deposita re custodienda, si ad euitandã latæ culpæ reprehensionem nec illud sufficit vt mediocrẽ diligentiam in deposito præstet qui in suis præstet exactissimam? Itaque vt dubitandi ratio aliqua sit, quam exprimere Cels. voluit iis verbis, *nã etsi quis*, fatendũ est meo iudicio expungendam esse negationem, quæ statim sequitur in illis verbis *nõ ad eum modum*, Qua sublata sensus erit & elegans & apertus, Non satis esse depositario qui in seruandis rebus suis mediocri diligentia contentus non est, sed maiorem adhibere solet quàm vulgus hominum adhibere passim soleat si in deposito custodiẽdo mediocrẽ adhibeat, & qualẽ hominũ natura desiderat quæ mediocribus ferè semper & in omnibus contenta est, Sed ad declinandam latæ culpæ adeóq; doli inuidiã illud præterea exigi, vt maiorem illam diligentiam quæ suprà mediocrẽ est & quã in suis rebus adhibere solet, adhibeat etiã in deposito seruando, Alioqui non videatur carere fraude. *Nec enim*, vt subijcitur, *salua fide minorem iis rebus*, id est depositis *quàm suis diligentiam præstabit*. Cui consequens est vt si in suis rebus sit negligẽtissimus, non possit ei ad latam culpam imputari quod in seruando deposito nec mediocriter diligens fuerit, quia sibi potius debet imputare qui deposuit cur negligenti amico rem suam custodiendã dederit, *d. l. 1. §. is quoq; de obl. & act. §. is quoq; inst quib. mod. re contr. obl.* Ex quo apparet præcedẽtẽ illã clausulã quã sublata negatione sic legimus, *Nã etsi quis ad eũ modũ quem hominũ natura desiderat diligens est*, non ita esse accipiendum vt de eo depositario intelligatur, qui absolutè ac in omnibus sit tam diligens quàm hominum natura desideret, id est mediocriter, sed vt de eo qui cùm in rebus suis sit longè diligentior & suprà mediocritatem, in depositis tamen rebus seruandis mediocri diligentia contentus est, Acsi Cels. scripsisset, *Nã etsi quis ad eum modũ quẽ hominũ natura desiderat diligens est in seruando deposito*, vt cũstat ex illis seqq. *curã in deposito præstet*. Item ex eo quod subijcitur, *minorem iis quàm suis rebus*. Qui enim natura sua non magis esset diligens quàm hominum natura desiderat, quomodo posset in rebus suis maiorẽ quàm mediocrem diligentiam præstare? Aut quomodo teneri de lata culpa ob non adhibitam culpam in depositis rebus seruandis maiorem quàm mediocrem diligentiam, si nec in suis rebus eam adhibere posset? Planè non idem erit ex contrario. Nam & qui infrà mediocritatem diligens fuit in custodiendis rebus suis, id est qui absolutè ac in omnibus negligentior est quã hominum natura patiatur, non eo minùs in lata culpa fuerit, si adhuc minorem diligentiam præstet in depositis rebus tuendis quàm in suis, Non quia minùs diligens fuerit quàm hominum natura desideret, sed quia negligentior in seruando deposito quàm in suis reb. quod sine fraude & salua fide fieri nunquam potest; Nec probè possit obijci, Esse imputandum ei qui deposuit cur tam negligenti amico rem suam custodiendam dederit. Facit enim hæc ratio nihil aliud nisi vt non maiorem debeat, à depositario diligentiã exigere quàm solitus ille sit reb. suis adhibere, Non etiã vt impunè debeat ferre depositarius si in re deposita seruanda præstiterit minorem. Itaque cùm quæritur, An depositarius sit in lata culpa quæ nũ tantùm dolo æquiparari, sed etiam dolus dici possit, Non illud inspiciendum est, An ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens sit, an non ad eum modum siue in reb. suis, siue in depositis custodiẽdis, Sed hoc tantùm, An minorem in depositis quàm in suis seruandis diligentiam adhibuerit siue diligentissimus fuerit in reb. suis, siue negligentissimus. Dicet aliquis ita ergo futurum vt parum intersit an negationem quam tollimus retineamus Imò inquã interest, quoniam hic postremus casus longè minorem minúsque elegantem habet dubitationẽ, Cùm nemo non videat minùs fauorabilẽ esse depositarium qui in deposito seruando non modò leuiorem quàm in re sua diligẽtiam adhibuit, sed etiam minorem quàm hominum natura desideret. Longè verò fauorabiliorem eũ esse, qui si non tantam in depositis reb adhibuit, quantã in suis, non minorem tamen adhibuit quàm quæ ab hominum natura desideretur. Si enim quantacunque depositarij negligentia excusata esse solet, quanto magis ea quæ mediocrem diligentiam non excludat? Et sanè ita esset si non illa mediocris diligentia in dolum & fraudem manifestè degeneraret ex comparatione alterius maiorisq; diligentiæ quam is in reb. suis adhibere solitus prohibetur Quæ tota sententiæ Celsi & Neruæ ratio est. Ex qua porrò intelligimus, vt superiorib. obiectionib. satisfaciamus; Non adeò generaliter dictum Neruæ accipi oportere quasi is senserit, Omni casu omnem culpam latam esse dolũ, Sed coãgustandam esse ad actionem depositi de qua tractabat, & alias similes in quibus agitur de fide rupta, vt loquitur Vlp. *in l. eu qui 5. D. deposit.* Nam sicuti non potest negari quin non tantùm lata culpa, sed etiam dolus sit fidem fallere, Ita neque dubitari quin fidem fallat depositarius, qui minorem in rebus depositis custodiendis quàm in suis diligentiam adhibet. Quod apertè & appositè Cels. exprimit, cùm ait, *Nec enim salua fide minorem iis quam suis rebus diligentiam præstabit*: Vt intelligamus aliud responsurũ Cels. fuisse, itémque Neruam, si salua fide posset fieri, vt depositarius minorem alienis quàm rebus suis diligentiam præstaret: Atqui non quoties agitur de lata culpa etiam agitur de fide rupta, Vt puta si quæramus de lata culpa magistratus qui vel nullum fideiussorem vel euidenter inopem exegit ab eo quem tutorem pupillo dedit, vt *in l. 4. de magistr. conuen.* Aut de lata culpa hæredum tutoris, cõtra quos ex ea causa velit adultus iurare in litem, vt *in d. l. 2. C. de in lit. iur.* Aut denique ne tam multos casos qui passim occurrunt congeramus, quoties agitur de lata culpa, quæ ex crassissima ignorantia proficiscatur cùm quis id ignorat, quod omnes intelligunt vt *in l. lata culpa 223. & l. cedere diem 213. §. vlt. De verb. sign.* Prioribus enim duobus casibus, & aliis similibus, nihil est quod de fide rupta tractari possit: cùm neque magistratus fidem vllam dederit pupillo, neque hæres tutoris, Quamuis proponas magistratum eum esse qui non nisi acceptis idoneis fideiussorib. pecunias suas collocare solitus sit, aut tutoris hæredem illum, qui diligentior sit in reb. suis quàm in pupillaribus administrandis; Et ideirco quantumuis lata culpa illa magistratuum aut hæredum tutoris dolus esse nunquam potest, sed tantùm dolo proxima *d. l. 4.* Hoc ipsũ verò non ex comparatione maioris diligentiæ, quam vel magistratus, vel tutoris hæres in reb. suis adhibere solitus sit, sed ex comparatione minimæ diligentiæ summæq; negligentiæ, cui ex diametro lata culpa opponitur, Sicut & culpa leuissima exactissimæ diligẽtiæ *§. item is cui Inst. quib. mod. re contr. obl.* Vltimo autem casu cùm lata culpa, non tam ex summa negligẽtia quàm ex crassa & supina ignorantia proficiscitur, multò minùs possit quis dicere latam culpam dolum esse in persona eius qui tam sit stolidus & rerum hu-

manarum

manarum imperitus vt neque doli capax esse videatur. Ergo neque dictum Neruæ & Celsi perpetuò verum est, neque Proculi reprehensio semper iusta, Et consequenter errauerit meo iudicio quisquis generaliter aut affirmare voluerit latam culpam dolum esse aut negare.

ERROR III.

De in litem iurando ob latam culpam Ad l. 2. C. de in lit. iur. & de lata culp. in caus. criminalib. vindicanda.

FVerunt ex veteribus Glossatoribus plerique quibus visum est, Non posse iurari in litem ob latã culpam, ex *l. videamus 4. §. vlt. & l. in actionib. 5. D. de in lit. iur.* vbi disertè scriptum est ob solum dolum iurari in litem non etiam ob culpam. Item ex eo quod iusiurãdum in litem pœna quædam sit aduersùs eos constituta qui sunt contumaces in aliena re restituẽda, vt eorum contumacia æstimetur vltra rei pretium quomodo scriptum est *in l. eod. tit.* In pœnalibus autẽ in quibus solet prohibita esse extensio, non putaot fieri debere vt lata culpa pro dolo accipiatur, *arg. l. in hac l. 7. D. ad l. Cornel. de sicar.* Contraria tamen sententia verior est magísque tandem obtinuit, vt monuimus in præcedentib. Ex *l. 2. C. de in lit. iur.* vbi disertè scriptum est contra tutoris hæredem ita demùm æstimandam esse litem à iudice citra vllum iusiurandum, si neque dolus neque lata culpa, neq; fraus hæredis vlla interuenerit: Ne dubitare possimus iuramento in litem locum fore si lata culpa non minùs quàm si vel dolus, vel fraus hæredis interuenisset. Nã quin aduersùs hæredem tutoris ex proprio dolo iuretur, non dubitatur *l. cùm ostendimus 4. D. de fideiuss. tut. & curat.* Neque pugnat quod tot scriptum est, Ob solum dolum iurari in litem *d. l. in actionib.* etiam cõtra tutorem ipsum quem tamen constat duriùs teneri quàm hæredem ipsius *l. alio iure 3. C. de in lit. iur.* Nec enim doli mentio etiam restrictiuis verbis facta latam culpam vnquam excludit, quippe quæ etsi non semper dolus est semper tamen dolo proxima est dolóque comparatur, Imò & dolum repræsentat vt scriptum est *in l. 4. de magistr. conuen. l. quæsitum 8. §. illud D. de precar. l. 1. §. hac actio. D. si mens. fals. mod. dixer. l. 1. §. non alias. D. si is qui testam. lib. ess. iuss. est.* nisi cũ non tam ex negligentia quàm ex summa & crassissima ignorantia proficiscitur. Multò minùs verò illud obstat quod additur *in d. l. 4. & 5.* Non iurari in litem ob culpam sed æstimari eam à iudice debere. Id enim de leui culpa intelligendũ est non de lata, vt & omnes ferè iuris loci qui de culpa simpliciter loquuntur, Vt constat ex supradictis legib. & ex *l. contractus 23. de reg. iur.* quòd propiùs accedat lata culpa ad dolum, quàm ad culpam leuem. Adeò vt in crimen quoque intercidere dicatur *l. 1. § is quoque in fi. D. de obligat. & act.* Crimen porrò à culpa separandum esse certũ est, tanquam maius quiddam & grauius, Cùm non quemadmodum crimen sine culpa non contrahitur, Ita & culpa omnis admixtam criminis causam habeat Illud tamen Interpretib. ferè omnib. durum & difficile videtur, quod scriptum est *in d. l. 2. C. de in lit. iur.* etiam contra hæredem tutoris ex lata ipsius culpa in litem iurari posse. Quoniam ita posito iure vix dici possit in quo melior futura sit conditio hæredis quã ipsius tutoris. contra quem nihil hac parte grauius constitui potest, quàm vt ob latam culpam perinde atque ob dolum eius in litem iurare liceat. Cùm tamẽ certi iuris sit alio & deteriore iure censeri tutorem ipsum quàm tutoris hæredẽ, Vel ob id quod grauiùs peccauit tutor qui tutelam non administrauit ex bona fide, quàm tutoris hæres qui nec vllam pupillo fidem dedisse videri potest, *d. l. alio iure & l. vlt. eod. tit.* Nec desunt ex Interpret. quib. hæc obiectio tanti esse momenti videatur vt non dubitent affirmare diuersã & deteriorem tutoris conditionem in eo esse debere vt contra eum ex leui quoque culpa ipsius in litem iuretur non etiam contra eius hæredem. Quod certè falsum est; Etsi. n. non ambigitur quin tutor non tantùm de dolo & lata culpa, sed etiam de leui teneatur, *d. l. contractus.* Hæres verò tutoris non modò ex leui culpa defuncti nõ teneatur, *l. 1. C. de her. tut. d. l. 4. D. eod.* Sed neque ex propria, *d. l. cùm ostendimus 4. §. 1. de fideiuss. tut.* Illud tamen æquè constat, non idcirco aduersùs tutorem ipsum iurari posse ex leui eius culpa, sed tantùm eo casu quo vel dolus vel lata culpa, vel saltem fraus ipsius interuenerit, Ne alioqui dicẽdum sit tutorem qui de leui culpa sic tenetur, vt tamẽ non teneatur etiam de leuissima, deterioris tamen hac parte conditionis esse, quàm sint ij qui de leuissima quoque culpa tenentur, contra quos ob culpã leuissimam iurari in litem nuspiam scriptum legimus. Imò verò ex contrario generaliter ob culpam nunquam iurari, sed à Iudice æstimari eã oportere. In quo igitur erit durior causa tutoris vel curatoris quod pertinet ad iusiurandum in lite? Nimirum in hoc vno, quod cùm aduersùs tutorem ipsum ex proprio eius dolo iuretur aut ex propria eius lata culpa, Tamen contra ipsius hæredem nunquam ex tutoris dolo vel lata ipsius culpa iuratur, sed eo demum casu quo hæres ipse vel dolum, vel latam culpam, vel fraudem admisisse conuincatur. Est enim peruidens ratio differentiæ inter tutorem qui in dolo vel lata culpa fuit; & tutoris hæredem innoxiũ cui nihil aliud imputari potest, nisi quod mali & perfidi tutoris hæreditatẽ adierit, Quæ tamen res non facit eum perfidiæ successorem. At cùm tutoris hæres ex proprio dolo propriáve culpa lata conuenitur, nihil causæ est cur melioris conditionis esse debeat quàm tutor quominus contra eũ quoque perinde in litem iurari oporteat. Satísque ei esse debet, quod ex propria leui culpa non teneatur, ex qua tutor ipse teneretur, Nempe quia licèt tutelæ actio & directa & contraria in eò deuoluatur, tutela tamen ipsa nõ trãsit, *l. tutel. 16. §. 1. D. de tut* quæ sola illa est propter quam exigimur à tutore diligentiam eandem circa administrationem rerum pupillarium quam bonus & diligens paterfam. rebus suis ex bona fide præstare debet, *l. à tutorib. 33. in prin. D. de admin. tut.* Et hoc nullam meo iudicio dubitationem habet nisi apud Iac. Cuiac. qui primus defendere ausus est, hæredem tutoris ex leui quoque tutoris culpa teneri contra quàm disertè scriptũ sit *in lib. 1. C. de her. tut. l. 2. C. de magistr. conuen.* quas ideò putauit ille emendandas. Sed malè vt ostendimus *lib. 1. Coniect. c. 12. ex d. l. 4. & 6. de magistr. conuen.* Abhorrétque sanè à sensu communi quod vult vir doctissimus, Ex dolo aut lata culpa defuncti tutoris hæredis non teneri, Ex leui tamẽ ipsius culpa teneri cùm & facilius & æquius sit vt ex dolo & lata culpa defuncti, quàm vt ex leui, hæres obligetur, *l. 1. §. 1 l. si hominem 7. §. 1. l. deeo 18. D. deposit.* At difficilius apud me illud est, quod *in d. l. 2. C. de in lit. iur.* Imp. Antonio cùm ait etiam contra tutoris hæredem posse iurari in litem, loquitur disertè de eo hærede qui sit hæres per longam successionem, id est vt Accurs. cæteríque omnes interpretantur qui sit hæres hæredis. Quasi verò contra primum & proximum tutoris hæredem iurari minùs possit, quem tamen constat tanto magis ad tutoris personã causámque accedere quanto propior ei & proximior hæres sit, licèt dici soleat quod & verissimum est hæredem hæredis perinde hæredem esse testatoris, *l. vlt. C. de her. inst. l. si quis filiumfam. 7. §. vlt. D. de acq. her.* Auget verò dubitationem quod rescripti verba sunt præcisa, & vt loquuntur restrictiua: sic enim habent, *sed volens ita demùm audiendus est si hæres per longam successionem tutoris instrumenta pupillaria dolo vel circumueniendi*

inuestiendi pupilli gratia exhibere non vult. Quibus verbis apertissimè significatur, Non alium ergo tutoris hæredem posse ex iureiurando in litem condemnari quam qui sit hæres per longam successionem: Et tamen nemo est ex Interpretibus qui non fateatur & agnoscat non meliorem primi quàm secundi aut tertij hæredis conditionem esse debere, Cùm rationē diuersitatis nullam videre possint. Ego verò contrà sic sentio, Aduersùs primum & proximum duntaxat hæredem tutoris in litem iurari non etiam aduersùs secundum aut tertium, & ideò videtur mihi rescriptū illud corruptum esse additaq; negatione sic legendū *si hæres non per longam successionem tutoris*, vt sensus sit non aduersùs quemlibet tutoris hæredem iurari, sed aduersùs eum tantum qui sit hæres non per longam successionem, Id est inter quem & tutorē non plures nec longioris temporis hæredes intercesserint. An quia remotioris hæredis dolus sit fauorabilior, aut vt melius dicam, minùs odiosus Minimè verò Sed quia nec aliter nec priùs de dolo hæredis quærendum est, quàm appareat reperta fuisse in hæreditate tutoris instrumenta pupillaria quorū exhibitio postulatur, vt constat *ex d. l. pen. eo tit.* Atqui facile fieri potest vt in tutoris hæreditate reperta fuerint ea instrumenta pupillaria, neque tamen ad secundum aut tertium hæredē peruenerint, fortassis à primo hærede dolo malo intercepta aut per incuriam & socordiam nimiam deperdita. Quidni enim præsumptio fortior vigeat contra primum hæredem qui & probatur reperisse instrumenta illa in hæreditate tutoris, & ex iis primos conuenire potuisset, si in reddendis iis diligenter fuisset? Neque verò negare primus hæres probe potest, quin habuerit in sua potestate quicquid in tutoris hæreditate repertum esse constat, quod tamen nō similiter secundo vel tertio hæredi obijci potest ad quem sanè minùs peruenire potuit, *l. videamus 17. D. quod met. caus.* Planè si poneres etiam in secundi vel tertij aut etiam quarti hæredis quòd facilè contingat hæreditate inuenta fuisse instrumenta eadem pupillaria, déq; eo constare liquidò, non dubitarē quin etiā in quinto & alio quolibet vlteriore hærede idē iuris quod in primo constitui deberet. Nam & in extraneo quolibet qui pupillaria instrumēta penes se haberet, nec exhibere vellet, idem statuī oporteret. Eadem sc. iuris & æquitatis ratione in omnibus locum habēte. Sed extra hunc casum nego posse secundum vel tertium hæredem suspectum fieri de dolo, Ex eo tantùm quòd non exhibeat instrumenta quæ in defuncti tutoris hæreditate reperta fuisse probantur: Ob idque nec quasi sit in dolo saltem præsumpto iurari in litē contra eum posse puto, Nisi probetur ea penes se habere, nec iustam vllam causam recusandæ exhibitionis afferat. Quare nec distinguo, an ea hæredum mutatio & successio breui tempore an longo facta sit, Cùm nemo nesciat quàm facile sit & quotidianum expilari hæreditates, vt quod in patrimonio morientis fuit, in eiusdem hæreditate posteà non reperiatur nec succedat hæres in possessionem rerum omnium, quæ in defuncti potestate fuerunt, licèt in omnia ipsius iura succedat. Sanè quanto plures fuerint hæredes per quorum personas ambulauerit hæreditas, aut quanto longiore tempore durauerit primus hæres, tanto maior erit præsumptio, Amissa fuisse, aut intercepta medio tempore instrumenta pupillaria quæ reperta fuerant in hæreditate tutoris. Proindéque tanto minor ratio erit ob quam contra hæredem vlteriorem qui nunc est cuiuscunque gradus ille sit, iurari in litem oporteat, si non aliunde ipsius dolus probetur, Sed neque rursum illud probo quod Interpretibus nostris passim placere video post Bart. *ad d. l. 1. si is qui test. li. ess. iuss.* est in causis criminalib. ex quibus corporalibus infligitur latam culpam dolo non comparari, *ex D. l. in hac leg. D. l. Cornel de sica.* Nam quod Iurec ait, In hac l. Cornel de sicar. latam culpā non accipi pro dolo, An non ostendit apertissimè in aliis legibus etiam publicorum iudiciorum aliud esse tametsi & dolum exigant, & fere omnes capitalem irrogent condemnationem? Quidni verò cùm etiam in deposito aliísque causis ciuilibus lata culpa in crimen cadere dicatur? *d. l. 1. §. is quoque in fin. de oblig. & act.* Ergo & tanquam crimen puniri eam oportet, nec mitius quàm dolum, quia nec aliud crimen vnquam est quàm dolus, cùm inter dolum & latam culpam dolo proximam neque crimen aliud, neque medium vllum sit. Semper autem obseruandū est loqui me de culpa illa lata quæ sit dolo proxima, id est quæ non tam ex nimia ignorantia quam ex nimia negligentia proficiscatur, Negligentia inquam illa quæ comitem necessariò habeat scientiam. Nam & cùm quis ignorat id quod omnes intelligunt, vix quidem est vt non sit etiam negligens qui diligentior vtique esse debuit in addiscendis saltem iis quæ omnes sciunt, (Vnde & hæc negligentia appellatur, *in l. regula 9. §. sed factum de iur. & fact. ignor. & in d. l. cedere diem 213. §. vlt. De verb. sign.* Sed tamen non accedit negligentia huiusmodi ad dolum à quo certè distat tantò longius quanto crassior est ignorantia dummodo affectata, vt supra diximus.

ERROR IV.

De inscitia Triboniani in §. aliquando. Inst. de perpet. & temp. act. Et ad l. de eo 18. D deposit.

Videre nunquam potui, qua ratione aut quonam demum casu verum sit, quod Tribonian. scribit *in §. aliquando Inst. de perpet. & temp. act.* Aliquando accidere vt etiam ex contractu actio in hæredem non competat. Veluti, inquit, cùm testator dolosè versatus est & ad hæredem eius nihil ex eo dolo peruenit. Repugnat enim certissima iuris regula quæ habet, In contractibus successores ex dolo eorum quibus successerunt non tantùm in id quod peruenit verumetiā in solidum teneri, hoc est vnumquemque pro ea parte qua hæres est *l. ad ea 157. §. vlt. D de reg. iur.* Cui nō dissimiliter Pompon. *in l. ex depositi. 12. De oblig. & act.* ait ex causa depositi & cōmodati & mandati tutelæ & negotiorum gestorum ob dolum malum defuncti hæredem in solidum teneri, & Paulus generalius *in l. ex contract. lib 49. eod. tit.* scribit ex contractibus venientes actiones in hæredes dari, licet delictū quoque versetur: veluti cùm tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is apud quem depositum est. Quo casu, inquit, etiam cùm filiusfamilias aut seruus tale quid admisit, seruus scilicet in causa depositi, (nec enim potest ille tutor esse) aut filiusfamilias etiam in causa tutelæ, de peculio actio danda est tam contra patrem quàm contra dominium, non etiam noxalis scilicet contra dominum, quia contra patrem nunquam datur ex maleficio filij: quippe qui cùm sit liber pro noxa dedi non potest: & ita locus ille Pauli intelligendus est. Sed omnium apertissimus & accommodatissimus in hanc rem textus ille est qui ex Vlpiano proponitur *in leg. si hominem 7. §. 1. deposit.* vbi postquam dixit, dari actionem depositi in solidum aduersùs hæredem ex dolo defuncti, subijcit statim rationem dubitandi ob quam aliter dicendum videbatur, cùm rationem decidendi quæ hoc ius induxit. Ait verò, *Quamquam enim aliàs ex dolo defuncti non solemus teneri nisi pro ea parte qua ad nos peruenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit. Ideòque in solidū vnus hæres tenetur, plures verò pro ea quisq; parte qua hæres est.* Quæ sententia ipsis etiam verbis edicti expressa est relatis ab eodem

Vlp-

Vlp. *in l. 1. §. 1. eod. tit.* Prætor ait, *Quod neque tumultus neque incendij, neque ruinæ, neque naufragij causa depositum sit in simplum, ex earum autem rerum quæ supra comprehensæ sunt in ipsum in duplum. In hæredem eius quod dolo malo eius factum esse dicitur qui mortuus sit in simplum, quod ipsius in duplum, iudicium dabo.* Ex quibus verbis apparet actionem illam prætoriam licèt non merè sit rei persecutoria, sed mixta, quoniam ad simplum vsque rei persecutionem continet, suprà simplum verò pœnalis est, Tamen ex dolo defuncti cõpetere in solidum contra hæredem vsque ad simplũ, licèt nihil ex eo dolo ad ipsum hæredem peruenerit, Nimirum quoniam nascitur ex contractu depositi, qui non minùs depositarij hæredem quam depositarium obligatum habet, Nisi quod hoc casu durius agitur cum depositario, qua parte actio pœnalis est, quia ex proprio dolo conuenitur, quàm eum hærede, qui non nisi ex dolo defuncti. Et tamen sunt qui putent verius esse generaliter quod scriptum est, *in d. §. aliquando*, Non dari actionem in solidum contra hæredem de defuncti dolo, sed in id tantùm quod ad eum peruenit licet actio ex contractu descendat. Quã sententiam mordicus defendit vir doctiss. Iac. Cuiac. *lib. 21. Ob er. c. 19.* Contendens ob hanc causam non teneri tutoris hæredem ex dolo tutoris, nec proinde ex lata ipsius culpa, quamuis velit ex leui tutoris culpa eum teneri, Verùm quæ contra quàm apertè scriptũ sit *in l. 1 C de her. tut. & l. 2. C. de magistr. conuen. l. nõ similiter 4 D. eod. tit.* & supradictis omnibus iuris locis ad quos nihil ille respondet nisi quod duas illas leges Codicis emendat, detrahens ex vtraque negationem quæ in vtraque reperitur, Peruersa planè iurisprudentia, quasi facilius aut æquius sit vt tutoris hæres ex leui culpa defuncti quam ex lata dolóque eiusdem teneatur. Quod quoniam satis supérque refutauimus *lib. 1. Comect. c. 12.* hic non repetemus, Sed addemus tantum quod nondum eo tempore benè percepisse nos nunc nobis videmur, quid respondẽdum sit ad *d. §. aliquando.* qui virum doctissimum fefellit. Putabamus enim cum recentioribus doctissimis plerisque abundare in eo §. dictionem *velut* quã & in multis exemplaribus deesse non pauci testantur, ea verò sublata sensum illius loci hunc ipsum fore quem nos aliarum legum esse probauimus vt regulariter actiones ex contractu etiam in quibus delictum & dolus versetur competant dentúrve in solidum contra hæredem, aliquando tamen non competant nec dentur, sed in id tantùm quod ad hæredem peruenit. Secundum quam lectionem & emendationem tota vis & potestas obiectionis dissoluitur, sed difficultas illa nascitur, quisnam demùm ille casus sit qui possit ea exceptio locum habere. Nos eum probabamus qui ab Interpretib. adduci solet post Theophilũ *ex d. l. de eo 18. Deposit.* scilicet de actione cõpetente ex deposito facto tumultus vel incendij, vel ruinæ, vel naufragij causa, quòd ea actio detur quidẽ ex contractu & propter dolum depositarij, nec tamẽ detur contra depositarij hæredem supra simplum, quia quod simplum excedit cùm mera pœna sit, ad hæredẽ non peruenerit. At ne idem nunc sentire possimus re melius perspecta, illud facit quod in hoc ipso casu falsum est hæredem non in solidum teneri, sed in id tantùm quod ad eum peruenit, siquidem apertè scriptum est *in d. l. de eo*, teneri eum in solidum, ad simplum vsque, quòd haud dubiè non aliter accipi potest quàm ita vt ad illud simplum teneatur omnimodo licèt ex dolo defuncti nihil penitus ad eum peruenerit. Constituit enim ea lex antithesim in tribus, collato depositario cum ipsius hæredibus. Atque depositarij hæredes teneri pro sua quemque portione hæreditaria, & ad simplum, & intra annum quoque: Depositarium verò ipsum in solidum & ad duplum, & in perpetuum. Dices iis verbis potius exprimi, aut saltem significari: Non ergo depositarij hæredes in solidum teneri quomodo depositarius tenetur, Ne alioqui nulla supersit inter depositariũ & eius hæredes differẽtia, & hoc sanè videtur esse quod Interpret. decepit, qui obseruare debuerũt; Nõ in eo antithesim esse vt depositarius in solidum quidẽ teneatur; Hæres verò non in solidum, sed in id tantum quod ad ipsum peruenerit ex deposito & ex dolo defuncti. At in eo potius vt depositarius ipse in solidum solus teneatur: Hæredes verò ipsius cùm plures sunt, non singuli in solidum teneantur, quomodo defunctus tenebatur, sed pro sua quisque portione hæreditaria. Sed hoc ipsum tamen etiamsi nihil aut minus ad quemque peruenerit, vt intelligamus non dubitare I. C. quin depositarij hæredes ad simplũ vsque hac actione teneri omnimodo debeant, id est non adhibita illa distinctione, An ex dolo aliquid ad eos aut nihil, aut minus peruenerit, Sed tamen nullo casu teneri singulos eos pro maiori parte quàm pro qua quisq; hæres sit, quamuis pro ea parte singuli teneantur, etiamsi vel nihil ad eos peruenerit, vel minus. Nempe quia non tenentur nisi ad simplum vsque vt lex subijcit, intra simplum verò non pœnalis sed merè rei persecutoria actio est. Ergo si vnus tantùm hæres esset, solus ille haud dubie non secus ac depositarius ipse in solidum teneretur, etiamsi nihil ad eum peruenisset, quia non posset in eum cadere distinctio pro qua parte hæres esset, qui in solidum esse probaretur. Quomodo & de conditione ex causa furtiua scriptũ est *in l. in condictione 9. de condict. furt.* In condictione ex causa furtiua in solidum teneri eum qui solus hæres est, Pro parte verò hæredem pro ea tantùm parte qua hæres est, conueniri. Propter quam causam nec dubitandum est quin ad simplum vsque detur in hæredem etiam post annum in specie *d. l. de eo*, vbi quod dicitur *intra annum quoque* hunc censum habet vt contra hæredes depositarij non detur ea actio in duplum, ne quidem intra annum, Quod monere fuisset ineptum si nec in simplum daretur post annum. Iuris quippe prætorij regula est honorarias actiones, quæ sunt rei persecutoriæ, sicuti ob eam causam dantur etiam in hæredem ita & post annum dari, *l. in honorariis 35. De oblig. & act.* Etsi autem verum est actionẽ hanc si per se sumpta & absolutè denominetur pœnalem dicendam esse potiùs quàm rei persecutoriã, cùm ad simplum detur sed ad duplum. Adeóque nec tam ex contractu competere quàm ex dolo depositarij, quandoquidem depositum quod re contrahitur non ad plus obligare depositarium potest quam re vera depositum sit, *l. cùm vltrà 9. C de non numer. pecun. l. 1. §. is quoque D. de obl. & act.* Inde tamen nihil fit, nisi vt suprà simplum non possit dari in hæredem ne quidem intra annum, Sed non vt vsque ad simplum danda non sit etiam contra hæredem & in solidum, itémque post annum, quia vsque ad eam pro tam rei persecutoria est, *ex reg. d. l. in honorariis.* Quanquam non sufficeret esse rei persecutoriam & mistam ex pœnali, vt daretur contra hæredem in solidum & post annum ad simplum vsque, vt constat ex legis Aquiliæ actione, *§. his autem verbis Inst. de l. Aq.* si non etiã illud concurreret quod competit ex contractu *d. l. si hominem 7 §. 1. D. deposit.* Nam quæ competunt ex delicto siue merè pœnales sint, siue mistæ, quod etiam rei persecutionem contineant, nunquam dantur in hæredem nisi de eo quod peruenit, *l. 2 § vltim. D. vi bonor. rapt.* vbi tamen addit Vlp. ab huiusmodi exceptione excipiendam actionem illam Vi bonorum raptorum, quam prætor ne in id quidem quo locupletiores hæredes facti sint polliceri in eos voluit, Ratione illa prorsus singulari, quia putauit sufficere cõdictionẽ furtiuã quæ nõ minùs cõtra raptorẽ cõpetit qui fure improbior est quã contra furẽ. Non est igitur

exemplum

exemplum quod affertur *ex d. l. ex eo*, accommodatum ad id quod scriptum est *in d. §. aliquando*. Aliquando etiam ex contractu actionem non competere contra hæredem, cùm testator dolose versatus est & nihil ad hæredem ex eo dolo peruenit. Nam quemadmodum neque ex contractu depositi, siue necessariam, siue voluntariam causam habentis, neque ex dolo depositarij, quicquam ad hæredem peruenire vnquam potest suprà id quod depositum probatur, quia crescente licèt perfidia depositum tamen ipsum non crescit. Ita nec fieri vllo casu potest vt non ad eum vsque modum teneatur hæres depositarij, licet nihil penitus ex re deposita ad eum peruenerit, Illudque duntaxat verum est quod nemo negat & à proposita quæstione prorsus alienum est hanc actionem licèt ex contractu sit, non tamen dari contra hæredem depositarij eo modo quo contra depositarium, scilicet suprà simplum, quia nimirum quod excedit, pœna non rei persecutio est. Quamuis totum depositum ad hæredem per causam hæreditariam peruenerit. Ex quo intelligimus non magis quicquam eos proficere, qui eodem allato exemplo putant locum illum Triboniani accipiendum esse de actionibus ex contracto pœnalibus, Quasi regula quæ habet Actiones ex contractu descendentes dari in solidum contra hæredem tametsi dolus in iis vertetur, accipienda sit de actionibus non pœnalibus. Exceptio verò quæ ad regulam illam subintellectam expressim ponitur *in d. §. aliquando*, de actionibus ex contractu pœnalibus. Nam præter id quod regula quæ præcedit disertè concepta est de actionibus pœnalibus quæ ex maleficio nascuntur, Ad differentiam actionum quæ ex contractu descendunt, quæ vix est vt pœnales sint, vt & *in l. pupillum* 111. *§. de reg. iur.* & consequenter antithesis quæ sequitur *in d. §. aliquando* de iis potiùs actionibus intelligi debet, quæ neque ex maleficio nascuntur, sed ex contracto, neque pœnales sunt, sed rei persecutoriæ. Illud etiam fatendum est Triboniani verba esse generalia de actionibus ex contractu descendentibus. De quibus similiter necessariò intelligenda est tacita illa regula ad quam volunt isti additam exceptionem, non de solis pœnalibus, Ac proinde prorsus improbabilem & commentitiam esse illam interpretationem aut verius supplicationem, quæ ad solas pœnales generalitatem & tacitæ propositionis, & expresæ exceptionis restringit. Deinde cùm isti retineant dictionem *velut*, quam alij tollunt, negare certè non possint quin illud ipsum quod sequitur exemplum sit totò tota substantia exceptionis, quam Tribonianus subnectere voluit ad regulam illam tacitam & subintellectam de actionibus ex contractu descendentibus, & vt isti adduot pœnalibus quæ regulariter competunt in hæredem. Parum ergo prodesset dare casum si quis reperiri posset in quo pœnalis actio descendens ex contractu non daretur contra hæredem, si non probaretur generaliter veram esse exceptionem quæ hoc vnum disertè habet retenta dictione *velut*, Nunquam dari actionem ex contractu pœnalem contra hæredem quoties testator dolosè versatus est & nihil ad hæredem ex eo dolo peruenit. Atqui tantùm abest, vt ea exceptio generaliter vera sit, vt nec defendi possit in illo vnico casu quem isti afferunt de actione depositi ex causa tumultus, vel incendij, vel ruinæ, vel naufragij; Quia licèt ea actio non minùs sit pœnalis quàm ex contractu, datur tamen contra hæredem depositarij etiam in solidum vsque ad simplum, vt probauimus, licèt nihil prorsus ex dolo depositarij ad hæredem peruenerit totùmque depositum viuo adhuc depositario perierit. Ergò aliud exemplum quærendum est, in quo pœnalis actio descendens ex contractu non detur in hæredem in solidum, sed de eo tantùm quod peruenit. Et quamuis alia & mille si voles exempla supperterent tam falsæ propositionis, Nunquam tamen assequentur isti vt vera esset generalis illa exceptio quam Tribonianus posuit pro vera; quippe quæ saltem in hoc ipso casu de quo nunc tractamus falsa inueniretur. Nam quod ea pœnalis actio depositi non datur in duplum solidum aduersùs hæredem, quomodo daretur aduersùs depositarium, ad rem nullomodo pertinet, quia ratione eius quod excedit simplum, neque de solido, neque de eo quod peruenit tractari potest, cùm totum illud pœna sit, vt diximus, nec tam ex contractu, quàm ex maleficio & edicto prætoris proficiscatur. Actio siquidem ex contractu depositi quæ ciuilis est non vltra porrigi vnquam potest quàm rerum depositum sit, siue voluntariam siue necessariam causam depositi contractus habuisse probetur. *arg. d. l. cùm vltra* 9. *C. de non numer. pecun. l. rogasti* 11. *§. si tibi De pact.*

ERROR V.

De actione ex testamento quæ datur ad duplum pro relictis piis.

AFferunt etiam, vt audio, iidem isti contra quos nunc disputauimus aliud exemplum de legato relicto ad pias causas, De quo in *§. item mista est actio & §. in duplum agitur in fin. Inst. de action.* vbi dicitur, In eum qui relicta sacrosanctis Ecclesiis vel aliis venerabilibus locis legari vel fideicommissi nomine distulerit vsque adeò vt ex ea causa se in ius vocari passus sit, Actionem competere per quam non solum ipsam rem vel pecuniam quæ relicta est, sed etiam aliud tantùm pro pœna dare cogatur. Ita vt in duplum relicti fiat condemnatio. Sed præter id quod hæc actio non est ex earum numero quæ descendunt ex contractibus, de quibus solis nunc disputamus, cùm ex testamento vel alia qualibet vltimæ voluntatis specie inducatur, Non video cur ex ea exemplum sumere isti debuerint potiùs quam ex cæteris actionibus quæ in duplum dantur, aut quæ per inficiationem crescunt, quæ tamen ferè omnes ex maleficio nascuntur, vix vlla ex contractu præter illam depositi de qua iam diximus. Deinde non negat Iustinianus supradictis locis quin actio illa quæ in duplum datur contra eum qui relicta Ecclesiis dare distulit ad litem vsque, dari etiam debeat contra eius hæredem saltem ad simplum, etiamsi res fortè quæ dari debuit, viuo primo hærede perierit, vt proinde nihil ex ea neque ex dolo hæredis primi ad secundum hæredem peruenerit, Quemadmodum & in specie *d. l. de eo* 18. *D. deposit.* Nam sicuti hæredem secundum ex primi dolo in duplum teneri & pœnam præstare iniquum esset, ita nec æquum est, ob id solùm quod actio illa pœnalis est adeò illum liberari, vt nec simplum quidem præstare teneatur: Ita enim fieret vt voluntas testatoris intercideret morte dolóque primi hæredis; quod esset absurdissimum. At neque tractari potest hoc casu de eo quod ad hæredis hæredem peruenerit, quomodo tractandum necessariò est quoties quærimus, An hæres dolosi teneatur in solidum actione pœnali ex contractu descendente an de eo tantùm quod peruenit, vt *in d. §. aliquando*. Cur enim teneretur primus hæres ad præstationem legati vel fideicommissi à se relicti? An fortè quod ex re legatarij vel fideicommissarij aut etiam ex dolo suo aliquid ad eum peruenerit? vt contingit in actione depositi & alijs

aliis quæ ex contractu ratione doli dantur? Minimè. Sed quia hæreditas ad eum peruenit. Hæreditas enim illa est quæ ipsum obligat *l. sine à certis 17. D. de duob. reis. Nouell. 1. de hered. & falcid. Auth. hoc amplius Cod. de fideicomm.* Etsi enim hæres qui legata vel fideicommissa retinet quæ præstare debuit agit quantum potest vt ex damno legatarij vel fideicommissarij locupletior fiat, Tamen non tam ab ipso aliquid habere quàm hæreditatem tanto locupletiorem consecutus esse videtur, quippe qui hæreditatem illibatam retineat, ex qua delibari legatum vel fideicommissum debuisset *l. legatum est delibatio 116. de legat. 1.* Ergo nec ad secundum hæredem quicquam ex dolo defuncti hoc casu peruenisse dici potest, sed tantùm eadem illa hæreditas tanto locupletior, Quæ sicut primum hæredem obligabat præstationi legatorum & fideicommissorum omnium, etiam quæ non in piam causam relicta essent, ita & secundum & deinceps alios omnes sequentes obligat vt eadem legata & fideicommissa præstent, & consequenter sub eadem pœna sub qua defunctus tenebatur, præstandi scilicet dupli si moram quoque ipse contrahat litémque secum eo nomine contestari patiatur. Sic fit vt eadem in omnibus ratio esse debeat secundi, quæ primi hæredis, Hac sola differentia quod ex mora & dolo primi hæredis non potest secundus conueniri ad duplum sed ad simplum duntaxat, ne alioqui sit successor pœnæ. Cæterum si ad simplum ex propria etiam persona conuentus, tanquam qui per mediam primi hæredis personam factus sit hæres testatoris, propriam quoque moram ipse contrahat, ratio nulla est cur non & ad duplum ipse quoque teneri debeat, quia eandem culpam admittit quam primus hæres admisit, & quam ipse admitteret si primus hæres esset. Nam & idem euenit in hærede depositarij vt ex proprio suo dolo etiam in duplum teneatur *dict. §. rei persequendæ vers. planè in fin.* Quanquam in depositarij hærede diuersum illud est, quod non perinde is depositarius dici potest cum ipsius fides electa non fuerit. At hæres hæredis hæres est primi testatoris, vt iam diximus *l. vltim. Cod. de hered. instit. l. qui liberis 8. § vltim. de vulg. & pup. subst. l. si quis 7 §. vltim De acquir. hered.* Ideóque cùm ad legata vel fideicommissa præstanda conuenitur quæ primus hæres ex sui testatoris voluntate præstare debuerat, non tam conueniri videtur ex persona primi hæredis quàm ex propria id est tanquam hæres & successor primi testatoris, Vt proinde eadem ratio & constitutio iuris locum habere debeat in secundo hærede quæ in primo, Vnde fortassis factum est vt de secundo hærede nihil dixerit Iustinianus *in d. §. item mista*, quomodo locutus est de hærede depositarij *in d. vers. planè in fin.* Sed & alia ratio est propter quam non potest videri exemplum hoc accommodatum esse ad id de quo quærimus Nam nec primus hæres aliter tenetur ad duplum ob non præstita legata vel fideicommissa, quàm si non solum in ius sed etiam in iudicium ex ea causa vocari se passus sit, quomodo loquitur Iustin. supradicto loco, Id est quàm lis fuerit cum eo contestata. Neque enim aliud est in libris nostris iudicij accipiendi vel accepti tempus quàm litis contestatæ *l. 1. §. quæsitum vers. eandictio autem D. de priuat. delict. & alibi pass.* Atqui lite cum defuncto contestata etiam pœnales actiones transeunt in solidum contra hæredem *d. § aliquando vers. pœnales, l. vnic. C. ex delict. defunct. l. constitutionibus 33. D. de obligat. & action.* Quanto magis igitur in proposito dicendum est. Etiamsi actio ex testamento talis esset quæ propter dolum hæredis primi non deberet transire in secundum, eam tamen de qua agimus transituram, si non pro pœna, saltem ad legatum ipsum vel fideicommissum quod relictum fuit, consequendum: Nam si quis replicet quod verum est Iustinianum supradicto loco non de ea contestatione sentire quæ facta sit super actione pœnali, sed de ea tantùm quæ super actione ex testamento, Nihil tamen aliud inde possit inferre nisi quod nos libenter admittimus, Non ideo tamen futurum vt actio illa pœnalis ad duplum transmittatur contra hæredem. At nos non duplo nunc agimus, sed de simplo de quo ponimus litem ex testamento motam fuisse & contestatam. Quis ergo dubitare possit, quin hoc casu saltem ad simplum vsque teneri debeat hæredis hæres, tametsi casus dari posset in quo nihil ad eum ex primi hæredis mora dolóque peruenisset? Quid ergo superest quod melius dici possit? Hoc vnum quod nos cùm priores illas nostras Coniecturas in scholis scriberemus, iam quidem subodorati sumus, sed nondum tamen liberè pronunciare nondum audebamus, Miram hac parte, vt & in aliis plerisque Triboniani nostri, inscitiam & iuris imperitiam deprehendi, qui cùm semi Iureconsultus tantùm esset, Id quidem sciebat quod nemo ignorat, Actionem quæ ex dolo defuncti veniat non dari aduersus hæredem in solidum sed de eo tantùm quod peruenit, Ignorabat verò quod prudentes omnes pro certissimo & compertissimo iure semper habuerunt, Falsam esse indistinctè ac sine exceptione vlla eam propositionem, quoties actio ex contractu venit licèt in ea delictum & dolus versetur, *d. l. si hominem 7. §. datur D. deposit.* vbi obseruandum est quod Vlpianus sic loquitur vt ista coniungat *ex contractu reique persecutione*, Ita significans transmissibilem fieri actionem non ob id tantum quod ex contractu descendat, sed ob id etiam quòd ex rei persecutione, Vt intelligamus si quando talis actio sit quæ ex contractu quidem descendat, sed tamen admixtam pœnam habeat qualis illa est de qua in *d. l. de eo 18. Depos.* [nam vt aliqua actio & ex contractu descendat & merè pœnalis sit, fieri certè nullomodo nullóque casu potest.] Non ideo transmitti eam debere in solidum contra hæredem, qualis contra defunctum ipsum competebat, id est etiam pœnæ nomine sed catenus tantùm quatenus rei persecutionem continet, id est vsque ad simplum, Porrò ad simplum vtrique competet: licèt defuncti dolus in ea versetur, tametsi nihil prorsus ex eo dolo ad hæredem peruenerit, Nec casus vllus excogitari potest in quo aliud iuris obtineat.

ERROR VII.

De actionibus ex maleficio quæ habent rei persecutionem.

PErplexum & difficilem quæstionis huius exitum fecerunt apud nostros varij iuris loci, qui in speciem pugnare inoicem videantur. Aliquando enim sic locutos prudentes videas, vt dixerint Actionem nunc hanc, nunc illam dari contra hæredem in solidum, quia licet sit ex delicto, tamen rei persecutionem continet, Vt cùm tractant de condictione furtiua *in l. si pro fure 7. §. 1. & 2. cum duabus legibus seqq. D. de condict. furt.* iunct. *l. si ambo 10. §. quoties. D. de compensatio.* Et generaliùs *in l. in honorariis 35. De obligat. & action.* Omnes actiones etiam honorarias quæ rei persecutionem habent, & post annum & in hæredem dari in solidum, Alias verò hactenus tantùm vt lucrum hæredi extorqueatur. Quò etiam pertinet quod Iustinianus scribit *in §. non autem omnes Instit. de perpet. & temp. action.* Certissimam esse

iuris

iuris regulam, Ex maleficiis pœnales actiones in hæredem non dari, scilicet in solidum, Nam quin dari debeant de eo quod peruenit ad hæredem nemo dubitat, vt turpe lucrum ei extorqueatur *dict. l. in honorarius l. in hæredem 5. De calumn. leg. 1. § vltim. & l. 2. D. vnde vi, & alibi pass.* Excepta sola actione Vi bonorum raptorum, cuius singulare ius est vt contra hæredem nullomodo detur, ne quidem in id quo locupletior factus est, quia putauit Prætor sufficere condictionem, vt superiore capite dicebamus ea *l. 2. §. vltim. Vi bonor. rapt.* Quorsum verò loqueretur Iustinianus de actionibus ex maleficio pœnalibus si non aliud iuris esset in actionibus quæ ex maleficio quidem perinde nascuntur, sed tamen rei persecutionem continent? In quo autem potest constitui differentia, nisi in eo, vt illæ quæ pœnales sunt, non dentur nisi in id quod ad hæredem peruenit, hæ verò dentur in solidum? Nec dissimile est quod idem Iustinianus scribit *in §. his autem verbis Instit. de leg. Aquil.* actionem legis Aquiliæ non transire in hæredem, ideo quòd pœnalis sit, cùm non solùm tanti quisque obligetur quanti damnum dederit, sed aliquando longè pluris, *qua transitura fuisset*, inquit, *si nunquam vltra damnum lis æstimaretur*, Transitura, inquam in solidum. Nam de eo quod peruenit transire nullomodo posset, cùm ex facto eius qui dolo malo seruum alienum occidit nihil aut ad occisorem, aut ad eius hæredem peruenire possit. Siquidem ex damno quod infert occisor nullum ille aut sibi aut futuro hæredi suo lucrum acquirit, Atqui etiamsi poneres ita comparatam esse actionem legis Aquiliæ vt ex ea nunquam lis vltra damnum æstimaretur, non eo minùs tamen verum esset actionem legis Aquiliæ nasci ex maleficio. Ex eo igitur apparet, quoties quærimus, An actio quæ ex maleficio nascitur transeat in solidum aduersus hæredem, illud vnum inspici debere an sit pœnalis, an rei persecutoria, vt hoc posteriore casu non minùs transeat licèt ex maleficio nascatur, quàm si ex contractu nasceretur, dummodò non sit pœnalis mera, neque mixta ex pœnali. Videas tamen aliquando etiam prudentes in hac quæstione ita loqui vt negent actionem transire contra hæredem, Ratione illa reddita quod quamuis actio rei persecutionem contineat, tamen ex maleficio nascatur, vt *l. 4. §. vltim. cum tribus sequent. De alienat. iudic. mut. caus. fact. dict. leg. in hæredem 5. De calumniat. leg. quod diximus 16. §. vltim. D. quod met. caus. leg. si plures 16. §. vltim. & leg. seq. leg. in hæredem 26. & seqq. D. de dolo l. 1. §. vlt. De eo per quem fact. erit. l. 1 § vlt. D. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.* Iunct. *§ hæc verba eiusd. leg. leg. 1. §. vltim. & leg. 2. D. de vi & vi armat.* iunct. *l. si plures 9 eod. leg. 3. §. penultim D. si mens. fals. mod. dixer. leg. illud quoque 7. §. vltim. cum leg. sequent. D. de tribut. act. leg. quæsitum 8. §. vltim. D. de precar. l. vltim. in fin. Cod. ex delict. defunct. leg. fin. Cod. rer. amot.* quibus in locis omnibus negari non potest quin tractetur de iis actionibus quæ rei persecutionem contineant & per quas actor persequatur id quod sibi abest, & tamen negant prudentes, negant Imperatores dari eas actiones contra hæredem in solidum, & suprà quàm ad eum ex defuncti dolo peruenerit, Quamuis fateantur ex iis quasdam dari in perpetuum, id est etiam post annum contra eum, qui ipse dolum admisit. Quod vt magis mirum videri debeat, facit ea iuris prætorij regula quæ ex Paulo proponitur *in leg. in honorarius 35. De regul. iur.* Actiones honorarias quæ rei persecutionem habent etiam post annum & in hæredem dari, Cæteras nec post annum, nec in hæredem nisi de eo quod ad ipsum peruenit, sed intra annum duntaxat in eum ipsum contra quem directò propositæ sunt & comparatæ. Quid ergo ad tot leges respondebimus quibus nos obrui posse crediderunt ij qui sententiam illam nostram impugnarunt, quam nos contra Iacobum Cuiacium iampridem defendimus, Condictionem furtiuam licet ex delicto detur, quia tamen rei persecutionem continet, competere in solidum aduersus furis hæredem, licèt nihil ex furto per viam hæreditatis ad eum peruenerit. Sic enim disputauimus *lib. 4. Coniect. cap. 1.* Verùm iam tum respondimus quod ipsum nunc, sed paulo fusiùs & apertiùs respondendum arbitramur, Actiones rei persecutorias non omnes eodem modo appellari, nec proinde eodem in omnibus iure censeri posse. Quædam enim sunt ita rei persecutoriæ, vt non ad aliud comparatæ dici possint quàm ad indemnitatem actori præstandam persequenti ex iis id tantùm quod sibi abest sine vlla pœnæ commissione, & vt dicam breuiùs, quibus actoris fauor solus causam dedit, non necessitas aut æquitas vindicandi doli quem reus admiserit. Aliæ sunt rei quidem persecutoriæ, sed non tam ex natura sua quàm arbitrio iudicis non condemnantis reum ad rem quæ petitur restituendam, sed arbitrantis primùm debere rem restitui, mox si arbitrio non pareatur, neque res restituatur, condemnantis reum ex bono & æquo, Quæ actionum omnium arbitrariarum natura & conditio est *§. prætereà Instit. de actionibus.* Aliæ denique sunt eiusmodi, quibus actor rem suam quidem persequatur, id est id omne quod sibi abest, sed quæ tamen siue à iure ciuili siue à prætore non tam actoris fauore comparatæ sint, quàm in odium & pœnam rei ac vt factum quod malo more admisit, dolusque ipsius puniatur. Quæ sunt prioris generis verè ac merè sunt rei persecutoriæ, dantúrque semper non modò aduersus reum in perpetuum, id est etiam post annum, sed etiam contra hæredem in solidum, Nec exemplum afferri potest actionis vllius, quæ sit huius generis, & quæ vel non post annum competat, vel non nisi de eo quod peruenerit ad hæredem. Secundi verò generis actiones, licèt nulla ex parte sint pœnales, quia non nisi actoris fauorem respiciunt, non tamen sunt adeò simpliciter & absolutè rei persecutoriæ, quia non tam per se & sui natura persecutionem rei continent, quàm arbitrio iudicis inter litigatores cognoscentis, & has certum est si prætoriæ sint, neque dari post annum [ciuiles enim semper & sui natura perpetuæ sunt] neque in hæredem nisi de eo quod ad ipsum peruenit, Non post annum, quia cùm non nisi arbitrio iudicis persecutionem rei contineant, Arbitrium autem iudicis nullum esse possit antequàm datus sit, Consequens est vt si ante annum neque petitus neque datus sit, actio moueri postea non possit, tanquam quæ nonquam talis fuerit vt rei persecutoria dici potuerit: Non in hæredem in solidum, sed de eo tantùm quod peruenit, Quia numquam arbitrium iudicis tale esse potest aut debet vt is cui conuenitur iubeatur restituere id quod neque ipse habeat, neque dolo desierit habere, nisi cùm apparet id aliquando eum habuisse, *argum. l. mulier 22. §. sed enim ad SC. Trebell.* Sufficeret enim vel vno primóque momento peruenisse ad hæredem vt in perpetuum teneretur, licèt nullo suo dolo postmodum habere desiisset *l. videamus 17. quod met. caus. leg. cùm prætor 127. De reg. iur.* Et verò cùm in actionibus arbitrariis perpetuum illud sit vt nulla ex iis possit ex bono & æquo sequi condemnatio, nisi tum demum cùm arbitrio parere reus noluit, hoc est eam restituere quam restitui debere iudex arbitratus est *dict. §. prætereà.* Quis æquum putet condemnari hæredem huiusmodi actione ob id solùm quòd non reddat eam rem quam non possit reddere, ideo quia nunquam eam habuerit? Prius enim est, vt restituendi facultatem

cultatem reus habeat, quàm vt restituere iubeatur *leg. … num 9. … de rei vindic.* Tantum abest vt contra eum iuratur possit, aut debeat in litem quasi in pœnam contumaciæ ob id quod non restituerit eam rem quam restituere nunquam potuerit. Qui tamen pœna solet puniri contumacia illius qui rem petitam restituere iussus noluit parere arbitrio iudicis *leg. 1. & pass. D. de in lit. iur.* Scilicet cum actor se dicit probatque dominum rei petitæ: Ne alioqui iusto pretio rem suam cogatur vendere quod iniquissimum esset *leg. non enim 9. D. si rer. amot. l. si filiofamilias 25 §. 1. D solut. matr. l. nec quasi 70. D. de rei vind.* Proinde mirum non est huiusmodi actiones arbitrarias licet fauorem actoris primùm & per se respiciant: & contra eum dentur, qui nullo dignus odio esse incipiat, nisi ex quo tempore arbitrio iudicis parere & rem restituere, recusauit, non tamen dari contra hæredem nisi de eo quod ad illum peruenit. licèt contra defunctum competierint in solidum quippe qui rei in solidum restituendæ facultatem habuerat saltem aliquando, licèt postea fortassis habere desiisset etiam sine dolo, Cùm possit ei in perpetuum imputari cur id fecerit propter quod æquum fuerit contra eum dari huiusmodi actionem Differentia enim semper illa est inter defunctum & hæredem quod ille per istas actiones conuenitur ad reddendum id quod ipse aliquando habuit, adeóque ex suo facto, Hæres verò plerumque de eo quod neque habet nunc, neque vnquam habuit, & semper ex alieno facto. Quidni ergo melior conditio esse debeat hæredis quàm defuncti? Aut cur bonus iudex arbitretur debere hæredem restituere id quod nec habeat nec dolo habere vnquam desierit, tametsi defunctus ipse habuerit aliquando? Nam si respondeas, Etiam ex defuncti facto perinde teneri hæredem atque ex suo proprio, Replicabo id non habere locum in actionibus arbitrariis, ex quibus neque alius conueniri potest quàm qui ex arbitrio iudicis restituendæ rei habeat ipse facultatem, neque alius condemnari ex bono & æquo, quam cuius propria fuerit contumacia in non parendo arbitrio iudicis, Vnde est quod ex dolo defuncti nunquam aduersus hæredem iuratur in litem ne quidem aduersus hæredem tutoris *l. 2. l. pen. & vlt. C. de in lit. iur.* quia nec doli alieni successor quisquam est, aut esse potest. Quæ verò sunt tertij generis actiones, tametsi ex parte actoris habeant rei persecutionem non pœnæ, ob idque semper & indistinctè etiam hæredi dentur (quod in ijs actionibus quæ ex actoris quoque parte pœnales sunt diuersum est) verè tamen est inspecta ipsarum origine & causa sunt pœnales, Quoniam in eum præcipuè finem comparatæ sunt vt factum puniant eius qui conuenitur, & in dolum ipsius concipiantur, Quomodo eleganter loquitur Iureconsultus *in l. huius 8. §. 1. D. quod fals. tutor. auctor.* qui locus omnium aptissimus & accommodatissimus est ad hoc ipsum quod volumus exprimendum. Sunt igitur hæ actiones mistæ, Partim rei persecutoriæ ex parte nimirum actoris, & partim pœnales, scilicet ex parte rei, Magis tamen pœnales, dici & censeri debent, quam rei persecutoriæ non solum ex natura mistarum omnium actionum, quæ pœnalium iure potiùs censentur ideo in hæredem non transeant, ne quidem quatenus rei & simpli persecutionem continent, vt constat ex actionibus legis Aquiliæ & vi bonorum raptorum *§. his autem verbis Inst. ad leg. Aquil. & §. vi bonorum raptorum Inst. de action.* Si eas excipias quæ ex contractu vel ex testamento proficiscuntur, de quibus suprà diximus, Sed etiam quia non tam ad id quod comparatæ sunt vt actori prospiceretur, quàm vt factum & dolus rei puniretur: quæ res facit earum causam & originem prorsus pœnalem *l. 1. § hæc verba & §. vlt. D. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.* Proinde mirum non est huiusmodi actiones tanquam pœnales nec post annum dari nec in hæredem nisi de eo quod ad illum peruenerit. Ad primi generis actiones pertinet exemplum condictionis furtiuæ, de qua separatim dicemus in sequentibus. Ad secundi verò generis actiones pertinent omnes suprà dicti iuris loci qui loquuntur de actionibus arbitrariis, puta *De actione quod metus causa, De dolo malo, De actione in factum ex edicto, De alienat. iud. mut. caus. fact. Rerum amotarum*, & si quæ aliæ similes sunt. Omnes enim istæ sunt arbitrariæ cùm ijs omnibus conueniat definitio arbitrariarum posita *in d. §. præterea.* Ideóque fieri non potest vt contra hæredem competant vel dentur nisi in id quod peruenit, quia nec aliud reddere iuberi hæres potest, nisi quod ad eum peruenerit, vt supra diximus. Denique ad tertij generis actiones pertinent cæteri omnes loci qui neque sunt de merè persecutorijs neque de arbitrarijs: Si modò excipias actionem in factum quam dat Prætor ex edicto De calumniatoribus, quæ non tantùm ex parte rei pœnalis est, sed etiam ex parte actoris, nec vllo modò rei persecutionem continet, ideóque nec hæredi datur, quomodo dantur eæ quæ sunt persecutoriæ ex parte *l. 4. §. vlt. de calumniat.*

ERROR VII.

De actione qua contra falsum mensorem datur, & De tributoria. Ad l. 7. §. si cuius & l. 8. De tribut. act. Et ad l. 1. §. hæc verba. D. ne vis fiat ei. Et de actione in factum ex causa interdicti Vnde vi, & de emendatione l. 3. §. ill. tit. vnd. vi.

Actio quæ contra falsum mensorem datur licèt ad id quod interest actoris pœnalis tamen est, quia concipitur in dolum mensoris eúmque punit *d. l. 1. §. hæc actio si mens. fals. mod. dixer.* Similiter actio tributoria quæ datur contra dominum qui dolo malo versatus est in distribuendo peculio serui *d. l. illud quoque 7. § si cuius D. de tribut. act.* vbi dicitur actione ista coërceri dolum domini, ob idque nec ea teneri dominum etiam qui vel nihil vel minùs quàm oporteret distribuit, si non fecerit dolo malo. Nec est contrarium quod ex Iuliano subiicitur *in l. seq.* non de dolo esse hanc actionem, sed rei persecutionem continere. Sensus enim non ille est vt hæc actio non detur ob dolum nec ad dolum puniendum, quod vtrumque falsum esset, sed vt non ideo sit actio De dolo, quia si esset actio de dolo non esset perpetua, sed annalis inspecto iure Pandectarum, aut saltem biennalis ex iure nouo post *l. vltim. C. de dolo.* Nam cùm *in §. vltim. leg. praced.* scriptum esset actionem tributoriam & perpetuam esse, & in hæredem dari de eo quod peruenit, subiicere Tribonianus rationem ex Iuliano voluit non vtriusque partis *dict. § vltim.* quod diligenter obseruandum est, sed prioris tantum, Eius scilicet quod Vlpianus dixerat tributoriam esse perpetuam, quia si rei persecutoria non esset nec perpetua esse posset, ne quidem contra dominum dolosum. Cæterum hæc ipsa ratio quòd ea actio persecutionem rei contineat, si accommodaretur ad alteram sententiæ Vlpiani partem quæ habet non dari actionem istam in hæredem nisi de eo duntaxat

quod ad ipsum peruenit, contrarium potiùs suaderet, *Ex reg. dict. l. in honorariis*, Nisi quod responderi posset, vt modò diximus esse quidem illam rei persecutoriam ex parte actoris, sed esse tamen pœnalem non tantum ex parte rei, sed etiam inspecta ipsius origine & causa quia datur potissimum in eum finem vt domini dolus coërceatur. Propter quā causam nec ab actione ipsa, De dolo quæ nunquam perpetua est, valde distare videbatur, Idque apparet manifestiùs ex eo quod sequitur in eadem lege, Etiam mortuo seruo dominum hæredémque eius perpetuo teneri debere propter factum defuncti, quamuis, inquit, non aliter quam interueniente dolo competat. Quibus verbis ostendit Iulianus non id se agere, vt probet cur actio tributoria non detur in solidum contra hæredem domini, sed cur perpetuò detur. Nam vt probaret dari eam contra hæredem in solidum non debere, ratio illa erat afferenda, quòd licèt rei persecutionem contineat ex parte actoris, pœnalis tamen sit, supradicta verò iuris prætorij regula quæ extat *in dict. l. in honorariis*, de iis solis actionibus intelligi debeat quæ sui natura & directò meréque sunt rei persecutoriæ, non de iis quæ ita rei persecutionem continent ex parte actoris, vt tamen alio quolibet respectu possint dici pœnales, Non magis quàm ad eas quæ non nisi arbitrio iudicis pertinent ad rei persecutionem. Tributoriæ similis actio illa est quam Prætor dat aduersus eum qui dolo malo impedit aliquem iudicio sisti. Etsi enim datur illa actio in id quod actoris interest sisti, non alio tamen fine datur, quam vt dolus coërceatur eius qui sisti impedit: Et ideo hæredi quidem datur, sed non in hæredem nisi hactenus ne is de dolo defuncti quicquam lucretur *l. 1. in princip. & § vltim. iunct. l. 3. in princip. De eo per quem fact. erit.* Eiusdem generis est actio quæ datur ex edicto illo *Ne vis fiat ei, qui in possession. miss. est.* Etsi enim non datur nisi quanti ea res est ob quam in possessionem quis missus erit, ideòque dicitur continere vtilitatem creditoris, vt quanti eius interest possessionem habere, ei tantùm condemnetur is qui prohibuit, Adeò vt si ob falsum creditum, vel ob falsam petitionem missus sit in possessionem, vel si exceptione summoueri potuit, nihil ei debeat hoc edictum prodesse, quia propter nullam causam in possessionem missus fuit *l. 1. §. hæc verba ill. titul. Ne vis fiat ei*, Certum tamen est pœnalem eam esse *dict. leg. 1. §. vltim.* cum expressè concepta sit in dolum *dict. l. 1. in princip.* siue dominus, siue alij prohibuerint, quomodo legendum est *in dict. leg. 1. §. 1. in fin.* pro eo quod vulgo *siue dolo, siue aliter prohibuerint* Quare mirum non est, si neque post annum, neque in hæredem detur nisi de eo quod peruenit, Ipsi tamen hæredi cæterísque successoribus accommodetur. Obscurius illud videatur quod Vlpianus ait, de actione in factum competente ex causa interdicti, Vnde vi, quam cùm negasset *in l. 1. §. vltim. ill. titul. vnde vi*, competere aduersus hæredes nisi in id quod ad eos peruenit dolóque malo ipsorum factum est quominus perueniret, postea tamen subiicit *in leg. 3. §. 1. eod.* hanc actionem quæ aduersus hæredem cæterósque successores pertinet perpetuò competere; quia inquit, in ea rei persecutio continetur, Quid enim commune habet ratio illa cum dicto? Quandoquidem etiam pœnales actiones dantur in hæredem de eo quod ad ipsum peruenit vt turpe lucrum ei extorqueatur, vt toties diximus, & constat inter omnes ex *l. sicuti 38. de reg. iur.* aliisque innumeris iuris locis. Nec dici potest quod notare quosdam video respexisse Vlpianum hoc loco ad regulam illam *dict. leg. in honorariis*, quæ vult perpetuas esse actiones omnes quæ rei sunt persecutoriæ Nam eas ipsas actiones quas perpetuas esse lex ait ob id quod rei persecutionem contineant, vult etiam dari aduersus hæredem, & quidem in solidum, quod tamen in proposito casu nostro ita esse idem Vlpianus noster negat. Et meritò, quoniam actio hæc in factum pœnalis est, cùm factum & dolum puniat eius qui vim fecit, Et quidem itavt neque liberto in patronum, neque liberis in parentes dandum sit interdictum illud, quia in se habet atrocitatem facinoris, vt ait *l. 1. §. interdictum hoc 43. eod. tit.* Nec rursus dici potest etiam pœnales actiones esse rei persecutorias quatenus ad hæredem peruenit, Et quidem ex parte rei cùm possit hæres eatenus reddere id quod habet. Id enim perinde dici posset de omnibus actionibus pœnalibus & ex maleficio proficiscentibus quas placuit non eo minùs dari debere contra hæredem de eo quod peruenit. Omnes siquidem perinde rei persecutionem continerent. Quæ tamen ratio longè aptior esset ad probandum dari eas in solidum aduersus hæredem etiam ad quem nihil peruenisset, quàm ad obligandum hæredem de eo quod peruenit, Veráque ratio propter quam hæredes tenentur etiam pœnalibus actionibus in quantum ad eos peruenit, non illa est quòd in tantùm rei persecutionem contineant, Sed quia lucra turpia hæredibus extorquenda sunt *dict. leg. 5 de ca lumniat.* sufficítque non in lucro versari hæredem, nec præterea damnum eum subire æquum est, vt idem Vlpianus ratiocinatur *in dict. leg. 3. in princip. Vi de vi.* Rationem scilicet reddens propter quam ex facinoribus defunctorum hæredes teneantur quidem de eo quod ad ipsos peruenit, in solidum tamen non teneantur. Quod non satis benè obseruatum à nobis ante hac fuit cùm textus illius verba inuersa esse alicubi scripsimus Fatendum igitur est, meo iudicio, corruptum esse Vlpiani textum *in dict. leg. 3. paragrapho primo*, & intelligendum non de actione quæ aduersus hæredem ex edicto illo competit, sed de illa quæ hæredi. Est enim ea ratio, & optima, & germana propter quam actiones omnes etiam quæ ex parte rei sunt pœnales, hæredi tamen dandæ sint, Si ex parte actoris rei persecutionem contineant, vt ex cæterarum omnium, de quibus iam diximus, exemplis liquidò apparet. Ita verò Vlpianum nostrum non modò sensisse, sed etiam scripsisse assequemur facilè, si dictionem *aduersus* emendemus, & pro ea legamus *ad*, sola prima dictionis syllaba retenta, quam imperitus, siue interpres, siue librarius non intelligens, putabat mutilam esse dictionem, sensúmque mancum si non pro *ad* reponeret *aduersus*. Non obseruans quod sequitur verbum *pertinet* quod ille per maiorem imperitiam accepit pro *competit*. Omnino absurdè. Nec enim dicimus actionem pertinere aduersus hæredem quæ contra hæredem datur sed competere. At è contrario perelegauter dicimus pertinere ad hæredem eam actionem quæ hæredi danda sit. Voluit ergo Vlpianus monere non quemadmodum actio hæc denegatur contra hæredem nisi de eo quod ad ipsum peruenit. Ita nec hæredi aut non nisi intra annum dandam esse, Nimirum quia cùm rei persecutionem habeat, & ad hæredem pertinet, & perpetuò competit. Et verò cùm iam monuisset Vlp. actionem hanc non dari aduersus hæredem, consequens erat vt moneret dari tamen eam hæredibus in perpetuum, id est etiam post annum, ne quis fortè contra putaret deceptus ex *reg. d. l. in honorariis*. Neque tamen ita scribit vt dicat & ponat hanc

actionem

actionem pertinere ad hæredes cæterósque successores, Sed hoc ipsum quasi iam certum & explotatum præsupponit cùm sic ait, *Hac actio qua ad haredes caeterósque successores pertinet*, Scilicet quia hoc ipsum iam disertis verbis expresserat *in d. l. 1. paragrapho hoc interdictum 44. eodem titulo*, ideóque nec repetendum ex professo fuit, Sed illud duntaxat monendum quod nondum dixerat, perpetuo eam dari: Subiecta etiam ratione quæ vtrumque probaret, Id est & ad hæredem cæterósque successores actionem illam pertinere vt iis detur perinde ac ei qui per vim expulsus est, Et perpetuo dari, Nempe quia rei persecutionem contineat. Quæ enim meram rei amissæ persecutionem habent, licèt ex parte actoris tantùm, vtroque illo iure semper censentur, vt & hæredibus competant & in perpetuum, Si modò persecutionem illam rei contineant directò & sui natura ex parte actoris. Hoc enim addendum necessariò est vt eas excludamus quæ arbitrio tantùm iudicis ad rei persecutionem pertinent quas supra diximus non magis post annum quam in hæredem dari, si intra annum iudex acceptus non sit, cuius arbitrio fieri possit vt persecutoriæ esse incipiant *d. l. 4. §. vlt. & legib. seqq. D. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* Excludendæ sunt etiam illæ quæ ex parte actoria ideo persecutionem rei continere dicuntur quia dentur ad id omne quod interest: Nam cùm in eo contineatur etiam quod lucrari actor potuit, *l. si commissar. 13. rat. rem hab.* videatur habere aliquod pœnale etiam ex parte actoris vt in *l. 1. paragrapho vltimo D. ne vis fiat ei qui poss.*

ERROR VIII.

De actione legis Aquiliæ cur non detur in hæredem, Ad paragraphum at ne is quidem, inf. ad leg. Aquil. Itémque ad l. 3. paragrapho pen. & vltim. & l. 4. D. si mens. fals. mod. dixer. Et de actione quæ ex precario competit cur non aduersus hæredem.

EX quo intelligimus quemadmodum facilius est vt pœnalis actio datur hæredi quàm in hæredem etiam de eo quod peruenit, vt videre est in actione Vi bonorum raptorum *leg. 1. paragrapho vltim. Vi bonor. rapt.* Ita & facilius dari eam perpetuo etiam in hæredem; quàm vt in solidum contra hæredem vllo casu detur, Nec si mista esse proponatur, Mista inquam, siue quòd & pœnam & rei persecutionem contineat ex parte rei vt illa eadem Vi bonorum raptorum, vt actio legis Aquiliæ non solum si aduersus inficiantem in duplum agatur sed etsi in simplum quisque agat, veluti si quis hominem claudum, aut luscum occiderit qui in eo anno integer, & magni pretij fuerit *§. vi bonorum raptorum 19. Inst. de action.* Siue quod persecutionem rei contineat, ex parte actoris, pœnam verò ex parte rei, vt illæ de quibus modo diximus. Nulla enim ex mixtis datur vnquam in solidum aduersus hæredem, Nequidem quod magis mirere, eo casu quo detur ad solam rei persecutionem, Puta si quis agat ex lege Aquilia de homine occiso qui pluris fuerit eo tempore quo fuit occisus, quàm toto illo anno retrorsum computato: In qua specie dubitari non oportet quin solius simpli persecutio veniat in hanc actionem, nec lis vltra damnum æstimetur, Et tamen non eo minùs actio sit pœnalis, scilicet ex sui natura, & si non ipso actu saltem habitu: quod sufficit vt nec hoc quoque casu dari possit in hæredem: Quia quod nullam hoc casu pœnam sed simplum duntaxat actor consequatur, non tam iure fit quàm occasione, vt loqui soleo post Paulum *in l. 5. De rivis.* Eáque vera ratio certè est cur neque hoc casu competat contra hæredem. Miror verò ingenia multorum qui scripserunt sine lege & contra Iustinian. textum *in d. paragrapho his autem verbis*, actionem legis Aquiliæ transire in hæredem: Allata quoque ratione illa, quòd in actionem legis Aquiliæ veniat culpa etiam leuissima, id enim neque verum est, neque etiamsi verum esset, inferri tamen quicquam ex eo posset: Nego verum esse quia quod plerisque iuris nostri locis scriptum est in huiusmodi actione culpam quoque æstimari vt *in l. item si obstetrix 9. paragrapho vltimo cum duabus legibus sequent. D. ad l. Aquil. paragrapho at ne is quidem & seqq. Instit. eod.* de sola leui culpa accipiendum est vt & cæteri omnes loci qui de culpa loquuntur non de leuissima *l. contractus 23. De reg. iur. l. si vt certo, quinto paragrapho nunc videndum D. commod.* Culpam enim leuissimam solent prudentes exprimere nomine diligentiæ, scilicet exquisitæ nec præstitæ, leuem verò culpam nomine desidiæ & negligentiæ, vt in superioribus docuimus ex *dict. l. contractus* in illis verbis *in his quidam & diligentiam* & *d. paragrapho nunc videndum vers. commodatum autem in fin.* vbi diligentia ponitur tanquam medium quid inter dolum & culpam, Nego etiam ex supradicta propositione tametsi esset tam vera quàm falsa est, inferri tamen quicquam posse, Nam & pleræque actiones sunt etiam rei persecutoriæ quæ dantur contra reum etiam ex culpa leui, quæ tamen non transeunt contra hæredem nisi hactenus vt teneatur ille ex dolo defuncti, aut ex ea demum culpa quæ sit dolo proxima vt apparet ex actione tutelæ quæ contra tutorem datur ex culpa etiam leuissima *l. à tutoribus 33. in princip. de admin. tut. & d. l. contractus*, quia licet tutelæ administratio ad solius pupilli vtilitatem pertineat, incidit tamen pupillus in tutorem *l. vltim. D. rem pup. salu. fore*, Et tamen non transit actio illa contra hæredem nisi quatenus in dolo vel in lata culpa dolo proxima tutor fuit. Quod & in actione illa subsidiaria obtinet quæ contra magistratum datur ex *tit. de magistr. conuen.* & contra ipsius hæredem *l. 1. C. de hered. tutor. l. 1. C. de magistr. conuen. l. non similiter 4. D. eod.* Obseruari tamen volo quando in hunc tractatum incidi, subesse mendum non obscurum *in d. paragrapho at ne is quidem Inst. de leg. Aquil.* vbi ordine inuerso scriptum est, *nam alioqui non minùs ex dolo quàm ex culpa quisque hac lege tenetur* pro eo quod legendum est *non minùs ex culpa quàm ex dolo* vt nemo non videt Quod si actio mista sit, non quia partim pœnalis & partim rei persecutoria, vt actiones Vi bonorum raptorum & legis Aquiliæ, sed quia ex parte actoris meram solámque rei persecutionem contineat, ex parte verò rei sit pœnalis nunquam datur illa in solidum contra hæredem Exemplum illustre est ad confirmandam propositionem nostram in actione illa prætoria quæ aduersus falsum mensorem ex edicto datur. Nam cùm non competat nisi ei cuius interfuit falsum modum renunciatum non esse *l. 3. §. 1. ill. tit. si mens. fals. mod. dixer.* apparet esse illam rei persecutoriam ex parte actoris. Nec eo minùs tamen verum est pœnalem illam esse ex parte rei cùm sit concepta in dolum, eiúsque factum puniat *l. 2. in princip. & §. 1. eod.* Ideóque non datur in hæredem similésque personas *d. l. 3. § pen.* nec proinde in dominum de peculio ex facto serui, sed noxalis tantùm vt subiicitur *in §. vlt. eiusd. legis*, quamuis,

vt lex ait, ciuilis actio quæ ex contractu nascitur soleat contra dominum ex contractu serui competere non noxalis sed de peculio licèt delictum quoque versetur *l. ex contractibus 49. in fin. D. de oblig. & action.* Nempe quia hæc actio non ex contractu nascitur, sed ex maleficio & dolo. Et tamen datur non solùm hæredi sicut & cæteræ quæ ex parte solius actoris meram rei persecutionem continent, *dicto §. penultim.* verùm etiam contra mensorem perpetuò, id est etiam post annum *l. 4. eodem titul.* vbi rationem affert Paulus quoniam initio inspecto quod semper inspiciendum est, non à circumscriptione & dolo, sed à negotio suscepto accipit originem. Propter quam causam magis mirum videri posset quare non detur in hæredem, & in dominum etiam de peculio, Quasi ex contractu magis quàm ex delicto proficisci videatur, quamuis in ea delictum quoque versetur. Sed aliud est, Accipere illam originem ex contractu, Aliud verò ex suscepto negotio, Nec enim quisquis negotium suscepit statim contrahit, licèt quisquis contrahit hoc ipso negotium gerat. Et ideo dicimus dari hanc actionem contra eum qui ciuiliter obligatus non est, quémque idcirco de solo dolo teneri debere visum est, vt ratiocinatur Vlp. *in l. 1. §. 1.* adeò vt nec nisi subsidiaria sit actio, quam non aliter Prætor date solet quàm si alia ciuilis actio nulla sit per quam actor indemnitatem suam consequi possit ab alio, quàm a falso mensore *dicto l. 3. §. Pomponius & seqq. eod.* Cur verò Vlpianus cùm dixit non dari eam in hæredem *d. l. 4. §. penult.* non addidit quomodo in cæteris addi solet, Nisi de eo quod ad hæredem peruenit? Suprà enim diximus Esse hoc ius singulare actionis Vi bonorum raptorum, vt contra hæredes raptoris, non detur ne quidem in id quo locupletiores facti sunt, quia putauit prætor sufficere condictionem vt scriptum est *in leg. 2. §. vlt. Vi bonor. rapt.* An ergo actio de qua tractamus quæ ex edicto prætoris contra falsum mensorem datur, similis hac parte fuerit actioni Vi bonorum raptorum? Minimè. Nulla enim alia superest actio ei qui per falsi modi renunciationem deceptus fuit, per quam consequi indemnitatem possit: Quæ si aliqua superesset, ne quidem hanc prætor, vt diximus, daret. Est igitur potius similis actionis legis Aquiliæ, quam monuimus, nullomodo in hæredem dari, quia nec fieri facilè potest vt ex facto eius qui alienum hominem occidit, aut vulnerauit quicquam lucri ad hæredem ipsius perueniat. Vnde & actio damni iniuriæ appellatur, vtpote per quam damnum duntaxat infligatur, non etiam lucrum capiatur [Quanquam si aliter quandoque eueniat, non est permittendum, vt ex alterius damno hæres locupletior fiat *l. inde Neratius 23. §. hanc actionem D. ad leg. Aqu.*] Quod in aliis ferè omnibus actionibus etiam quæ ex maleficio nascuntur, planè diuersum est, Excepta ea de qua tractamus. Nam neque ex falsa mensoris renunciatione lucrum aliquod mensori acquiri solet, quod eius hæredi postea extorqueri possit & debeat, sed damnum tantummodò ei qui falsa renunciatio nocet, irrogatur. Difficilius illud videtur, quod de precario scriptum est *in l. quæsitum 8. § vlt. eod. tit. De precar.* Eo interdicto teneri quidem hæredem eius qui precariò rogauit, quemadmodum & ipse qui rogauit tenetur, Vt siue rem precariò, datam habeat siue dolo fecerit quominùs haberet, teneatur, Sed tamen ex defuncti dolo qui solus in illo interdicto præstandus est, non teneatur nisi hactenus quatenus ad eum peruenit. Nam cùm negari non possit quin siue, per interdictum De precario, siue per actionem vtilem & extraordinariam quæ hodie in locum interdicti substituta est, actor rem suam persequatur non etiam pœnam vllam, id est aliquid quod sit vltra rem, proximéque accedat precarium ad commodatum, nec possit videri pœnalis hæc persecutio ex parte rei non magis quàm ex parte actoris, Mirum sanè est cur aduersus hæredem illius qui precario rogauit, non detur in solidum, sed tantum de eo quod peruenit. Videretur enim quod consequens ei quod suprà diximus generaliter verum esse in actionibus omnibus quæ meram rei persecutionem continent tam ex parte rei quàm ex parte actoris, vt contra hæredem in solidum dentur, licèt nihil ad eum peruenerit tùm quoque cùm ex maleficio dantur. Quidni ergo multo magis ex causa precarij? Sed respondendum est cum Paulo nostro *in l. interdictum 14. eod. tit. De precar.* precarij conditionem ad donationis & beneficij magis quàm ad vllius negotij contracti causam spectare. Sunt enim ista opposita, negotium aliquod gestum esse, Et donationem interuenisse *l. si prædia 38. D. de don. int. vir. & vxor.* Ideóque interdictum De precariis meritò à Prætore introductum esse cùm nulla eo nomine iuris ciuilis actio esset quæ haud dubiè non defuisset si precarium inter contractus censeri posset. Indéque illud etiam est quòd qui precariò rogauit non tenetur nisi de dolo, latáque culpa quæ dolo æquiparari possit: qui tamen exemplo commodatarij etiam de leuissima culpa teneri deberet si ex contractu conueniretur. Cùm in contractibus perpetua sit illa iuris regula, vt si quis factus sit in gratiam eius solùm qui conuenitur, præstari ex eo debeat non solum dolus & leuis culpa, sed etiam diligentia, id est culpa quoque leuissima, vt euenit in commodatario *d. l. 5. §. nunc videndum in fin. commod. d. §. is verò cui versat. at is qui Inst. quibus mod. re contr. oblig.* Nam nec precarium fit in gratiam eius qui precariò concedit, sed semper in fauorem illius tantùm qui rogauit non minùs quàm commodatum. At quia precarium non sicuti commodatum, contractus est, totumque ex liberalitate descendit eius qui precariò concessit, ideò satis est dolum malum ab eo præstari qui precarium acceperit, eamque culpam quæ dolo proxima sit, quomodo ratiocinatur Vlp. *in l. quæsitum 8. §. illud adnotatur D. de precar.* Quid? An non etiam commodatum descendit ex mera liberalitate commodantis? Ita sanè est si originem & initium inspicias. Gratuitum enim esse debet, Alioqui non commodatum erit sed locatio, vel quod aliud genus contractus *d. vers. at is qui in fin.* Sed tamen in eo differt à precario quod contractus est. Ex quo illud etiam fit, vt ex commodato non tantùm is qui accipit obligetur ad rei commodatæ restitutionem, sed etiam is, qui commodauit, Hactenus nimirum ne commodatum reuocare possit ante tempus atque intempestiuè vsum commodatæ rei auferre *l. in commodato 17. §. sicut autem D. commod.* vbi scribitur non tantùm officium impedire ne ico facere commodatario licere debeat, quoniam adiuuari nos beneficio non decipi oportet, sed & susceptam obligationem inter dandum accipiendúmque. Geritur enim negotium inuicem, & ideo propositæ sunt inuicem actiones, vt appareat, id quod principio beneficij ac nudæ voluntatis fuerat, conuerti posteà in mutuas præstationes actionésque ciuiles *l. sicut 5. C. de oblig. & act.* Proinde verum est commodatum ab initio quidem perinde ac precarium ex liberalitate descendere, sed non ex mera concedentis voluntate, & liberalitate continuari, quomodo continuatur precarium quod pro arbitrio eius qui dedit reuocari quandocunque potest. Quis ergo miretur non teneri de precario

hæredem

hæredem accipientis ex dolo defuncti, nisi de eo quod ad ipsum peruenit? Est enim generale illud & perpetuum, vt defuncti dolo nunquam teneatur hæres in solidum nisi cùm ex contractu actio venit *d. l. ex contractibus 49. l. ex depositi 12. De obl. & act. l. si hominem 7. §. datur D. deposit.* Nam extra hunc casum fatendum est actionem quæ datur ex dolo defuncti esse ex maleficio, Ideóque nec in solidum dari debere, nisi ex sua natura & ex vtraque parte tam eius qui conuenitur, quàm actoris, habeat rei persecutionem. Vt miret in *d. l. contractibus 23. De reg. iur.* additam mentionem precarij cum tota illa lege non nisi de contractibus agatur aut quasi contractibus, Precarium autem neque contractus sit, neque quasi contractus: Nisi quod alioqui proximè videtur accedere ad commodatum.

ERROR IX.

De eadem actione quæ pro precario datur an & quo casu transeat in hæredem. Et de conciliatione Papiniani cum Paulo & Vlpiano Ad l. quæsitum 8 §. vlt. De precar. & l. cùm hæres 13. De diuers. temp. præscr.

SEd & illud magis miror quod scriptum est *in d. l. quæsitum 8. §. vltim. D. de precar.* Interdictum de precario transire contra hæredem, Cùm certissimi iuris sit non transire precarium in hæredem illius qui accepit, licèt cum hæreditate rei quoque precariò concessæ possessio in eum transierit, si modo possessionem illam vt & cæterarum rerum hæreditariarum apprehenderit *l. cùm hæredes 23. D. de acquirend. poss.* Finitur enim precarium morte accipientis, Quippe ipsi duntaxat non etiam hæredi eius concessa possessio est, Inquit Celsus in *l. cùm precaria 12. §. 1. De precar.* Ideóque nimirum negat Papinianus *in l. cum hæres ne diuers. tempor. præscript.* hæredem illius qui precariò accepit, rectè conueniri interdicto. Quomodo igitur defendi potest, quod Vlpianus ait *in d. l. quæsitum §. vlt.* Si rem illam hæres habeat aut dolo fecerit quominùs haberet perinde illum teneri interdicto atque defunctus ipse tenebatur, id est ex proprio suo dolo vel lata culpa in solidum, Quamuis ex dolo defuncti non nisi de eo quod peruenit. An non videtur in eo Vlpianus à Papiniano apertissimè dissentire? Itémque Imperatores in *l. 2. C. eod.* vbi rescribunt habitantis precario hæredes ad restituendum habitaculum teneri proposito contra eos interdicto. Sed & Paulus noster *lib. 5. sentent. tit. De interd.* vbi hanc ipsam quæstionem tractat, etsi sententiam suam exprimit iis verbis quæ cum Papiniani sententia consentire videantur, effectu tamen ipso non minùs Papiniano quàm Vlpiano aduersatur, ni fallor, cùm ait Hæredem eius qui precariam possessionem tenebat si in ea manserit; magis dicendum esse clam videri possidere, nullæ enim, inquit, preces eius videntur adhibitæ, & ideo persecutionem rei semper manere, nec interdicto locum esse. Nam si hæres illius qui precariò acceperat clam possidere intelligitur, vt ait Paulus, quidni teneatur interdicto Quod vi aut clam? Non minùs enim locum habet interdictum illud cùm agitur de clandestina possessione, quàm interdictum de precario cùm agitur de precaria *l. commun 7. paragrapho Iulianus quintus, & paragrapho præcedent. D. commun. diuid.*

Ex quo apparet quod Paulus supradicto loco scribit hæredem non teneri interdicto, non de quolibet interdicto generaliter intelligendum esse, sed restringendum necessariò ad interdictum de precario quod & Cuiacius ad Papinianum fatetur. Sed quod Papinianus *in d. l. cùm hæres*, exprimit hæredem non rectè interdicto conueniri licet iisdem penè verbis quibus Paulus vtitur, non tamen eadem interpretatione donari potest. Sentit enim haud dubiè Papinianus generaliter de interdicto quolibet, nec minùs de interdicto Quod vi aut clam, quàm de interdicto De precario, quamuis Cuiacius reluctetur. Nam cùm disertè loquatur Papinianus de hærede ignorante precarium, qui fieri obsecro potest vt possit conueniri interdicto Quod vi aut clam is qui de precario nihil vnquam sciuit? Itaque si aliud nihil obstaret facilè posset Papinianus conciliari cum Paulo. Dicendum enim esset loqui Papinianum de hærede ignorante, Paulum verò de sciente: quod apertè probant verba illa *hæres eius qui precariam possessionem tenebat si in ea manserit.* Nec enim posset manere in possessione precaria qui ignorasset precarium. At difficultas in eo est quod Papinianus generaliter de interdicto quolibet, vt diximus intelligatur, in ea videbitur fuisse sententia vt hæredem illius qui precariò negauerat, crediderit teneri etiam de precario à contrario sensu si ponas hæredem hunc scientem non ignorantem. Nam & ratio qua mouetur ne putet hunc hæredem teneri interdicto saltem de precario, non alia est, quàm qui precarium ignorantem non teneat. Quibus verbis an non apertè significat hæredem scientem teneri ex precario defuncti? Quo admisso qui impedit, quominus ergo teneatur interdicto De precario? Idemm prorsus consequens videtur si bona & recta Papiniani ratio est. Et tamen certum est scientiam hæredis non posse facere vt eo magis vllæ ipsius preces adhibitæ intelligantur. Qua vna ratione eáque sanè fortissima mouetur Paulus itémque Celsus *in d. l. cum prætorio §. 1.* vt negent teneri hæredem interdicto De precario. Ergo vel in hoc saltem dissenserunt à Papiniano quod illam scientiæ & ignorantiæ distinctionem non admittunt quam Papinianus admisit. Qua de causa vt puto, & conciliationis gratia visum est doctissimo viro Iacobo Cuiacio, locutum esse Papinianum de hærede ignorante non ad differentiam scientis, quasi eadem vtriusque ratio esse debeat, vt ex precario defuncti neuter teneatur, sed quia inquit de solo ignorante hærede quæstio erat, & esse poterat, an ei scientia defuncti noceret quominùs vsucapere rem posset, cùm in sciente nihil tale tractandum esset cui si non defuncti, certè propria saltem scientia noceret. Itaque volt Cuiacius siue sciens, siue ignorans hæres fuerit, numquam teneri eum ex precario defuncti, nec proinde interdicto De precario posse vllo casu conueniri, sed tamen omni casu malam fidem defuncti transire in hæredem quantumuis ignorantem atque ita impedire ne possit vllo tempore vsucapere aut longa possessione sibi acquirere eam rem quam defunctus vsucapere ideo non poterat, quòd eam precariò possideret *l. vltim. Cod. commun de vsucap.* Ergo non possum mihi persuadere Papinianum aliam ob causam locutum fuisse de hærede ignorante, quàm vt ostenderet aliud se existimare in sciente. Nec rursus video quomodo generaliter definiri possit, Precarium nunquam tenere hæredem ne quidem scientem, Nec interdicto de precario contra eum vllo casu locum esse posse, quin repugnet euidenter Vlpian. *in d. l. quæsitum 8. paragrapho vlt. De precar.* cùm scribit eo interdicto

teneri hæredem eius qui precariò rogauerat, & addit quod magis est *quemadmodum ipse.* Quibus verbis videtur excludere illam scientiæ & ignorantiæ distinctionem, quam nemo dixerit cadere posse in eum ipsum qui precariò rogauit, qui vtique facti proprij obtendere ignorantiam non potest, vt ait *l. quanquam 7. D. ad SC. Velleian.* Neque tamen hoc eò pertinet vt credi possit Vlpianum cum Papiniano consentire qui putauit scientem hæredem teneri de precario, sed potiùs vt intelligamus dissentire illum à Papiniano, qui ex parte credidit Papinianus ignorantem hæredem non teneri precario, neque interdicto De precario. Apertiùs autem à Paulo, quatenus negauit ille teneri eo interdicto hæredem etiam rogantem. Rector namque eum defuncto comparatio est hæredis scientis quàm ignorantia. Neque verò aliud requirit Vlpianus ad obstringendum hæredem Interdicto De precario, nisi vt hæres habeat penes se rem precariam, vel dolo fecerit quominùs haberet, aut ad se perueniret. Quæ postrema Vlpiani verba ostendunt, non tantùm ex defuncti persona teneri hæredem, sed etiam ex propria secundum Vlpiani sententiam, Eo nimirum casu quo dolus ipsius aliquis interuenerit, ne res precariò concessa defuncto ad se perueniret, Libuit verò id obseruare vt refellerem Cuiacij interpretationem qui non aliter pugnantes istos iuris locos conciliat quam vt dicat hæredem eius qui precario rogauit, non quidem teneri interdicto De precario ex propria persona, sed teneri tamen ex persona defuncti. Quæ interpretatio sicut Vlpiano non conuenit, vt ostendimus, ita neque Paulo, neque Papiniano. Cùm enim admittunt illi, Non teneri hæredem interdictum De precario, ideo quod precarium in eum non transeat, quid aliud quæso sibi volunt, quàm quod Cuiacius negat, teneri non posse hæredem interdicto illo quo defunctus tenebatur, ne quidem ex defuncti persona etiamsi rem precario concessam teneat, dummodò ignorans, si Papiniano credimus, aut si Paulo, nec si sciens. Denique si verum est quod Paulus & Papinianus volunt non transire precarium in hæredem, fieri sanè nullomodo potest vt interdictum De precario possit eo casu esse hæreditarium vt ex persona defuncti aduersus hæredem proponi possit. Neque rursum dici potest quis huius distinctionis effectus futurus sit si pœnas rem quæ defuncto concessa precariò fuerat, in solidum ad hæredem peruenisse. Quid enim hoc casu refert an interdicto conueniatur hæres ex persona defuncti, an ex propria, cùm vtroque casu tantundem præstet: Sanè cùm ad eum minùs peruenit ex precario quàm fuerit penes defunctum, probabiliter tentari posset, debuisse ita ius constitui vt in solidum teneretur & supra quàm ad ipsum peruenisset, tametsi nullus ipsius dolus interuenisse proponeretur. Quandoquidem & defunctus ipse in solidum tenebatur. Hæreditariæ autem actiones quæ contra hæredem transeunt tales transire solent quales contra defunctum ipsum competebant. Nec quod aliis plerisque casibus euenit vt illius qui in solidum tenebatur hæres de eo tantùm conueniri possit quod ad eum peruenit, vel quod dolo eius malo factum est ne perueniret, Aliunde proficiscitur, quàm quòd actiones illæ tales sint quæ sui natura non possint transire in hæredem, vt in iis omnibus cernere est quæ ex delicto dantur ad pœnam, Et quas tamen extendi placuit contra hæredem, vt ex iis scilicet teneatur hæres non tanquam ex persona defuncti, sed ex propria, Nimirum vt improbum lucrum ei extorqueatur, & ne alieno scelere ditetur: quæ ratio personam ipsius solam respicit non personam defuncti, qui si viueret & in solidum teneretur, & ea causa proprij sceleris, non alieni. Ergo quod Vlpianus scribit *in d. l. quæsitum § vlt.* Hoc interdicto De precario teneri hæredem eius qui precario rogauerat, quemadmodum ipse vt siue habeat, siue dolo fecerit quominùs haberet, vel ad se perueniret teneatur, Ex dolo autem defuncti hactenus quatenus ad eum peruenit Ostendit potius in ea Vlpianum esse sententia vt putet rogantis hæredem teneri ex propria persona, quam vt ex persona defuncti teneatur. Et verò cùm id quod Vlpianus scribit hoc interdicto teneri hæredem illius qui precariò rogauerat, quemadmodum ipse tenebatur, non ita possit accipi vt ad ipsum teneatur ad quod rogans ipse si viueret, teneretur, Omnino relinquitur, vt ita accipi debeat, perinde vt teneatur hæres rogantis interdicto de precario ex propria persona, atque rogans ipse tenebatur, licèt non ad illud ipsum. Sicut & quod Paulus scribit hæredem hunc qui sciens mansit in precaria defuncti possessione, videri clam possidere, ac proinde quod omnino consequens est, teneri interdicto Quod vi aut clam, non alium sensum habere potest, quàm vt eo interdicto ex propria persona conueniatur. Quomodo enim conueniretur ex persona defuncti, cùm defunctus non clam possederit, sed precario, Hæres autem primus ille fuerit qui cœpit clam possidere. Similiter igitur dicendum est, si quo casu rogantis hæres teneatur interdicto De precario, siue ex Vlpiani, siue ex Papiniani sententia, non nisi ex propria persona teneri eum posse; Quamuis hoc sit difficile quod interdictum De precario contra defunctum proponi potuit, contra quem interdictum Quod vi aut clam exerceri non potuisset. Denique si Papinianum sic intelligas cum Cuiacio vt de solo interdicto De precario senserit, tantò magis eum facies dissentientem a Paulo. Retenta enim distinctione illa quam Papinianus probauit, De sciente vel ignorante hærede; fatendum erit Papinianum dare contra scientem hæredem rogantis interdictum de precario in eo ipso casu quo Paulus dat interdictum Quod vi aut clam, quippe quod cum interdicto De precario concurrere nunquam potest, Non magis, quàm illud fieri vt quis eandem rem & clam & precario simul possideat. Nam præter id quod clam possidet is demum qui aduersario ignorante possidet, Precario autem qui ab ipso domino volente & scienter liberalitatem exercente; Illud etiam constat, quod ex hac differentia prorsus nascitur, Clandestinam possessionem semper esse iniustam, Precariam verò iustam *leg. quæcunque 13. §. 1. De publician. in rem act. dict. leg. 7. § Iulianus D. com. diuid.* quia domini voluntatem habet *leg. de eo 63. D. de donation. int. vir. & vxor.* Quare difficile certè est vt negare quis possit in quæstione ista Iureconsultos dissensisse. Nam quas Accursius tam multas affert conciliationis rationes & responsiones, iam satis superque ex iis quæ diximus confutatas esse arbitramur. Puto tamen si qua ratione conciliari queant, non posse id commodius fieri quàm vt dicamus, Adhibendam primùm distinctionem illam quam Papinianus expressim adhibet, An de rogantis hærede sciente loquamur, an de ignorante, Vt ignorantem nullo casu precarium teneat, quemadmodum Papinianus ait, & consequenter non rectè interdicto conueniatur. Quod quemadmodum generaliter à Papiniano scriptum est, ita ego generaliter intelligo, id est non tantùm de interdicto De precario, sed etiam de interdicto Quod vi aut clam, De quo longè minùs dubitari poterat quin contra ignorantem dari non posset, cùm clandestina possessio nunquam sit sine scientia, adeóque nec sine dolo. In hærede autem sciente aliud obseruandum sit non vt omnimodo & omni casu teneatur interdicto De precario, Sed vt aliquo tamen casu. Itaque subdistinguendum necessariò

sariò est, An hæres ita sciat precarium quod defuncto concessum fuerat, vt tamen is qui concesserat nondum sciat defunctum esse rogantem, An verò ex vtraque parte interueniat scientia. Ex parte quidem hæredis quod nisi ex causa precarij defunctus rem tenuerit, Ex parte verò concedentis, quòd rogans decesserit, & possessio quæ penes rogantem precaria fuerat, ad ipsius hæredem peruenerit. Priore casu non potest dici locum esse interdicto De precario, cùm neque vlla possit videri in concedente voluntas esse exercendæ liberalitatis in rogantis hæredem quem hæredem esse nescit, Neque in persona hæredis animus sit continuandi precarij, cùm nec expressas, nec tacitas vllas preces adhibeat, vt sibi precaria possessio relinquatur, Quam ex precaria qualis viuo rogante fuerat, facit clandestinam, celando dominum, qui si defunctum rogantem sciret, fortassis rei precario concessæ possessionem ad se reuocaret. Atque in hoc demùm casu procedit quod Paulus ait teneri hunc hæredem de clandestina possessione, ac proinde interdicto. Quod vi aut clam, non interdicto De precariò. Itémque iuris esse arbitror etiamsi is qui precario concesserat resciuerit defunctum eum fuisse qui rogauerat, si modò neque à rogantis hærede id sciuerit, neque rogantis hæres sciat id scire concedentem. Etsi enim non potest videri celatus is qui sciuit, celandi tamen animus non eo minùs durat in hærede qui concedentia scientiam ignorat, Quod sufficit vt perpetuò clam facere existimetur *l. 3. §. vltim. D. quod vi aut clam*, vbi legendum est *qui celandi animum habet enim, &c.* non vt vulgò, *qui celandi animo habet*. Nec quod vulgo dici solet Certiorandum non esse illum qui iam certus est *l. 1. §. vltim. de act. empt.* ad hunc casum pertinet in quo ponimus ita certum esse concedentem, vt tamen certum eum esse rogantis hæres nesciat in his. n. quæ ex animo solo pendent generale est vt magis inspici debeat quod est in opinione quàm quod in veritate. Posteriore verò casu, cùm ex vtraque parte scientia interuenit fatendum est precarium in hæredis quoque persona durare, Non quasi à defuncto transierit in hæredem (semper enim obstat ratio illa Celsi *in d. l. cùm precario 12. §. 1. de precar.* quòd soli roganti non etiam ipsius hæredi concessa possessio est) sed quasi ex nouo eódemque tamen tacito precario, Cùm ex vtraque parte tacita voluntas interuenisse videatur & concedendi precarij & impetrandi. Nam & idem euenit cùm quis precariò ad certum tempus rogauit, vt finito tempore etiamsi ad hoc subsequens tempus non rogauerit, adhuc tamen precario possidere videatur *l. 4. §. vltim. eod. tit.* vbi rationem Vlpianus reddit quòd intelligitur dominus, cùm patitur eum qui precariò ad tempus rogauit, post tempus possidere, rursus precario concedere, Propius verò ad rem nostram accedit quod idem Vlpian. scribit *in d. l. quæsitum 8 §. illud tamen 2. eod. tit.* Si a me precario rogaueris, & ego rem illam alienauero, precarium quidem prius non durare, translata re ad alium qui priùs non rogauerat, sed tamen magis esse vt si ille non reuocet possit interdicere quasi ab illo immediatè precariò habeas non à me aut per mediam meam personam. *Etsi passus est*, inquit, vt aliquo tempore à se precario habeas, rectè interdicet quasi à se precariò habeas. Si enim hoc receptum est in persona emptoris qui non iuris sed rei singularis successor est, quanto magis recipi debet in causa hæredis qui successor est vniuersi iuris in quem omnia defuncti iura succedit. Mirum ergo non est scientem hæredem rogantis licèt nihil ipse rogauerit, teneri tamen interdicto De precario, quoties precariam defuncti possessionem retinet sciente & consentiente eo qui concesserat, siue expressus consensus ille sit siue tacitus, dum ne ipsi hæredi dubius aut ignotus. Et ad hunc videlicet casum restringo sententiam Vlpiani quæ extat *in d. l. quæsitum §. vltim.* itémque Imperatorum *in l. 2. C. eod.* Exclusis aliis illis de quibus Papinianus & Paulus contrà responderunt, id est quibus aut rogantis hæres ignoret precarium, aut is qui concessit, ignoret defunctum esse rogantem, aut sciat quidem sed ignoret tamen quis hæres sit rogantis an Titius an Sempronius, aut an ad hæredem peruenerit possessio rei precario concessæ, aut dolo malo ipsius factum sit quominùs perueniret, Aut denique sciat quidem ea omnia is qui concessit, sed tamen scire illum nesciat hæres rogantis: Omnibus enim his casibus manco interdicto De precario, necesse est recurri vel ad interdictum Quod vi aut clam, si clandestina possessio fuerit, vel ad vindicationem quam habet perpetuam is qui concessit aduersus rogantis hæredem, qui propter malam fidem defuncti cuius ipse etiam ignorans successor est, neque vsucapere rem potest, neque longa vlla quantacumque temporis possessione vllam sibi acquirere, vt Papinianus ratiocinatur *in d. l. cùm hæres 11 de diuers. tempor. præscrip.* De cuius sententia etsi quæ hoc capite diximus sufficere possent, quia tamen visa est Iacobo Cuiacio aliqua egere emendatione, & certè indiget, de ipsius quoque emendatione subiiciendum nobis aliquid est.

ERROR X.

De emendatione l. cùm hæres 11. D. de diuers. tempor. præscript.

NOn fuit difficile præsertim viro doctissimo, & in emendandis legibus perspicacissimo Iacobo Cuiacio mendum illud obseruare quod subest in *l. cùm hæres 11. D. de diuers. tempor. præscript.* de cuius sententia superiore capite scripsimus. Nam siue vulgatam lectionem sequare quæ habet *veluti cùm sciens alienum illum illo vel precario possidit*, quis obsecro sensus esse potest eorum verborum *illum ille?* Siue magis probes Florentinam quæ pro *illo* habet *ille*, quænam obsecro vis erit disiunctiui articuli *vel* vno tantùm illo casu expresso quo defunctus rem alienam precariò rogauerit? Nam qui præcedentibus verbis casus significatur *Cùm sciens alienum illum* non tam alius est quàm idem ille qui exprimitur in sequentibus, nisi quod generalior est. Nam quisquis rem aliquam ab alio possidet precario, vtique possidet sciens alienam cùm rei propriæ precarium non consistat *l. neque pignus 45. De reg. iur. l. 4. §. item si rem meam D. de prec.* quamuis non è contrario consequens sit, vt quisquis rem alienam sciens possidet, eandem precario possideat. Proinde non minùs inepta & Papiniano indigna est locutio illa, *Cùm sciens alienum illum ille vel precario possedit*, quàm si quis diceret, Stichum esse animal aut hominem, Quasi non sit animal, quisquis homo est, idémque absurdum eueniet quoties disiunctio ponetur inter genus & speciem, Propter quam causam solent nostri dicere ad *l. sæpe 53. de verbor. signific.* Disiunctiuam, vt loquuntur, positam inter genus, & speciem, accipiendam esse pro coniunctiua, Quod tamen an perpetuò verum sit, alio commodiore loco disquirendum erit, At neque dici potest quis in superioribus verbis sensus sit dictionis *illum* quam habet vtraque lectio & vulgaris & Florentina, Siquidem in præcedentibus neque fundi mentio vlla facta est, neque alterius rei vllius, ad quam possis referre

nomen hoc demonstratiuum *illum*. Largiamur ergo Cuiacio, & fateamur id quod res est locum esse corruptum, & emendatione aliqua indigere. Sed quomodo emendandus sit videamus. Putat vir doctissimus expeditam esse emendationis rationem si sic legamus *cum sciens alienum vel vi vel precariò possideat*, vt his verbis duo exempla afferre Papinianus voluerit iniustæ possessionis, violentiæ scilicet & precariæ. Nec sane aut rectior, aut accommodatior emendatio quærenda esset, si hoc tantùm ageremus, vt absurda illa quæ retulimus euitarentur, ex quibus inducitur necessitas emendandi. Nisi quod falsum est precariam possessionem esse iniustam. Est enim iusta licet talis quæ non pergat ad iudicij vigorem *leg. communis 7. §. inter prædones D. commun. diuid. leg. quocunque 13 §. 1. De publician. in rem action.* Sed cùm in omnibus, præcipuè verò cùm de legum emendatione tractatur, cauendum summopere sit ne quid aduersos veram merámque iuris rationem in Papiniani potissimum scriptis admittatur, Miror Cuiacium hanc emendationem probare potuisse, nec animaduertisse, dum in iuris notis malè, vt ipse loquitur, explanatis rectiùs explanandis totus est, nam se Papiniano iniuriam facere, quem factum sit huiusmodi adhibita emendatione contra iuris certissimi, & apertissimi rationem respondisse. Quis enim nescit iam ipsis Papiniani temporibus ita iuris fuisse vt rem quæ ab initio vi possessa fuisset, vsucapere nemo posset, ne is quidem qui neque vim fecisset, neque factam ab alio vim vnquam sciuisset? Ita nimirum inducto iure per legem Iuliam Plautiam vt violentiæ vitium rem ipsam afficeret, atque ita vsucapionem in cuiuscunque etiam bonæ fidei hæredis persona impediret, quousque purgatum esset reuersa re in domini potestatem, sicut & iam antea ex legibus duodecim tabularum, & ex lege Atinia erat prohibita vsucapio rei furtiuæ, cuius possessio non priùs in potestatem domini ad purgandum vitium redisset *§. furtiuæ quoque res 2. Instit. de vsucap. leg. non solùm 33. in princip. & §. 3 dominus, leg. quam rem 38. D. eod. leg. si partem 5. Cod. de vsucap. pro emp.* Proinde cùm Papinianus non de rei vitio tractaret quod rem ipsam perpetuò comitatur ad quemcunque iuerit illa possessorem, sed de personali vitio defuncti, quod in solum hæredem transire possit, tanquam in eum qui non rei singularis, sed vniuersi iuris successor sit, Non erat conueniens vt exemplum afferret de re quam defunctus vi possedisset, Quia licèt violenta possessio id simile habeat cum clandestina & precaria, quod malam fidem adnexam habet quæ omnino impedit vsucapionem, hoc tamen habet dissimile & odiosior, quod rem ipsam afficit & inficit, non etiam precaria vel clandestina. Itaque si quis quæreret de hoc ipso de quo Papinianus quærit, an hæres illius qui rem vi possedisset eam vsucapere non posset, Inepta esset responsio quæ ex Papiniani ratione sumeretur, quod hæres in omne ius defuncti succedat. Quando non aliud iuris obtineret etiamsi non de hærede, sed de singulari aliquo successore quæstio conciperetur. Æquè enim vsucapionem impediret lex Iulia Plautia propter vitium reale quod subest in re vi possessa. At cùm de clandestina vel precaria possessione agitur accommodatissima & germana ratio illa est ob quam hæres vsucapere non possit tametsi vitium ignoret possessionis defuncti, quòd succedat in omnia defuncti iura, ac proinde non minùs in vitia malamque fidem ipsius, quàm in bonam fidem cùm defunctus bona fide possedit & cœpit vsucapere rem quam hæres sciat alienam esse *leg. hæres eius 43. D. de vsucap.* Nec alia ratio vlla est quæ afferri possit. Cùm si de singulari aliquo successore tractaretur, nihil obesset vitium authoris quominus vsucapi res posset ab emptore fortassis, quam venditor propter suam malam fidem vsucapere non potuisset *leg. an vitium 8. in princip. D. de diuers. tempor. præscript.* Fuit ergo non solùm conuenientius, sed etiam omnino faciendum vt Papinianus afferret exempla de possessione clandestina, vel precaria non de violenta. Maximè verò cum precaria possessio de qua specialiùs tractat, degeneret faciliùs in clandestinam quàm in violentam in persona scilicet hæredis, vt ex illo Pauli loco manifestissimè constat, quem nos in superiorem Errorem explicauimus. Quomodo igitur Papinianum emendabimus? Multò probabilius sanè quàm Cuiacius fecerit, si pro *illum* reponamus *clam*. & pro *illo* retineamus *ille*, ex lectione Florentina. Loquitur enim Papinianus de defuncto qui sciens alienum, id scilicet quod possidebat [nam & in sequentibus loquitur in neutro genere, cùm ait *tamen vsucapere non poterit, quod defunctus non potuit*,] clam vel precario possedit: Nec sufficiebat locutum esse Papinianum de eo qui sciens alienum possedisset. Nam & qui vi possidet, scit vtique rem alienam esse, nec tamen de tali possessione loqui poterat Papinianus, vt diximus, cùm de iis vitiis possessionis tractaret quæ essent personalia, tantùm, non item de iis quæ essent realia. Aliud quoque mendum, sed moltò leuius subesse arbitror in *dict. leg. cum hæres*, in postremis illis verbis *cùm exordium et bona fides ratio non tueatur*. Vulgata editio habet *rei* pro *et*. Non satis benè. Cùm enim quæritur de vsucapione aut longa possessione sibi retinere, quod defunctus non potuit, non tam initium rei, id est negotij gesti & contractus initi inspiciendum est, quam exordium possessionis, id est tempus traditionis. Siquidem à traditione incipit possessio, Nec aliud quicquam est traditio, quàm datio possessionis *leg. 3. De action. emp. leg. traditio 20. De acquirend. rerum domin.* Et ideò hæres eius, qui bona fide rem aliquam emit, vsu non capiet, sciens alienam si modò ipsi possessio tradita sit, quæ nondum fuerat tradita defuncto, At è contrario vsucapionis à defuncto cœptæ continuatio non impeditur per hæredis scientiam *dict. leg. hæres eius 43. de vsucapion.* Idque est quod Vlpianus ait in *leg. si aliena 10. eod. tit.* Si aliena res bona fide empta sit exigi bonam fidem in emptore, vt vsucapio currat, sed inspecto initio non emptionis at traditionis: Nec aliud in longa possessione iuris est, quam constat non aliter locum habere posse, quam si ab initio interueniat bona fides, eaque perpetuò durent, *leg. 1. leg. 2. leg. emptor. 9. Codic. de præscription. long. tempor. leg. mora litis 26. Codic. de rei vindicat.* Dices, Quid ergo attinebat Papinianum postquàm de vsucapione locutus fuerat, hoc etiam addere de longa possessione? Quasi verò potuisset quis alioquin credere, fauorabiliorem esse hac parte longi temporis possessionem, quæ tamen ferè in omnibus minùs fauorabilis est, longéque minora habet priuilegia. Respondeo de longa possessione ideò dubitari magis potuisse, non quod sit fauorabilior, sed quia cùm ius veteri esset vt per longi temporis possessionem non rei possessæ dominium acquireretur, sed tantùm præscriptio & exceptio aduersus dominum vindicantem acquireretur, quemadmodum aliis plerisque locis disputauimus & probauimus, facilius videbatur, vt non obstante mala fide defuncti, danda esset hæredi exceptio qui semper in bona fide fuisset, quam vt daretur ei actio & vindicatio dominij, quæ maioris est momenti. Fauorabilior enim semper esse solet retentio quàm persecutio, vt cui persecutio & actio dari non posset, retentio tamen interdum detur. *lege prima, D. de pigner. leg.*

si in area 53. D. de condict. indeb. leg. hæres 51. D. ad SC. Treb. Ideóque valdè appositè & propriè suo more sic loquitur Papinianus, *neque enim rectè defenderetur*, vt significet per longam possessionem acquiri duntaxat defensionem & exceptionem, non etiam dominium aut actionem. Cur verò non rectè defenderetur hæres qui & longo tempore & bona semper fide possedit, si non de vsucapione, sed tantùm de longa possessione quæratur? Nempe quia exordium possessionis bonæ fidei ratio non tueatur. Legendum igitur est *eius*, non *ei*, vt dictio illa *eius* referatur ad longam possessionem, non ad personam hæredis, ex qua certè sumi ratio nulla posset quæ longæ possessionis defensioni ei auferre deberet, si exordium possessionis ob malam fidem defuncti vitiosum non fuisset. Illud verò mirari quis possit, Cur alio iure censeatur hæres illius qui precario rogauit, alio autem hæres eius qui precario concessit. Non in hoc solùm vt cùm precarium non transeat in hæredem rogantis, transeat tamen ad hæredem eius qui concessit etiam ignorantem. *d. l. cum precario 12. §. 1. De precar.* Sed in eo quoque vt hæredi concedentis non obstet quod hæredem illud esse is qui rogauit, ignoret: Cùm tamen aduersùs hæredem rogantis non aliter interdicto vti possit is qui concessit quàm si hæredem illum esse sciat, vt docuimus in præcedentibus. Sic enim Vlpianus scribit in *d. l. quæsitum 8. §. 1. de precar.* Quod à Titio quis precario rogauit, id & ab hærede eius precario habere videri. Et adijcit ex Labeone, Etiamsi is qui precario rogauit ignoret hæredem, Siue quòd putet eum qui concesserat adhuc viuere, Siue quod nondum sciat quis hæres sit, adhuc tamen videri eum ab hærede precariò habere. Dubitandi autem causa ea eo proficiscitur, quod vt mihi interdictum De precario contra te competat non sufficit te precario habere, nisi etiam illud concurrat vt à me habeas, quomodo idem Vlpianus ratiocinatur in *d. l. quæsitum in princ.* Atqui non magis fieri potest vt quis precariò habere videatur ab hærede quem hæredem esse ignorat, quàm vt quis precariò concesserat videatur hæredi rogantis concedere quem hæredem esse nesciat. Semper enim vtriusque voluntas necessaria est, & consequenter scientia, siue expressim, siue tacitè precarium constituatur, Alioqui nullus ignorantis consensus aut expressus interuenire, aut tacitus subintelligi potest, Rursus quemadmodum in *d. l. cùm precario 12. §. 1. D. de precar.* Celsus scribit, Ideò precarium non transire in hæredem rogantis, quod non hæredi ipsi, sed defuncto concessa possessio fuerat, Ita & videatur dici posse, In hæredem concedentis non transire precarium, quia non ab ipso, sed defuncto concessa possessio est. Augetur dubitatio ea eo quod Pomponius scribit in *l. si adoptauero 16. eod. tit.* Si adoptauero eum qui precario rogauerit, me quoque precario possidere. Nam si precarium transit in adrogatorem, quidni multò magis in hæredem accipientis, cuius persona longè veriùs censeatur eadem esse cum persona defuncti, quàm persona adrogatoris cum persona adrogati? Quamquam si aliud nihil vrgeret, responderi commodè posset quod Accursius ad eum locum respondet, meliorem esse conditionem adrogatoris quàm hæredis, eo demum casu quo adrogatus viuat, qui ipse precario rogauit. Non enim sicut viuentis adrogati pater adrogator, ita hominis viui hæres quisquam esse potest. *l. 1. D. pro hæred. leg. 1. D. de hæred. vel act. vendit.* Nec nouum est vt ea persona filij viuentis, pater ius aliquod habeat, quod mortuo filio non haberet, Vt euenit in specie *l. & hæredi 21. D. de pact.* Etsi plus puto, Etiam mortuo filio adrogato qui precario rogauerat, durare tamen precarium in persona adrogatoris, in qua semel consistere cœpit viuo filio. Cur enim filij morte finiatur, quod iam in adrogatorem transiit? Difficilius illud esset, vt quis tentare vellet, *ex d. l. & hæredi*, Etiam mortuo adrogatore durare precarium in persona hæredis si modò filius viueret. Nam si precarium est quid adeò personale, quod non possit transire in hæredem ne quidem ab eo, qui ipse rogauit, Quantò minùs admitti potest vt transeat ab eo qui non nisi per mediam filij personam precariò rem habere intelligatur? Quod in pactis diuersum est, quæ licèt personalia transeunt tamen ad hæredes paciscentis, qui paciscendo sibi etiam suis hæredibus pactus esse creditur, *l. si pactum 9. D. de probat.* Qui autem precario rogat sibi quidem suisque rogasse credendus est, etiamsi nihil de suis dixerit, at non suis hæredibus, sed iis demum quos in domo, & familia sua viuus habet. Quæ sententia est, *l. pen. D. de precar.* Cæterùm neque adrogator videri potest habere precario rem quæ adrogato fuerat concessa, nisi etiam illud concurrat vt & factam adrogationem, & adrogatorem eum esse sciat is qui precario dedit. Quomodo enim alioqui aut ignorans, aut ab ignorante habere quis precario videretur. Illa siquidem concedentis scientia & patientia nouum quodammodo precarium inducit in persona adrogatoris, quod proinde non ipsius filij adrogati, sed solius adrogatoris morte finiri fatendum est. Hoc verò cùm ita sit, eò tandem res paulatim recidet, vt nihil intersit inter adrogatorem & hæredem. Nam & rogantis hæres precariò habere videtur, si is qui precario concesserat defuncto, hæredem quoque possessionem illam retinere sciat & patiatur. Neque id Accursius ignorauit, Nisi quod addere debuit, In hoc tamen differentiam manere inter adrogatorem & hæredem, quòd adrogator etiamsi ignorante illo qui concesserat manserit in possessione rei quam filius adoptatus acceperit, non ideò tamen clam possidere intelligitur quandiu filius viuit, cùm suo iure id faciat tanquam translatis in eum iuribus omnibus & dominij & possessionis, quæ fuerat penes adrogatum, *l. qui liberis 13. §. testamento D. de bonorum possess. 2. Tab.* Nam & precaria possessio nobis acquiri potest per eos quos habemus in potestate cùm ipsi rogauerunt. Adeò vt hoc casu non is qui rogauit conueniri possit de precario, sed is solus qui eum in potestate habet, *l. in rebus 4. §. tenetur D. de precar.* Scilicet si eo mandante vel ratum habente filius aut seruus rogauerit eius nomine non etiam si eo ignorante, *l. si seruus tuus 13. eodem.* Nec possit eadem possessio manente precario & precaria esse & clandestina ex parte concedentis, Siquidem precaria per se iusta est, Clandestina verò iniusta: At hæres qui mansit in possessione defuncti precaria, ignorante illo qui concesserat, hoc ipso incipit clam possidere, cùm nulla supersit possessio precaria, defuncto iam eo, qui precarium acceperat, vt Paulus ait, *lib. 5. sentent. tit. De interdict.* Illa igitur duntaxat superest dubitatio, Cur facilius transeat precarium ad hæredem concedentis quàm ad hæredem accipientis, cùm sicut hæres accipientis nullas preces adhibuisse dici potest, ita neque concedentis hæres rogatus vnquam fuisse. Respondendum est, meo iudicio, fauorabiliorem esse hac parte causam illius qui hæres est concedentis, quia quod ad eum transeat precarium neminem damno afficit, quandoquidem etiamsi aliter ius constitutum esset, non ideò tamen res precaria cederet lucro accipientis, qui semper ad eius restitutionem si non personali aliqua actione, saltem vindicatione teneretur, At non similiter posset ita ius constitui, vt ad hæredem accipientis precarium transiret, quin fieret iniuria concedenti qui liberali-

tatem

… tem suam in eum solum qui rogauit, conferre voluit, non etiam ad hæredem eius extendere: Minimique videri non debet ex sola concedentis voluntate sumi interpretationem eius iuris quod ex sola ipsius liberalitate proficiscatur. Non valdè dissimile est, quod in præcedentibus dixi Actiones illas quæ ex delicto proficiscuntur, & pœnales sunt ex parte delinquentia, si tamen ex parte actoris persecutionem rei contineant, transire ad hæredem actoris, non etiam in hæredem delinquentis. Item quòd quamuis persona hæredis instituti Trebelliano Senatusconsulto contineatur, hoc tamen iure vtimur vt hæredis successor quilibet fideicommissam hæreditatem rectè ex eo Senatusconsolto restituat: quæ non similiter benè restitueretur hæredi fideicommissarij si fideicommissarius ante agnitum fideicommissum decessisset, Quasi eo casu futurum esset vt non restitueretur hæreditas sicuti testator voluerat: quæ res impedit sanè restitutionem & translationem actionum quæ non aliter fieri potest quam ex Trebelliano, *l. sed etsi alio 9. §. vlt. cum l. seq. l. apud Iulianum. 11. §. vtrùm autem. eod. tit. l. si mulier 59. §. ex asse, D. de iur. dot.* De quo fusè scripsimus in secunda Chiliadis huius parte. Sic denique solemus in praxi litteras præcisas, & vt Pragmatici vocant, executorias, concedere hæredibus creditoris inaudito etiam debitore, quas tamen perinde aduersùs debitoris hæredes inauditos non concederemus. Fieret namque iniuria hæredibus debitoris, hoc posteriore casu, quæ nulla debitori fit in priore, vt tractat *Boer. quæst.* 10. & nos in Codice nostro non prætermisimus. Quid enim si ij qui tanquam debitoris hæredes conueniuntur negare velint se esse hæredes? An non esset iniquissimum interim vrgeri eos ad solutionem tanquam hæredes? At debitorem etiam inauditum vrgeri ad solutionem ex instrumento authentico & guarentigiato, quod sententiæ vim obtinent, iniuriosum non est, si modò illi qui vrgent tanquam hæredes creditoris, tales sint, qui si velint hæredes fieri possint, puta si sint liberi, aut non extantibus liberis vel abstinentibus, agnati, vel cognati.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Septuagesimaseptima.

ERROR PRIMVS.

De precarij reuocatione.

CVM certissimi iuris sit quod superiore Decade diximus, ex Celso in *leg. cùm precario 12. paragrapho primo, D. de precar.* precarium transire ad hæredem concedentis etiam ignorantem, Et precarij cuiuslibet eam esse conditionem vt ad nutum & voluntatem concedentis reuocari possit, Mirum certè est tam multa de precarij reuocatione ab Interpretibus nostris disputata esse, quasi de re valde difficili & controuersa. Illud verò imprimis quod Accursius noster scripsit ad *l. quæsitum 8. §. quod a Titio eod. tit.* Sola morte concedentis reuocatum intelligi precarium, quasi finita per mortem ipsius voluntate, Ita vt nouum precarium esse videatur, quod ab hærede habet is qui defunctum rogauerat. Id enim si ita esset, non transiret precarium ad hæredem concedentis: quomodo loquitur Celsus *in d. §. 1.* quippe quod morte concedentis finitum esset, quemadmodum dicimus ad hæredem non transire actiones quæ illius cui competebant, morte finiuntur, *l. aliam 29. D. de nouat.* iunct. *l. constitutionibus 53. D. de oblig. & act.* Rursus non esset verum quod diximus, ignorantiam hæredis non facere quominùs ad eum transeat precarium, adeóque nec ignorantiam rogantis qui fortè nondum sciat aliquem esse concedentis hæredem aut quis ille sit: Quod tamen ita esse scriptum est in *d. § quod a Titio.* Quomodo enim nouum precarium aut ab ignorante, aut ignoranti constitui posset? Ratio autem, qua bonus Accursius mouetur, euidenter mala est. Ait namque, Precarium eatenus duntaxat durare quatenus durat voluntas concedentis, *l. 1. §. 1. eod.* voluntatem verò finiri morte: quam in rem afferri solet, quamuis ipse non afferat, quod scriptum est in *l. 4. D. locat.* Locationem precariíve rogationem sic factam, Quoad is qui locasset dedisséve vellet, morte eius tolli qui sic conuenisset, Non alia vtique de causa, inquiunt nostri, quàm quòd voluntas hominis morte finiatur, Quasi verò ad tollendum precarium quod non eo modo quo *in d. l. 4.* sed simpliciter constitutum fuit non requiratur expressa reuocatio & mutatio voluntatis, sufficiatque finiri quoquomodo, id est etiam sola morte voluntatem: Quod certè non ita est. Nam in ea ipsa *l. 2. de precar.* qua mouetur Accursius, disertè scriptum est Precarium interdictum ei demum competere qui precarium reuocare velit: & rationem Vlpianus reddit, quòd natura æquum sit tamdiu te mea liberalitate vti quandiu velim. Quæ postrema verba sic haud dubiè accipienda sunt, acsi scriptum esset *quoúsque nolim* etsi non ignoto aliud esse nolle, aliud verò non velle: statim namque sequitur, *& vt possim reuocare cùm mutauero voluntatem.* Ne dubitari possit, Precarium simpliciter constitutum non aliter finiri posse quàm si reuocetur, nec aliter reuocari quàm si expressa voluntatis mutatio intercedat. Atqui nemo dixerit sola concedentis morte mutari voluntatem, quamuis finiatur. Aliud enim est mutari voluntatem, aliud finiri. Finitur omnis voluntas quæ mutatur, sed non è conuerso mutatur omnis quæ finitur. Ergo quamuis voluntas ipsa finiatur morte, non ideò tamen consequens est vt precarium simpliciter constitutum quod non nisi expressa reuocatione tollitur, sola concedentis morte finiatur. Ideò autem loquor de precario simpliciter constituto, vt excludam precarij speciem illam, de qua *in d. leg. 4. locat.* cùm quis precario rem aliquam dedit cum huiusmodi adiectione, *quoad is qui dedisset, vellet.* Hoc enim casu apparet ex ineundæ conuentionis ratione quæ semper spectanda est, eam precario naturam ab initio esse inditam, vt quandocunque & quomodocunque voluntatem finiri contingeret, ipsum quoque

que precarium finiretur, nec vlla in eam rem reuocatio & mutatio voluntatis exigeretur: & idcircò tale precarium sola concedentis morte finiri tollique mirum non est: nec transire ad hæredem, licet reuocatio nulla interuenerit. Quare non immeritò Accursius à cæteris penè omnibus hac in re notatus & reprehensus fuit: vt restatur Didacus Couarruuias, *lib. 3. variar resolut. cap. 15 num.* . Idem tamen *ibid. num. 4. ad fin.* parum subtiliter meo iudicio distinguit, An lex ipsa dicat precarium manere firmum ad voluntatem concedentis, & donec ipse noluerit, An id expressim a concedente additum concessioni fuerit, vt priore casu precarium morte concedentis minimè finitum sit, Posteriore verò casu absque vlla reuocatione hæredis sola constituentis morte pereat. Credo vt conciliaret *d. l. 1. §. 1 de precar* in illis verbis, *tamdiu te liberalitate mea vti quandiu ego velim*, cum *d. l. 4. locat.* Non animaduertens Vlpianum *eu d. l. 1.* non sic scribere vt dicat negatiuè, Non debere te mea liberalitate vti, nisi quandiu velim, & donec ego voluerim, sed affirmatiuè, Natura æquum esse tamdiu te liberalitate mea vti quandiu ego velim: Quæ oratio sicuti verissima est, ita nihil prorsus habet absurdi aut incommodi. Nisi quatenus ex ea inferre è contrario sensu quis velit, quod fieri posse supposuit Didacus, Non igitur natura æquum esse vt liberalitate mea vtaris, nisi donec ego velim. Et tamen quasi hoc præsentiens Vlpianus ac ne quis ita inferret, non contentus dixisse paulò ante, Interdictum de precario non competere nisi volenti reuocare precarium, subijcit statim, *& vt possim reuocare cùm mutauero voluntatem.* Ita significans natura æquum esse vt duret precarium, non quandiu duntaxat voluntas durat, sed quousque reuocatum sit: non tamen post reuocationem. Cæterùm si qua lex esset, quæ diceret Precarium simpliciter constitutum ita accipiendum esse, vt *quoad concedens vellet* constitutum intelligeretur, non aliam sanè interpretationem posset lex illa recipere, quam vt finita quoquomodo voluntate, quod per mortem contingit, precarium quoque finitum esse diceretur, Eandémque necessariò esset in sententiam Accursij quam refutauimus, indistinctè descendentis morte illius qui precario concessit, precarium finiri. Nec illa rursum subtilior aut verior nostrorum distinctio est, An precarium ab initio validum sit & perfectum, An verò conditionem eam habeat vt perseueret ad libitum & voluntatem concedentis, & donec ipse voluerit. Quam distinctionem idem Didacus refert & probat. *num. 1.* Nam hoc posteriore casu non minùs validum ab initio & perfectum precarium est quàm priore, Nec conditione vlla suspensum intelligi potest, sed eius finis tantùm collatus in finem voluntatis eius qui concessit, vt eo demum casu & tempore finiatur, quo voluntas ipsa finietur, ne alioqui precarium certo fine determinatum, vlterius contra sententiam & voluntatem concedentis porrigatur. Exemplo eius quod Papinianus in alia licèt specie scribit *in l. Imperator 8. in fin. D. de postul.* Illa igitur sola distinctio admittenda est, An precarium simpliciter constitutum sit, nulla neque voluntatis, neque reuocationis mentione facta. An verò ita vt constitutio & duratio expressim relata sit ad durationem voluntatis, priore casu id obtinet quod diximus, Necessariam esse reuocationem & mutationem voluntatis expressam ad finiendum precarium. Posteriore verò sufficit in eam rem sola mors concedentis. An verò etiam furor vel amentia? Minimè, ... enim modis voluntas non tam finitur quam ... ne mutari possit, ideóque potiùs confirmatur, quàm extinguitur *cap. maiores §. vlt. extr. de baptism. l. si is qui animo 27. D. de acquir poss l. nunquam 31. § si seruus D. de vsucap.* Nec tamen confirmatur irreuocabiliter, quia quandiu amens vel furiosus viuit potest fieri vt resipiscat, & voluntatem, vt ita dicam, recuperet, quàm per amentiam & furorem amisisse videbatur, Cùm tamen à morte ad vitam, id est à priuatione ad habitum non sit regressus, ne spe quidem. Obstare tamen videtur, quod Vlpianus hos casus furoris & mortis æquiparat, tùm quoque cùm tractat de precario *in l. certè 6 in princ. iunct. l. preced. ill. tit. De precar.* vbi ex Marcello scribit, Si is qui precario ad tempus certum rogauerat, præterita iam die iterum roget, propius quidem esse, vt soluta iam causa precarij non redintegretur, sed noua constituatur, quemadmodum Pomponius in præcedente lege scripserat, sed tamen si dominus interim furere cœperit, vel decesserit, fieri non posse vt precarium redintegretur. Nihil igitur distare Vlpianus aut Marcellus credidit an is qui precariò rem aliquam concesserat, furere cœperit, an decesserit. Et sanè ita est in ea specie quam Vlpianus eo loco tractat, id est cùm de redintegrando precario agitur, quod constitutum ad tempus, finito tempore finitum sit. Nam cùm redintegrari non possit sine noua voluntate, nec magis furiosi vel amentis quàm mortui voluntas vlla sit, adeò vt nec sentire intelligatur, quod hominis verè mortui proprium est, *l. si cibi 8. §. vnius hominis De opt. locat.* fieri certè nequit vt ab amente vel furioso non magis quam à mortuo redintegretur precarium quod semel quoquomodo finitum est. At si agatur non de redintegrando, sed de finiendo precario quod ex fine voluntatis finem accipere debeat, non eadem furiosi vel amentis quæ mortui ratio esse poterit. Furiosus enim est amens quandiu viuit voluntatem semper retinet, licèt vsum eius nullum habeat, quandiu furor vel amentia durat, habitus tamen si quando resipiscere eum contingat, quod tametsi in dubio euentu positum sit, spectari tamen potest. Ideireo superueniens furor non potest extinguere precarium. Non solùm quod ab initio sic constitutum est simpliciter vt reuocatione ac mutatione voluntatis opus sit ad illud finiendum, sed etiam si ponas ita constitutum, vt precariò res haberetur quoad vellet is qui dedisset, vt *in d. l. 4 D. locat.* quia non desinit velle qui fit amens vel furiosus: Quinimò tantò magis adhuc velle dicendus est, quod nondum potest nolle, cùm tamen fieri adhuc possit, vt vel nolit posteà vel expressim velit, Scilicet in casum resipiscentiæ, quorum neutrum de homine iam mortuo dici potest. Atqui, inquies, tractat Vlpianus *in d. l. certè*, de eo qui furere cœperit ante finitum precarium. Quis ergo locus relinquebatur quæstioni de redintegrando precario si ius tale est, quale diximus, vt constitutum necdum finitum ante furorem precarium, finiri posteà durante furore non possit. Respondeo tractare Vlpianum de precario ad certum tempus constituto, quod proinde finem accipere potuerit & debuerit à solo lapsu temporis, non etiam à fine voluntatis. Ob idque verissimum esse vtrumque quod Vlpianus ait, & finiri precarium huiusmodi, etiam durante furore. Et tamen non eo magis redintegrari posse, quia vt finiatur solo tempore nulla siue continuatio, siue mutatio voluntatis requiritur, quæ tamen omninò necessaria est vt finitum etiam solo tempore precarium redintegretur.

ERROR II.

De Precario ad certum tempus constituto.

MOuent nos quæ proximè diximus, vt de precario ad certum tempus constituto aliquid subijciamus. Est enim tractatus satis difficilis, nec ab Interpretibus nostris duntaxat, sed ab ipso etiam Triboniano, vt docebimus, malè acceptus. Sunt qui putent in eo maximè differre precarium à commodato, quod commodatum fiat ad certum vsum, & ad certum tempus, Precarium verò nec ad certum vsum, nec ad certum tempus, Indéque fieri vt ante tempus præstitum reuocari commodatum non possit, Precarium autem liberè, ac pro concedentis arbitrio possit. Quam sententiam primus Bartolus induxit ad *l. in commodato 17. § sicut autem D. commodat.* Apertissimè contra omnes illos iuris nostri locos qui tractant de precario ad certum tempus constituto, *l. in rebus 4. §. vlt. l. 5 & 6. in princ. l. quæsitum 8. §. penul. l. cum precario 12 in princ. D. de precar.* Etsi autem hanc Bartoli sententiam euidenter falsam Interpretes cæteri obseruarunt, inter quos Panorm. & Imol. *ad cap. vlt. De precar.* quos refert, & sequitur Didacus Couarruuias, *lib. 3. var. resolut. cap. 15. num. 7.* Nihilo tamen melius illi differentiam inter commodatum & precarium in eo constituunt, quod commodatum detur ad certum & determinatum vsum, qui quidem vsus expressè vel tacitè habeat certum tempus intra quod reuocari commodatum non possit. Precarium autem detur ad vsum indefinitum, & indeterminatum, ita quidem vt licèt detur ad certum vsum, is tamen indeterminatus & incertus censeatur ex eo, quod nec tacitè nec expressim habeat tempus certum. Verba sunt Didaci loco suprad[i]cto. Ex *l. 2. C. de commod. & ex d. §. sicut cum ibi notat.* Nam quod ad commodatum pertinet, equidem verum esse fieri id debere, vel ad certum vsum & determinatum, qui vel expressè vel tacitè certum tempus admixtum habeat, vel ad certum tempus expressum. Sed non, vt isti putant, ad certum & determinatum vsum. Quid enim vetat me tibi commodare equum, ad certum vsque tempus, nullo tamen certo vsu præscripto? An eo minus erit commodatum quod non adiecerim, commodarum tibi à me equum vt Romam ires? Imò perinde commodatum erit, ac si hæc ipsum expressissem in commodato vt Romam ires, nullo adiecto tempore. Sicut enim sufficit inesse commodato certum vsum, ex quo possit colligi certum tempus quod eidem commodato inesse debeat, quemadmodum euenit cùm quis certo loco soluturum se promisit, nec tempus vllum adiecit, *l. continuus 137. §. cùm ita Titio erbor. oblig. l. 2. §. 1. D. de eo quod cert. loc.* Ita & sufficit expressum esse in commodato certum tempus etiam nullo vsu expresso, vt tantò laxiorem habeat commodatarius potestatem vtendi re commodata. Est namque hoc genus commodati multò vtilius commodatario, qui etiam postquàm re commodata ad aliquid vsus est, eam tamen adhuc retinere potest, & ad alios vsus quandiu tempora commodato præstituta largiuntur. Cùm è contrario si ad certum & determinatum vsum accepisset commodatam, nullo præfixo tempore, cogendus esset statim finito vsu rem restituere, nec ad alios vsus commodatum retinere posset, quin hoc ipso furtum fecisse diceretur, *l. qui iumenta 40. D. de furt. §. furtum autem Inst. de obl. quæ ex delict. nascunt.* Quomodo euenit & in eo qui sine causa, sine præter domini voluntatem vtitur re deposita, vel oppignerata, *leg. 3. Cod. depos. leg. si pignore 54. D. de furt.* Quod verò ad precarium spectat, Non possum videre vnde nostri colligant non posse illud fieri ad certum vsum & determinatum. Nam si me precario rogaueris vt per fundum meum ire vel agere tibi liceat velut in tectum, vel in aream ædium mearum stillicidium vel tignum in parietem immissum habeas, An non certus & determinatus vsus est precarij? Et tamen valere precarium huiusmodi scriptum est in *l. 3. D. de precar.* Quemadmodum valeret etiam haud dubiè si precario daretur tibi equum vt Romam ires, Alioqui quid diceraus, An commodatum hoc esse quod vterque nostrûm voluit esse precarium? An potius nihil actum esse, vt impediatur mea liberalitas ob hoc solum quod ad nutum meum sit reuocabilis, quamuis fieri potuerit, vt non nisi post longum tempus à me reuocaretur. Atqui stultum esset hoc dicere. Non enim liberalitatem ab initio inutilem facere illud debet quod aliquo casu possit ex euentu esse inutilis, si modò casum aliquem vtilem habere possit, *l. hæres 21. § penult. D. de fideicomm. leg. Stichus 39. in fin. D. de manumiss. testam.* Nec eo minùs tamen liberum mihi esset precarium hoc quandocunque reuocare, prius etiam quam iter confecisses. Et quidem citra fraudem & iniuriam, cùm tu ea lege precarium non modò accepisses, verùm etiam rogasses à me, qui non aliter sim concessurus. In quo non possum satere quin eos reprehendam, qui cùm fateantur precarij naturam & conditionem illam esse vt liberè reuocari quandocunque possit nolunt tamen eam reuocationem posse tam citò & ita promptè fieri vt profusionem vsu & commodo priuet illum cui precarium concessum, imò potiùs damno etiam afficiat, Quasi obstare hoc casu debeat exceptio doli aduersus reuocantem, quòd ea concessio, vtcunque, beneficium sit, quæ iuuari accipientem non decipi oporteat, *dict. leg. in commodato §. sicut D. commod.* Ex quo inferunt, Inesse omni precario spatium aliquod vtendi re precario concessa, eámque reddendi arbitrio iudicis, qui non nisi ex iusta causa statim eam reuocationem permissam esse censere debeat, vt post Panormitanum, Alex. Purpur. Curt. iunior. & alios tractat Didacus, *dict. cap. 15. num. 6.* Sanè quàm improbabiliter. Etsi enim vtrunque verum est, & precarium esse beneficium cùm ad causam donationis proximè accedat, *leg. interdictum 14. D. de precar.* Et beneficio iuuari eum qui accipit, non decipi oportere *dict. §. sicut*, Non tamen de eius dici potest qui ea lege beneficium rogauit ab eo, à quo non aliter fuerat impetraturus. Quotus enim quisque est, qui precario rogare velit eam rem quam ex commodato si mallet habere posset? Itaque à seipso potiùs quàm ab alio decipitur, qui precario rogat rem quam suspicari possit, aut debeat protinùs repetiturum eum, qui concessit, Proinde non tam de concedente quàm de seipso queri debet, *argum. leg. nam si actor 26. D. de rei vindicat.* quia hoc euenire posse debuit prospicere, *leg. si quis domum 9. §. vnde quæritur, D. locat.* Vt nec ferè alio vllo casu potest is qui rem accepit ex liberalitate dicere se deceptum à donante, *leg. ad res donatas 61. de ædilit. edict.* Nisi cùm donator alienam rem sciens suam dolo malo donauit, *leg. 1. Cod. de iur. dot.* Aut initio aliter fraudis consilio, vt *in dict. leg. ad res donatas in fin.* Estque id multò tolerabilius in persona accipientis cui potest aliquid imputari, quàm si ea fieret iniuria concedenti, vt inuito eo rem posset retinere is qui accepisset. Nihil enim est quod possis imputare concedenti Ne hoc quidem cur roganti concesserit cùm [...] respondere, se quidem concessisse, sed precario, vt accipiens intelligeret saluam manere concedenti, & liberam

liberam reuocandi pro arbitrio quandocunque precarij facultatem. Hoc enim est quod ait Vlp. *in l. 2. §. 1 D de precar.* Natura æquum esse vt & tu liberalitate mea vtaris quandiu velim, & vt possim reuocare cum mutauero voluntatem. Itémque quod scriptum est *in d. l. cum precario 12. eod.* Nullam esse vim huius conuentionis vt rem alienam inuito domino liceat possidere. Longéque alia ratio est commodati propter mutuas præstationes quæ ex eo nascuntur, & quæ faciunt vt quod ab initio fuit meræ liberalitatis transeat in necessitatem obligationis, *d. §. sicut.* Cùm tamen precarium etiam posteà quam simpliciter constitutum est pendeat ex nuda continuaque liberalitate concedentis, *d. l. 2. § 1 l. quæsitum 8. §. cum quoque. De precar.* Nec simile est quod adducit Didacus ex Bartolo *ad l si pœnam. De verb. obl.* Mutuum alicui præstitum nullo definito tempore reddendi non posse statim peti, sed tantum post tempus aliquod arbitrio boni viri æstimandum. In mutuo enim ita ius est, non tantùm quia mutuum contractus est, sicut & commodatum, non item precarium, Sed etiam quia cùm mutuum ex eo dictum sit quod de meo fiat tuum, *l. 2. §. appellata, D. de reb. cred.* certum esset non alienatos dici posse nummos qui sic darentur, vt statim reciperentur, *l. qui sic soluit 55. de solut.* Quòd si tum quoque alienati censerentur, hoc ipso cessaret in iis ratio quæ liberam concedenti relinquit precarij reuocandi facultatem, Nimirùm quod æquum non sit te vti mea liberalitate postquàm reuocauero eam, & mutauero voluntatem. Qui enim mutuam pecuniam retinet etiam eo tempore quo eam reddere iam debeat, non alienam, sed suam retinet, ideóque nullam domino facit iniuriam, cùm dominus ipse sit. Iam verò quod iidem Interpretes nostri volunt, Precarium non alia de causa liberè posse reuocari, quam quia licet detur ad certum vsum, is tamen vsus indeterminatus & incertus censeatur ex eo quod nec tacitè nec expressim habeat tempus certum, Ego planè cuiusmodi sit, aut quam rationem habeat non possum intelligere. Nam præter id quod nihil vetat, vt iam diximus, dare me tibi precario æquum vt Romam eas. Largiamur Interpretibus quòd volunt, ita constitui precarium non posse, Dummodo vicissim illi nobis hoc donent, vt ex hypothesi & suppositione fingamus saltem id fieri posse, quomodo etiam à Philosophis inter disputandum finguntur passim impossibilia & supponuntur. Quæro an eo casu futurum sit vt ob certum illud tempus quod inerit precario constituto ad certum & determinatum vsum, reuocari precarium non possit. Si admittent, quod admittendum necessario est, non eo minus mansurum reuocabile, Fateantur ergo necesse est bonam non esse rationem illam, propter quam volunt precarium liberè posse reuocari quod nullum tempus certum expressè vel tacitè adnexum habeat ex certo & determinato vsu, quomodo habet commodatum. Sin negabunt, Quæro ab iis cur maiorem vim esse velint taciti illius temporis quod ponimus inesse precario, quàm eius quod expressim adjectum proponeretur? Iam enim euicimus vel ex ipsorum confessione, tótque legibus suprà citatis, Posse precarium constitui ad certum tempus, nec ob id tamen prohiberi eum qui concessit quominùs reuocet pro arbitrio etiam priùs quàm præterierit tempus. Non nego plerunque contingere vt par sit vis taciti & expressi, sed vt maior esse debeat, non puto dici, aut admitti posse. Cùm igitur pro certo habeamus adjectionem certi temporis non impedire quominùs precarium etiam intra illud tempus sit reuocabile. Quid, obsecro, attinet quærere, An vsus ille certus & determinatus ad quem constitutum est precarium habeat tacitè vel expressim tempus aliquod certum, an non habeat? Aut quomodo potest ex tacito illo tempore sumi ratio quæ faciat vt precarium quodlibet sit reuocabile pro arbitrio concedentis? Dicendum igitur est totam differentiam quanta est inter commodatum & precarium ex eo proficisci quod commodatum contractus est, & quidem vltro citróque obligatorius *d. § sicut.* Precarium verò nihil nisi liberalitas est, propiúsque accedit ad donationis quàm ad negotij contracti causam, *d. l. interdictum 14. D. de precar.* Inde namque fit, vt commodatum non nisi certa lege certóque tempore reuocari possit, Scilicet impediente reuocationem obligatione quæ ex commodantis parte contracta est non minus quàm ex parte commodatarij. Precarium autem pro concedentis arbitrio reuocari possit, siue simpliciter factum sit, siue ad tempus aut certum, aut incertum, quia is qui precario concedit, nullatenus obligatur. Esset verò alicuius obligationis in necessarium antecedens præuiæ effectus ille, vt precarij reuocatio ante certum tempus impediretur. Quod cùm ita sit illud tantùm explicandum superest quod nemo explicat, Quid ergo prosit adjici precario certum tempus si non potest facere adjectio temporis, quin possit precarium etiam prius quàm tempus illud præterierit pro concedentis arbitrio reuocari? Alterutrum enim necessariò admittendum esse videtur, vt vel inutilis sit adjectio illa temporis quod tamen dici certè non potest, Vel effectum illum habere debeat, vt ante tempus illud elapsum impediat precarij reuocationem Sed respondendum est quod ex iis quæ iam diximus satis intelligitur, Non impediri precarij reuocationem huiusmodi adjectione temporis, quia non in fauorem accipientis sed in gratiam solius concedentis adiectum intelligitur, Nimirum vt eo saltem tempore finiatur ipso iure ipsóque facto precarium, ita vt nulla sit opus reuocatione ac voluntatis mutatione quæ alioqui esset omnino necessaria, Non etiam vt prohibeatur is qui concessit, reuocare si malit eo modo finiri precarium quam expectato tempore quo alioqui finiretur citra reuocationem. Nam cùm is qui precariò dedit nullomodo ex sua concessione & liberalitate obligetur, non potest adjectio temporis ei nocere, sed prodesse potiùs, vt ab initio is qui rogat, intelligat ita constitui precarium, vt ad illud finiendum non sit futura necessaria reuocatio, Si non ante tempus illud reuocare concedens volet, Vtque præuideat futurum vt elapso eo tempore noua indigeat concessione ad redintegrandum precarium si non ante præteritum tempus fuerit prorogatum, *d. l. 4. §. vltim. & l. 5. D. de precar.* In commodato diuersa sunt omnia. Nam tempus quod in eo adjicitur, etsi ipsius quoque commodantis gratia adjectum videri debet, vt post tempus illud possit agere commodati ad vrgendam rei commodatæ restitutionem, Attamen commodatarij quoque causa proculdubio adjicitur, ne interim vrgeri & inquietari possit, quia ex commodato, cùm sit contractus, vltro citróque obligatorius, vt diximus, præstationes & obligationes mutuæ nascuntur, non item ex precario. Inde est quod si is qui rem aliquam ad certum tempus precario concesserat, ante tempus illud furere cœperit, perinde tamen finitur precarium tempore, nec furor in eam rem impedimento est, qui tamen impedit ne aliter finiri precarium possit, hoc est per reuocationem & mutationem expressam voluntatis. Quomodo impedit etiam ne finitum tempore precarium postea durante furore redintegretur, *d. l. certè 6 in princ. eod. tit.*

ERROR III.

De sententia l. cùm precario 12. D. de precar.

His tamen quæ modò diximus, valdè obstare videtur, quod scriptum legimus ex Celso, *in d. l. cum precario 12 in princ. D. de precar.* Cùm precariò aliquid datur si conuenerit, vt in Calendas Iulias precario possideat, & quæritur an exceptione adiuuandus sit ne antè possessio ei auferatur, Nullam esse vim huius conuentionis, vt rem alienam inuito domino possidere liceat. Quid enim scribi apertiùs potuit, vt intelligeremus Precario ad certum tempus constituto non aliam esse potestatem huius conuentionis, quàm vti ne ante illud tempus possit reuocari precarium, ob idque nullius momenti esse talem conuentionem. Atqui nos vtrumque negamus qui defendimus & valere huiusmodi conuentionem, & ea subsistente nihilominùs manere precarium reuocabile, quòd solius concedentis non etiam rogantis, & accipientis gratia tempus precario adiectum intelligatur. Nec sanè dissimulo quin locus ille Celsi semper mihi suspectus visus sit, siue verba textus perpendamus, siue loquendi formulam, siue denique sententiam & rationem sententiæ ea formula expressæ. Nam quod ad verba pertinet, illud omninò incócinnum est, quod textus loquitur in tertia persona de eo qui precario possideat, & an exceptione adiuuandus sit, cùm tamen in præcedentibus nihil sit quod ad tertiam magis quam ad primam, aut ad secundam personam referri possit, Quamquam hoc parum est. Si enim aliud nihil vrgeret, dicerem, quod certè dicendum arbitror subesse mendum in primis illis verbis *cum precario aliquid datur*, legendúmque esse *cùm precariò alicui quid datur.* Nato errore ex eo quod librarij Florentini mos est scribere, *Qui*, aut *Quoi* pro *cui*, & similiter *aliQui*, aut *aliQuoi* pro *alicui*; itémque semel tantùm scribere & explanare literas quæ sunt repetendæ, siue ad eandem dictionem pertineant, siue ad subsequentem: Quomodo in proposito *aliQui Datur* scribi potuit pro eo quod pluribus literis explanatis poterat in hunc modum *alicui quid datur*, Quo admisso conueniunt optimè quæ sequuntur in tertia persona eius qui accepit precario, *si conuenit vt in Calendas Iulias precario possideat*, Ille scilicet cui aliquid precario datum fuisse diximus: Deinde quod additur *nunquid exceptione adiuuandus est*, Et rursum *ne antè possessio ei auferatur.* Sed magis me turbat, quod post propositam speciem illam de precario in Calendas Iulias dato, quæstionem ita conceptam video, Nunquid exceptione si adiuuandus is qui precario rem accepit, ne possessio ei priùs auferatur quàm Calendæ Iuliæ & venerint & præterierint. Quæstio enim hæc supponit pro vero quod falsissimum est, Cùm precario tempus aliquod certum adijcitur, fieri adjectionem illam in fauorem accipientis, quæ tamen, vt probauimus in præcedentibus, fit in gratiam solius concedentis, Nam si ponas Celsum non ignorasse quod prudentes cæteri omnes scribunt, nullam ex precarij concessione obligationem nasci aduersùs concedentem, ideóque non quemadmodum in commodato, ita & in precario intelligi posse adjectum tempus fauore accipientis, Quænam obsecro dubitandi causa esse poterat pro eo, qui rem precario in certum vsque tempus accepisset. An exceptione pacti & temporis adiuuandus esset, ne precarium interim reuocari posset? Inauditum siquidem est vt propter temporis adiectionem detur pacti exceptio alij, quàm ei cuius gratia tempus adjectum fuit: Quod vnum semper inspicere prudentes solent quoties disputant de adjecti certi temporis potestate ac interpretatione, Vt in *l. 3. in §. cum Polidius, D. de v. ur. leg. si ita relictum 43. § Pegasus de legat. 2. leg. stipulatio ista 38. §. inter incertam D. de verbor. oblig. leg. quod certa die 70 D. de solut. leg. Iauolenus 15. alias leg. cum qui De ann. leg.* Et rursus, Pacti exceptio præsupponit aliquam obligationem præcedentem quæ per adjectionem temporis ipso iure finiri non potuerit, *leg. obligationem ferè 44. §. placet D. de obligat. & act.* Iam autem diximus id, de quo nemo dubitat, obligationem nullam ex precario nasci ex parte concedentis, Addebam aliquando rationem aliam ex eo sumptam, quòd cùm inspecto iure vetere interdicta non per formulas & actiones, sed cognitione prætoria expedirentur, Prætore ipso interdicente, & de iure possessionis inter litigatores cognoscente, Inconueniens videbatur tractare de exceptione aliqua aduersùs interdictum danda, siquidem exceptionum vsus præcipuus erat in formulis ad eligendam actionem si conditio quæ nihil aliud erat, quàm exceptio posita in formula, ex facto probaretur. Verùm ne ratio hæc mihi nunc probari possit, illud facit quod video interdicta omnia si effectum rei magis quam experiendi ritum & formam inspicias, proximè accedere ad actiones, Adeò vt etiam actionis nomine generaliùs sumpto contineantur *l. actionis 37. eod. tit. de oblig. & act.* Quidni ergo etiam aduersùs eum qui Interdicto experitur locus erit exceptioni si quæ sit quæ ex æquitate competere debeat. Non quidem vt concedatur per viam formulæ, sed vt apud cognitionem Prætoris prosit excipienti ad impediendam vim & potestatem interdicti. Vt in *leg. 3. §. sed si permiserit, & seq. l. si alius 7. §. bellissimè & §. est & alia exceptio, D. quod vi aut clam.* Differentia tantùm in eo est, ni fallor, inter exceptiones quæ aduersùs actionem, & eas quæ contra interdictum objiciuntur, quod contra interdictum opponuntur tantum ab eo qui conuenitur, Nec dicuntur poni quomodo illæ quæ contra actiones proponuntur, quæ scilicet ponuntur à Prætore in formula dictandæ actionis, Vnde est quod iuris Authores ita sæpè loquuntur, non solùm vt dicant oppositam esse doli exceptionem, sed vt dicant positam esse, *vt in l. sed si ante 30. D. de rei vindic.* vbi latiùs hoc explicauimus in Rationalibus. Cùm enim nullus in exercendis interdictis formularum vsus sit, vtique nihil est in quo possit Prætor exceptionem ponere, Sed tamen sicut ipse de facto & iure possessionis cognoscit, ita & oppositam ab eo qui conuenitur exceptionem admittit, si talem esse videat, quam ex æquitate admittendam putet, Neque tantùm hoc nomine inter se differunt istæ exceptiones, sed etiam effectu ipso & potestate. Siquidem exceptiones quæ actionibus objiciuntur non eum habent effectum vt actio quæ per exceptionem eliditur, nunquam competiisse existimetur: Quinimò supponit exceptio competentem actionem cùm nihil aliud sit quàm actionis exclusio, *l. 2. D. de except.* Actionis nimirum competentis. Quæ enim nullomodo competit, ea excludi nullomodo potest, Cùm non entis neque potentiæ vllæ sint, neque qualitates. Longéque aliud est si quis agat sine actione quod iuris ratio non patitur, *l. si pupill. 6. § vlt. De negot. gest. l. quoties 9 §. & generaliter, D. de admin. tut.* Aliud verò si quis ab actione proposita & competente summoueatur per exceptionem. Primo enim casu vincit reus per non ius actoris licet nihil ipse præstiterit, vt *in l. 4. C. de edend. l. vlt. C. de rei vind.* Posteriore verò vincit reus iure suo & proprio qui condemnandus fuisset si exceptionem nullam habuisset, *l. qui liberis 11. §. testamentis in fin D. de bonor. possess. 2. Tabul.* Quamuis inspecto

commodo

commodo & emolumento parum interfit an quis nullam actionem ipso iure habeat, an verò eam habeat, quæ per exceptionem elidi possit, vt habet iuris regula, de qua *in l. nihil interest 112. de reg. iur.* Hoc enim casu actio quamuis competens fit inutilis propter exceptionem, Sicut & aliquando propter debitoris etiam condemnati aut condemnandi egestatem, *l. nam si nullam 6. D. de dolo.* At exceptiones quæ contra interdictum opponuntur quoties tam iustæ sunt, vt admitti debeant, vim & potestatem illam habent, vt faciant ne interdicto locus vllus esse videatur. Quasi contra sensum & mentem Prætoris atque edicti perpetui futurum illud esset, vt in ea specie quæ talem exceptionem admittit, interdictum exerceretur. Quemadmodum enim solemus dicere cùm de actionum formulis ex vetere iudiciorum ritu disputamus, Doli exceptiones inesse ipso iure bonæ fidei iudiciis propter verba illa, quæ addi solebant in formula, *ex bona fide* tametsi nullam exceptionem Prætor in formula posuisset, Nempe quòd sufficeret factam à Prætore potestatem iudici cognoscendi & pronunciandi ex bono & æquo, Ita & in causa interdictorum de quibus Prætor solus cognoscit, & pronunciat, nihil aliud inquirere Prætorem aut pronunciare oportet, nisi an locus sit interdicto necne: Quod ipsum æstimat ille vt debet ex iis quæ à litigatoribus in vtramque partem disputantur, nec minùs ex iis quæ ab eo qui conuenitur, quàm ex iis quæ ab actore afferuntur, si actor ille propriè dici potest qui interdicto experitur. Quid enim esset stultius quàm interdictum dare actori quem subinde ob exceptionem ab aduersario oppositam debeat Prætor repellere? Quod in actionibus & formulis diuersum est, in quibus alius est qui dat actionem & formulam, is est Prætor, Alius verò qui actorem summouent & repellit, Is est iudex datus. Ex his porrò differentiis rursum moueor, vt Triboniani manum & inscitiam mihi videar agnoscere *in d. l. cum precario* in illis verbis, *nunquid exceptione adiuuandus est.* A quo enim adiuuari posset nisi à Prætore hic qui precario tem acceperit? Quomodo autem iuuabit eum prætor nisi data ei exceptione. Sic enim dicimus iis exceptionibus quæ aduersus actiones opponuntur adiuuari per eas reum vt actio elidatur ex qua reus alioquin condemnaretur. Atqui diximus exceptiones aduersus interdicta non dari à Prætore sed admitti: Non igitur Celsi potest esse quod scriptum est *in dict. l. cum precario*, Exceptione adiuuandum esse eum qui precariò accepit: Proinde ascribendum necessariò est Triboniano. vt & alia quæ scripta sunt *in dict. l. 7. §. bellissimè, & §. seq. quod vi aut clam*, quemadmodum sequenti capite docebimus. Sed & Triboniani manum illud prodit, quod vt opinioni suæ viam patefaciat proponit quæstionem per interrogationem, Et quidem per dictionem *nunquid*, quæ loquendi formula familiarior certè est Triboniano quàm prudentibus. Sed eiusdem inscitiam illud omnium apertissimè detegit quod ad propositam quæstionem respondet his verbis, *sed nulla vis est huius conuentionis vt rem alienam inuito domino possidere liceat.* Primùm enim falsum illud est non valere conuentionem de qua in dicta lege quæritur, Vt in Calendas Iulias res concessa precariò possideatur, Valet siquidem, vt probant supradicti omnes iuris loci qui volunt precarium ad certum tempus concedi posse. Deinde falsum etiam est huius conuentionis eam esse vim vt qui precario rem accepit in certum vsque tempus possit illam inuito domino possidere & etiam retinere quoque vsque tempus illud præterierit. Tantùm enim abest, vt ea conuentio fiat fauore accipientis, vt è contrario non respiciat nisi fauorem concedentis: Vt intelligat is qui precario rogat non nisi ad illud vsque tempus precarium duraturum, & posteà fore vt noua indigeat, siue expressa, siue tacita concedentis voluntate, vt precarium vel prorogetur vel redintegretur, *l. 4. §. vlt. l. 5. & 6. in princ. eod. tit.* Debuerat igitur quisquis ille fuit qui supradicta verba adscripsit, ita scribere potiùs, *sed non illa vis est*, non quomodo scriptum legimus, *sed nulla vis est*, atque ita legendum ibi esse arbitramur. Nam etiamsi maximè verum hoc esset nullam esse vim huius conuentionis per quam fiat vt possit quis inuito domino rem aliquam retinere, Non ideò tamen consequens esset, minimè valere conuentionem per quam res aliqua in certum vsque tempus precariò concessa esset, Quippe quæ longè aliam haberet interpretationem. Eam nimirum, quam proximè diximus. Quid? quod nec verba illa rectum sensum habent, *vt rem alienam inuito domino possidere liceat.* Nam cùm tractemus de precario, nec necesse sit dominum eum esse qui precario concedit, debuerat siue Celsus, siue Tribonianus scribere *inuito concedente*, non autem *inuita domino*. Certum enim est posse concedi precarium etiam à non domino, dum ne ipsi domino concedatur, *l. sed & si eam rem 7. l. vlt. in fin. princip. D. eod.* quod & Accursius noster benè vidit, sed quod habent legis verba de domino, intelligit ille valde impropriè de concedente quolibet etiam qui dominus non sit: Qua tamen loquendi formula adeò impropria visum fuisse Celsum tam incredibile est, quàm illud probabile visum ea esse Tribonianum. Denique nec illud simpliciter verum est nullam esse vim huius conuentionis vt rem alienam inuito domino possidere liceat. Nam in commodato quod omnium simillimum est precario, Io eo præsertim quod qui rem commodat non in hoc commodat vt eam faciat accipientis, sed tantùm vt ei re commodata vti permittat, *l. 1. §. vlt. eod tit.* idipsum tamen euenit, vt inuito domino si dominus commodator fuit, rem commodatam retineat commodatarius in id vsque tempus, quod reddendo commodato fuerat præstitutum, *l. in commodato 17. §. sicut, D. commod.* Nempe quia commodati obligatio ea lege contracta est, Nec priùs furtum facere intelligitur commodatarius, licèt rem commodatam inuito domino contrectet ac retineat, quàm commodatum vel tempore vel vsu finitum sit. Sicuti è contrario si post tempus illud rem commodatam retineat, furtum facit, non solùm si dominus aut aliue quisquis ille est qui commodauit expressim contradicat, sed etiamsi taceat dum ne noua ipsius voluntas interueniat, *§. furtum autem fit Inst. de obligat. quæ ex delict. nascunt. l. qui iumenta 40. D. de furt.* Adeò vt si ex ea causa condemnari se patiatur fiat infamis, tanquam si ex alterius cuiuslibet furti causa fuisset condemnatus, quia in iudicio directo commodati agitur de perfidia & fide rupta. In quo differunt iudicia directa à contrariis, *l. furti 6. §. vltim. De his qui notant. infam. iunct. l. ei apud quem 5. D. depos. l. qui depositum 10. C. eod.* Quod addere libuit vt refellerem quod sentit Didacus, *d. c. 15. lib. 3. var. resol. ad fin. post* Ioann. Fabium ad *l. 1. C. de pignor. act.* non committi furtum à commodatario, vel depositario, vel creditore etiamsi re commodata vel deposita, vel pignorata vtatur aliter quàm ex conuentione vti debuit, dum ne ex eo vsu res deterior fiat, & dummodò ad eum vsum res applicata sit, cui propriè res ipsa destinatur, & ad quem dominus his rebus vti solebat, Quasi cedendum sit istis concurrentibus dominum permissurum fuisse. Pugnat enim hæc sententia euidenter cum supradictis legibus, Ex quibus apparet ideò furtum hoc casu admitti, & ex furti condemnatione infamiam sequi, non quod agatur de damno dato,

sed quod de fide rupta, & de perfidia: quam hac pœna coërceri non modò rigori iuris, sed etiam æquitati omninò consentaneum est. Illud verò non tantùm audaciùs, sed etiam longè improbabilius est, quod addit Didacus, Etiam illo casu quo credendus non sit dominus fuisse permissurus, adhuc mitius agendum esse, ita tamen vt dominus indemnis seruetur, Non quòd hoc casu furtum factum esse negari possit, Sed quia, inquit, furtum hoc non omninò inhonestum sit, nec computari debeat inter ea furta quæ legibus & reipublicæ instituta praua & perniciosa censentur, Ex quo etiam infert, eum qui ex hac causa condemnatus sit non solùm per sententiam iudicis ab infamia liberandum esse, Sed etsi à iudice id omissum sit, sententiam tamen, quod certè magis mirum est, sic accipi debere vt minimè habeatur infamis qui per eam hac ratione furti condemnatus fuerit. Quæ tamen omnia scribit ille quemadmodum non modò sine lege, verùm etiam contra leges, ita & sine ratione quamuis affectat authoritatem Philippi Cornei, *cons. 174. lib. 3. vers. & potissimè.* Nam si furta cætera quæ illa grauia & reipublicæ perniciosa vocat ex sola rei alienæ contrectatione quæ inuito domino facta sit æstimantur, Et inuitus dicitur non qui expressi dissenserit, sed qui non consenserit, Quantò grauius illud est quod præter contrectationem habet admixtam quoque perfidiam? Illud sane omninò requiritur vt commodatarius vel depositarius intelligat se non ex voluntate domini ea re vti: Alioqui si putet dominum consensurum non potest videri furtum facere qui affectum & animum furandi non habet, *l. inter omnes 46. §. rectè, D. de furt. §. placuit Inst. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Sed ea opinio siue vera, siue falsa sit probanda necessariò est, vt credi possit non habuisse animum furandi eum qui accepto commodato ad certum tempus vel ad certum vsum, hoc ipso scire potuit & debuit finito illo vsu vel tempore finitum quoque fuisse commodatum, Siquidem omnia quæ ad certum tempus vel vsum limitatum concessa sunt post tempus illud, cùmve vsum prohibita censentur, *l. Imperator 8. in fin. D. de his qui not. infam. l. Thais 41. §. intra tertia tempora, D. de fideicomm. liber.* Cùm verò Didacus de illo etiam loquatur qui nulla opinione motus rem sibi commodatam vel apud se depositam retinuit, eaque vsus est, quamuis sciret dominum non fuisse permissurum, apparet hanc Didaci sententiam defendi nullomodo posse: neque distinctionem illam, Vtrùm ex eo vsu commodatarij res facta sit deterior necne, Cùm etiamsi res furtiua facta esset pretiosior penes furem, non eo magis tamen fur liberaretur, Sicuti nec vsufructuario permittitur vt rei cuius vsumfructum habet speciem immutet, tametsi rem faciat pretiosiorem, *l. quamuis 8. iunct. §. vlt. l. præced. D. de vsufruct.* Frustra enim est quærere an res pretiosior, vel melior, an deterior aut vilior facta sit, nisi in iis actionibus quæ ob damnum datum eduntur, & in quibus de indemnitate tantùm præstanda quæritur non de crimine vindicando, aut de re ipsa repetenda. Ex quibus intelligimus, Eandem hac parte rationem esse precarij & commodati, Hactenus scilicet, vt qui re precaria in certum vsque tempus concessa post tempus illud vtitur, perinde furtum facere dicendus sit atque is qui post tempus vtitur re commodata: Diuersam tamen & dissimilem in eo quod commodatarius non prius furtum facere potest quàm tempus præterierit in quod accepit commodatum, quia nec priùs reuocari commodatum potest. At is qui precariò in incertum tempus rogauit, potest etiam ante illud tempus furtum facere, Nimirum si ante tempus interueniat precarij reuocatio quæ temporis illius adjectione, vt diximus, non impeditur. At è contrario melior in eo est conditio precarij nullo tempore limitati quàm commodati, quod is qui precario rogauit quantocunque tempore rem retineat, nunquam facit furtum, quovsque precarium expressim reuocatum sit, & reuocationem factam esse ipse sciuerit.

ERROR IV.

De exceptionibus quæ dantur aduersus interdictum, Quod vi aut clam. Ad legem tertiam paragrapho sed si permiserit, lege prima, paragrapho denique lege si alius septima, paragrapho bellissimè, Digest. quod vi aut clam.

COgimur interserere hunc tractatum vt diluamus objectionem, quam aduersus ea quæ proximo capite scripsimus, mouere quis possit, ex *d. l. si alius 7. §. bellissimè & sequent. l. 1. §. denique, l. vlt. §. si ad ianuam, D. quod vi aut clam.* In quibus locis apertè mentio fit exceptionis non tantùm objiciendæ, sed etiam dandæ aduersus eum qui interdicto illo vtitur, Cùm tamen diximus exceptiones quæ aduersus interdicta proponuntur objici tantùm à litigatore qui conuenitur, sed à Prætore admitti veriùs quam dari. Tractat Vlpianus ex Iuliano *in d. §. bellissimè*, An agenti interdicto Quod vi aut clam, noceat exceptio, *Quod non tu vi aut clam feceris*, Et addit, Vt puta, Vtor aduersus te interdicto, Quod vi aut clam, An possis objicere mihi eandem exceptionem *Quod non tu vi aut clam fecisti.* Mox subjicit, Et ait Iulianus æquissimum esse hanc exceptionem dare. Nam si tu inquit Iulianus, ædificaueris vi aut clam, & ego idem demolitus fuero vi aut clam, & vtaris aduersùs me interdicto hanc exceptionem profutura, *Quod non aliter procedere debet, nisi ex magna & satis necessaria causa, Alioquin hæc omnia officio iudicis celebrari oportet.* Hîc ego multa video, quæ mihi sunt suspecta. Primùm illud, quod post propositam ex Iuliano quæstionem, & quidem tam apertis verbis vt nihil potuerit scribi apertiùs, An agenti interdicto Quod vi aut clam noceat exceptio hæc, *Quod non tu vi clam feceris.* Subiungit quasi exemplum valde necessarium & ad rem magis elucidandam accommodatum: *Vt puta, Vtor aduersus te interdicto, quod vi aut clam, An possis objicere mihi eandem exceptionem Quod non tu vi aut clã feceris.* Hic verò quid obsecro est apertius aut clarius aut specialius, quàm in proposita quæstione? Aut quid diuersum si sententiam potiùs quàm literarum & syllabarum figuram inspicias? Nihil penitus, Nisi quod in quæstione scriptum erat *hac exceptio*, Longè melius quam in responsione *eandem exceptionem.* Scribendum enim fuerat *eam* non *eandem* ex latini sermonis ratione. Deinde quod sequitur, *Et ait Iulianus æquissimum esse hanc exceptionem dare*, nihil minùs quàm Iuliani est. Iulianum enim non de danda exceptione locutum fuisse, sed ita potiùs vt hoc tantùm dixerit exceptionem hanc profuturam, apparet ex iis ipsis verbis, quasi apud Vlp. sequútur. Subjicit enim eadem illa verba quibus fuerat vsus Iulian. cùm ait, *Nam si tu, inquit Iulian. ædificaueris vi aut clam, & ego idem demolitus fuero vi aut clam, & vtaris aduersus me interdicto hanc exceptionem profuturam.* Atqui longè aliud est dicere, Exceptionem hanc dari, Aliud verò, quomodo Iulianus scripsit, exceptionem hanc profuturam. Datur enim ea demum quæ datur à Prætore: Prodest verò etiam illa quæ a colligatore objicitur, licèt non detur à Prætore

tore, sed tantùm admittatur: nec dissimili formula loquendi vsus est Venuleius tractans eandem quæstionem *in l.vlt.§ si ad ianuam eod. tit.* vbi ait, Si ad ianoam meam tabulas fixeris, & ego eas priusquàm tibi denunciarem refixero, deinde inuicem interdicto, Quod vi aut clam egerimus, nisi remittas mihi vt absoluar condemnandum te, quasi rem non restituas, quanti mea interfit, aut exceptionem mihi profuturam, *si non vi nec clam, nec precariò feceris*, Vbi nullum verbum vt apparet de danda exceptione, sed tantùm de profutura. Quamquam respondere etiam posset, Aliud si quis dicat æquissimum esse hanc exceptionem dare, quomodo Florentiæ scriptum est *in d. §. bellissimè.* Aliud verò si quis dicat æquissimum esse hanc exceptionem dari. Posterioris enim huius formulæ sensus non alius esse potest, quàm vt hæc exceptio detur à Prætore, quod nos fieri debere negamus: Prioris verò is esse potest, vt æquissimum sit dare hoc, & concedere illi, qui conuenitur interdicto, vt possit vti hac exceptione, eámque objicere. Non etiam vt Prætor concedat interdictum sub huiusmodi exceptione. Atque ita esse vt exceptiones istæ interdictorum formulam accipiant à litigatore qui conuenitur, non à Prætore apparet satis ea *l. 1. § denique eod. tit. quod vi aut clam*, Vbi quæritur, An aduersùs hoc interdictum danda sit exceptio, *Quod non iure meo receperim*, aut vt alij legunt *fecerim.* Prætor enim si hanc exceptionem daret, vtique conciperet formulam in tertia persona, *Quod non iure suo receperit*, aut *fecerit*, quomodo concipiuntur exceptiones quæ in formulis actionum ponuntur. Sed & notatu dignum illud est quod ad eam quæstionem propositam respondens Vlpianus *in d. §. denique*, negat supradictæ exceptioni locum esse, quoniam, inquit, aduersus quod vi aut clam factum est (sic enim lego non vt vulgò, *aduersùs vim aut quod clam factum est*) nulla iusta exceptione tueri se quis potest. Quamquam Accursius noster ad illum locum notat, Vlpiani sententiam quantumlibet generalem restringendam esse ad exceptionem iuris; de qua agitur *in eod. §.* Cùm aduersus interdictum illud, Quod vi aut clam, quatuor, inquit, exceptiones admittantur. Prima illa de qua *in d. l. 5. §. sed si permiserit & seq. eod. tit.* Secunda de qua *in d. § bellissimè & in d. l. vlt. §. si ad ianuam eod.* Tertia de qua *in d. §. est & alia.* Quarta de qua *in l. semper t 5. §. hoc interdictum eod. tit.* vbi dicitur interdictum hoc anno finiri: ex quo infert ille annalem exceptionem huic interdicto obstare, sed quantum ad hanc vltimam exceptionem parum subtiliter. Aliud enim est dicere Annalem exceptionem huic obstare interdicto, Aliud verò, Post annum interdictum hoc non dari. Nulla enim exceptio aut necessaria aut vtilis esse potest aduersùs interdictum quod nec competit nec datur. Et annalis exceptio præsupponit ius aliquod competere, quod per eam elidi possit & debeat, vt & cæteræ exceptiones omnes. Quod verò ad primam exceptionem pertinet, de qua *in d. § sed si permiserit*, vt hoc quoque interseramus, cauendum etiam est ne malè accipiamus quod eo loco scribit Vlpianus, si is cui permittendi ius fuit, permiserit opus illud fieri quod vi aut clam factum esse postea dicitur, necessariam esse exceptionem. Quomodo enim potest esse necessaria, cùm neque vi, neque clam factum dici possit quod factum est permittente eo cui ius fuit permittendi? Aut quomodo potest interdictum, Quod vi aut clam competere aduersus eum qui neque vi neque dolo quicquam fecit? Est igitur locus ille explicandus ex paragrapho præcedenti Vbi scriptum est non omnibus momentis vim esse faciendam vt interdicto illi locus sit, sed inter initia factam posteà perseuerare. Quid enim si ab initio aliquis vi aut clam fecerit, puta cœperit ædificare, posteà verò is quo primùm prohibente vel celato fecerat permiserit ei vt pergeret ædificare? Competit quidem summo iure interdictum, Quod vi aut clam, nec à prætore denegari potest ei qui prohibuit, vel celatus fuit, quia nec potest negari quin aliquid vi aut clam factum sit, Sed tamen exceptio competit, quoniam vitium illud quod priùs contractum fuerat violentiæ aut clandestinitatis, vt loquuntur, purgatum fuit per subsequentem permissionem, Quo casu non potest habere locum quod dictum est sufficere quod ab initio vis facta sit vt facta perseuerer, Siquidem perseuerare non potest quæ purgata est, Et tamen cùm ea purgatio nequeat facere quin competat interdictum, non magis quàm vt falsum sit vim ab initio factam esse quæ re uera facta fuit, necessaria exceptio est ad elidendam vim & potestatem interdicti. Estque is sanè singularis casus in quo aduersus id quod vi aut clam factum est, se tueri quis iusta exceptione potest. Dummodò is qui ex post facto permisit, ius habuerit permittendi, puta si dominus fuerit, vel tutor, vel curator, pupilli, furiosi, prodigi vel adolescentis, Non etiam si curator reipublicæ: quippe cui locorum publicorum procuratio quidem & administratio data est, sed concessio data non est, vt sequitur apud Vlpianum. At alia exceptio illa de qua nunc tractamus *ex d. §. bellissimè*, in eo dissimilis est quod non necessaria, sed vtilis tantùm dici potest. Cur verò non necessaria? Quoniam si demolitus fuero vi aut clam illud ipsum quod tu vi, aut clam ædificaueras, & tu aduersùs me experiaris interdicto, Quod vi aut clam, Possum ego vicissim eodem interdicto contra te experiri, atque ita assequi vt nisi remittas mihi vt absoluar, condemneris in omne id quod mea interest quasi tu rem non restituas, quæ ex verbis interdicti restitui omnino debet, *d. l. vlt. §. si ad ianuam eod. tit.* Cur ergo vtilis dandaque hæc exceptio, si non sit necessaria? Nam quemadmodum de bello quidam scripsit, Neque pium, neque iustum bellum esse posse nisi quod sit necessarium: Ita neque videtur vlla exceptio esse iusta aduersùs id quod vi aut clam factum est, nisi si quando necessaria sit, vt *in d. §. sed si permiserit*, id est cùm ex post facto permissum est id fieri quod ab initio fuerat vi aut clam factum. Respondeo, Cui damus actionem aut interdictum, multò magis dandam esse exceptionem, siue aduersùs actionem, siue aduersùs interdictum, si aut actione aut interdicto conueniatur, quemadmodum idem Vlpianus noster ratiocinatur *in l. 1. §. is autem De superfic.* iuncta regula iuris. Proinde fieri non posse vt iusta non sit exceptio quæ datur ei cui etiam actio aut interdictum si peteret, accommodari posset & deberet, Nec quicquam interest aduersarij an actionis vel interdicti potestate, an exceptionis appositæ æquitate condemnetur, cùm omnimodo sit condemnandus. Cæterùm illud semper tenendum est quod initio præfati sumus, objici hanc exceptionem debere ab eo qui conuenitur, non autem poni à prætore in formula interdicti, Vt neque verbis edicti vlla proposita est. Idquo verba etiam ipsa demonstrant, quibus exceptionem hanc concipit Vlpianus *in d. §. bellissimè, Quod non tu vi aut clam feceris*, itémque Venuleius *in d. § si ad ianuam si non vi nec clam nec precario feceris.* Nam cùm verba edicti & interdicti sint directa in personam eius qui vi aut clam fecisse dicitur (ait enim Prætor, *Quod vi aut clam factum est qua de re agitur, id cùm experiundi potestas est, restituas leg. 1. in principio eodem.*) debuisset exceptio à Prætore concipi in tertiam personam eius qui interdicto experietur, Qua de causa

magis miror quod apud Vlp. *in d. §. bellissimè* postquam dixit exceptionem hanc aduersus interdictum, Quod vi aut clam profuturam, additum video in hęc verba *quod non aliter procedere debet nisi ex magna & satis necessaria causa, Alioquin hæc omnia officio iudicis celebrari oportet.* Nam si huiusmodi exceptionis dandæ ratio illa & æquitas subest, quod is cui datur etiam interdicto experiri ipse posset si mallet, nihil certè causæ est cur in ea admittenda tardior esse prætor debeat, qui nec interdictum ipsum denegare posset aduersus eum, qui primus vi aut clam fecisset, *d. §. si ad ianuam* Si enim dicas hunc qui posterior vi aut clam fecit debuisse ius suum exequi per interdictum non iniuriam comminisci faciendo propria authoritate vi aut clam quod per Prætorem ipsum facere debuit, Replicabit ille idem posse obiici ac multò iustiùs ei qui nulla lacessitus iniuria, primus fecit vi aut clam. Is.n. etiamsi ius faciendi habuisset, ius illud suum tueri debuit, non iniuriam comminisci, vt scriptum est *in d. l. 1. §. 1, eod* itaque vel neutri dandum est interdictum, vel neutri denegandum. In quo sanè hoc interdictum differt ab interdicto Vnde vi, vt bene Accurs. sentit *ex l. 3. §. cum igitur, & l. qui possessionem 17. D. ed. tit. Vnde vi l. si quis ad se fundū 7. C. eod.* à Bartolo malè notatus, Nempe quia interdictum illud non ad quamlibet vim pertinet, sed ad atrocem tantùm, quæ maioris tumultus occasionem præbere posset, & quam ideo prorsus vindicari reipublicę interest. Quod non similiter de interdicto Quod vi aut clam dici potest. Quod si omnino dandum est interdictum ei qui posterior vi aut clam fecit aduersus eum qui primus eandem iniuriam commentus est, quidni etiam omni casu licebit ei exceptionem obiicere? Aut cur non idem adhibebimus temperamentum si interdicto experiri malit is qui conuenitur, quàm ope exceptionis. Vt scilicet non nisi ex magna & satis necessaria causa permittatur ei impetrare interdictum. Si enim iure suo cecidisse videri debet ob id quia per seipsum fecerit, quod per iudicem faciendum fuit, non magis ei permittēdum est vt interdicto vti possit quàm vt exceptione. Imò tantò minùs, quantò facilius est, vt exceptiones petentibus dentur, quàm vt actiones vel interdicta. Ideóque nimirum neutro casu temperamentum hoc adhibet Venuleius *in dict. §. si ad ianuam.* sed electionem liberam dat conuento, vt vel interdictum exerceat vel obiiciat exceptionem. Et sanè quisquis in Tribonianismis obseruandis vel mediocriter fuerit versatus, facilè in supradicta clausula manū agnoscet Triboniani, Maximè verò in verbis illis, *Nisi ex magna satis necessaria causa.* Itē in illis, *Officio iudicis.* Est enim solēne Triboniano pro Prætore alióve maiore magistratu quolibet substituere nomen *iudicis:* respicienti nimirum ad ius nouum quod Dioclet. & Maximia. induxerunt *in leg. 4. de pedan. iudic.* vt magistratus ipsi de quibus causis anteà iudices dabant, cogantur ipsi per se cognoscere nec iudices dare possint, Cùm tamen prudentes nostri solerent ius dicentes à iudicantibus & iudicibus distinguere, nec sub iudicum appellatione alios intelligere quàm pedaneos à Prætore aut alio magistratu datos, Vt constat *ex tot. tit. De iudic.* & à nobis iam sæpiùs obseruatum est. Sed fiet apertior, & inscitia, & manus Triboniani ex iis quæ sequenti capite dicenda supersunt circa aliam exceptionem, de qua *in dict. l. si alius. 7. §. est & alia exceptio eodem tit. Quod vi aut clam.*

ERROR V.

De distinctione posita in l. si alius 7. §. est & alia exceptio eod. tit. Quod vi aut clam, & de illius loci emendatione.

HÆc vna est ex quatuor illis exceptionibus, quas Accursius noster, vt suprà retulimus, contra interdictum Quod vi aut clam, obiici posse adnotauit: Nec immeritò, vt videtur, cùm hoc ipsū disertè scriptum sit in *d. l. si alius 7. § est & alia exceptio eod. tit. Quod vi aut clam.* Vbi Vlpian. postquàm ex Iuliano scripsit in §. præcedente, Aduersus interdictum. Quod vi aut clam posse exceptionem illam prodesse *Si non tu vi aut clam feceris,* subiungit esse & aliam exceptionem de qua Celsus dubitat an sit obiiciēda, Vt puta si arcendi incendij causa vicini ædes intercriderim, & Quod vi aut clam mecum agatur, aut damni iniuria. Celsus enim (sic lego ex præcedentibus non vt vulgo Gallus) dubitat inquit Vlpianus an excipi oporteret (ita namque legendum est non vt Florent. effici.) *Quod incendij defendendi causa factum non sit.* Respondet verò ad illam siue Celsi, siue Galli dubitationem, non ex Celso aut ex Gallo, sed ex Seruio, adhibita huiusmodi distinctione, Si magistratus hoc fecisset, dandam ei exceptionem, Sed priuato non esse idem concedendum. Quæ tamen distinctio, cuiuscunque tandem illa sit, non videtur mihi posse subsistere. Prior si quidem eius pars supponit posse fieri vt magistratus qui arcendi incendij causa ædes alienas, siue prohibitus à domino, siue ante denunciationem ei factam intercidit, conueniri ex ea causa possit interdicto Quod vi aut clam. Alioqui quomodo posset ei competere, vel dari exceptio, qui non priùs conueniretur? Idque ipsa etiam quæstionis verba probant, quæ sic habent *& Quod vi aut clam mecum agatur.* Atqui falsissimum illud est, nec vllo casu potest euenire, vt concurrat vtrumque in persona magistratus, Scilicet vt & conueniatur interdicto illo, & iuuandus sit ista exceptione. Nam vel ponimus magistratum iure magistratus & potestatis suæ iussisse intercidi & destrui ędes alienas arcendi tantùm incendij causa, nullo penitus iniuriæ comminiscendę animo & proposito interueniente, Vel è contrario vt magistratus sui imperio & potestate in alienam iniuriam abuteretur. Priore casu certum est, Non posse illum aut interdicto Quod vi aut clam, aut actione damni iniuria teneri, cùm neque clam, neque per iniuriam fecisse dici possit is qui iure magistratus quid fecit, præsertim verò si id fecerit quod facere debuit: Imò nec si aduersus resistentem violentiùs quid fecerit, vt idem Vlp. loquitur *in leg quemadm. 29 §. penult. in fin. D. ad leg. Aquil.* dum ne quid contra bonos mores, vt ille addit ex verbis edicti Prætorij De iniuriis in *l. item apud Lab. 18 §. adiic. 37. & seq. D de iniur. & famos. libell.* Vnde etiā fit vt quod reipublicę vindicandę (sic enim lego non venerandæ) causa secundum bonos mores à magistratu factum est, etiamsi ad contumeliā alterius pertineat, nihilo magis tamen magistratus iniuriarum actione teneatur, quia non ea mente magistratus fecerit vt iniuriam cuiquam inferret: sed ad vindictā maiestatis publicæ respexerit *leg. quod reip. 33. eod. tit.* Et hoc nimirum est, quod dici solet ea quę iure potestatis à magistratu fiunt ad iniur. actionem non pertinere *leg. iniur. 13. §. quæ iur. potest. eod. tit.* quod omnino accipiendum ita est, etiamsi ex eis damnum alteri vel iniuria inferatur, Vt talia sint quę si à priuato non à magistratu facta essent ad iniuriarum actionem pertinerent, Alioqui nulla esset inter magistratum, & priuatum differentia. Quòd si quæ à magistratu iure potestatis fiunt ad iniuriarū actionē non

non pertinent, Ergo neque ad interdictum Quod vi aut clam, quippe quod nullo alio casu locum habeat, quàm quo iniuria facta sit, cùm detur ea sola ratione quòd is qui vi aut clam fecit, ius suum tueri duntaxat debuerit, non etiam iniuriam comminisci *leg. 1. §. 1. eod.* Non igitur distinctioni Seruij locus esse potest in magistratu qui nihil fecit nisi iure magistratus, & potestatis. Præsertim cùm quæstio & tractatio ab Vlpiano proposita non tantùm sit de interdicto quod vi aut clam, sed etiam de actione damni iniuria dati, Quæ licet vnum caput legis Aquiliæ constituat, simillima tamen est actioni iniuriarum, ad eamque proximè accedit, in eo maximè quod iniuriam aliquam supponit. Posteriore verò casu quem illum esse posuimus, si magistratus prætextu arcendi incendij ædes alienas nullo iure sed solùm animo inferendæ iniuriæ interciderit, Nemo quidem dubitat quin illo interdicto Quod vi aut clam conueniri possit, itémque lege Aquilia de damno iniuria dato *d. l. quemadmodum 29. §. penult. ad leg. Aquil.* Sed quis dicat, dandam eo casu magistratui exceptionem, qui priuato non daretur? Nam nec magistratibus licet aliquid iniuriosè facere, & si quid per iniuriam fecerit magistratus siue quasi priuatus, siue fiducia magistratus, vtrique iniuriarum potest conueniri, adeóque in ipso etiam magistratu si sit ex minoribus magistratibus qui ante finitum magistratum in ius vocari possunt sine fraude: Quòd si sit ex maioribus, hactenus tantùm ei indulgetur, vt posito demum magistratu conueniatur *leg. nec magistratibus 32. D. de iniur.* Tantò namque indignior est magistratus cui fateatur aduersus priuatum cui vltro iniuriam fecit, quanto facilius ei est prætextus magistratus iniuriam comminisci, & quanto esset decentius abstinere illum ab iniuria, qui legum custos & minister ideò tantùm est, ne alios ab aliis iniuria affici patiatur. Igitur alterutrum euenire prorsus necesse est, Vel vt magistratus neque interdicto Quod vi aut clam, neque Aquilia lege de damno iniuria dato conueniri possit, ob id quod alienas ædes incendij arcendi causa interciderit, si iure potestatis non iniuriæ inferendæ animo id fecerit, Vel conuentus siue interdicto illo, siue actione legis aquiliæ damni iniuriæ, ob id quod suo magistratu abuti voluerit ad comminiscendam iniuriam, nulla alia exceptione sit adiuuandus, quàm quæ priuato concederetur, Vt verò in eadem facti specie & interdicto teneatur, & exceptione illa adiuuetur, *Quod arcendi incendij causa factum non sit*, nullo modo, nullóque casu fieri certè potest. Quid ergo sibi volt Vlpianus aut Seruius cum sua illa distinctione? Nihil planè, quod ad iuris siue ciuilis, siue prætorij rationem accommodari possit. Ob idque cogor dicere Triboniano potiùs quàm Vlpiano aut Seruio adscribi oportere, non quidem distinctionem illam quæ si per accipiatur, verissima sanè & æquissima est, sed quod distinctio illa accommodata sit ad propositam quæstionem, quod nisi per absurdè & inconcinnè fieri non potuit. Quæsitum erat, vt suspicor, apud Seruium, An incendij arcendi causa liceret vicinas ædes demoliri, Nihil verò additum aut De interdicto Quod vi aut clam, aut de exceptione aduersus interdictum illud danda. Responderat autem Seruius & rectè, Adhibendam esse distinctionem, An magistratus id fecisset, an priuatus, Magistratui permittendum id esse quem iure potestatis non ad iniuriam id factum esse credibile sit, Priuato non idem esse concedendum, ne occasio maioris tumultus detur si concedatur singulis id facere quod potiùs per magistratum fieri publicè possit & debeat *leg. non est singulis 176. de reg. iur.* Cùm verò ita scripsisset Seruius, putauit bonus noster Tribonianus, posse ex ea distinctione sumi occasionem nouæ quæstionis proponendæ, & distinctionis veteris ad nouam quæstionem aptandæ: qui mos ei familiarissimus est. Itaque proposita quæstione, An aduersus interdictum Quod vi aut clam, aut actionem damni iniuriæ obijci possit exceptio illa *Quod arcendi incendij causa factum non sit*, respondet adhibita supradicta distinctione, Nec animaduertit locum distinctionem esse non posse, ad causam exceptionis, Id est si quæratur an possit quis ob id conueniri, quod incendij arcendi causa ædes alienas interciderit, Non etiamsi quæratur, quomodo in proposita specie quæritur, An ex ea causa conuento exceptio danda sit. Exceptio enim præsupponit actionem aut interdicti speciem aliquam competentem, quam tamen defensionis æquitate infringi & elidi iustum sit. Atqui in persona magistratus nihil tale potest occurrere, quia vel actio contra eum nulla competit, nullúmque interdictum, vel æquitas nulla subest quæ illi fauendum suadeat nisi quomodo etiam priuato faueretur. Planè in priuato quoque distinctio aliqua adhibenda est, nec omnimodo condemnandus ille si arcendi incendij gratia ædes vicini propria authoritate interciderit. Distinguendum enim est, vt sequitur apud Vlpianum, An is qui sic fecit, & quidem vi aut clam [alioqui de interdicto illo tractandum nihil esset]id fecerit arcendi eius incendij causa quod ad ædes vsque intercisas non peruenerit, An verò eius arcendi quod eò vsque peruenerit. Priore casu placet simpli æstimandam esse litem, quia parcendum est aliquatenus ei qui iusto metu perculsus non per iniuriam fecit: Non tamen vt omnino absoluatur, quia damnum ab eo datum esse negari non potest. Posteriore verò absolui reum oportere ait Vlp. ex Seruio, & hoc quoque rectè. Nam vt subiicitur nullam iniuriam aut damnum dedisse hic videtur æquè perituris ædibus. Quid enim domini interest an incendio perituræ fuerint, an ob id perierint, quod sint intercisæ? *l. 4. §. 1. de incend. ruin. naufr. l. vltim. §. si ea ad leg. Rhod. de iact.* Sed hîc quoque mihi rursum suspectus est Tribonianus, ob versiculum illum interiectum, *Idem ait esse si damni iniuria actum fuerit*, Nam præter id quod de actione damni iniuria non minùs quàm de interdicto Quod vi aut clam, proposita quæstio erat iis verbis, *& quod vi aut clam mecum agatur, aut damni iniuria*, Vt proinde adhibita in responsione distinctio ad vtramque quæstionis partem referri debuerit, Apparet etiam ex ipsis verbis distinctionis, magis eam pertinere ad actionem damni iniuriæ, quàm ad interdictum Quod vi aut clam. Quorsum enim verba illa *simpli litem æstimandam* nisi ad excludendam dupli condemnationem? Quis verò vnquam dixit vel audiit, Ex causa interdicti Quod vi aut clam teneri quem in duplum Imò verò interdicti verba non loquuntur nisi de opere restituendo quód vi aut clam factum sit *d. l. 1. in princip.* quorum verborum effectus & sensus ille est, vt si opus non restituatur, præstandum sit actori quanti eius interest *l. is qui in puteum 11. §. si fundus l. vltim. §. si ad ianuam, & pass. eod. tit. l. si vi me deieceris 15. D. vnde vi.* Eius autem quod interest appellatione, duplum contineri nemo dixerit, sed simplum duntaxat *leg. 1. D. de action. empt. leg. in interdicto 6. D. vnde vi.* At damni iniuriæ actio quæ legis Aquiliæ actio est regulariter & sui natura datur ad duplum, nisi si quando æquitas faciat vt simplo contenta esse debeat, *§. in duplum agimus Institut. de action.* Et tùm quoque cùm non in duplum datur, sed quanti plurimi eo anno res fuerit, plerumque tamen vltra damnum lis æstimatur, Vnde fit vt non transeat contra hæredem, tanquam quæ pœnalis censeatur *§. his autem verbis. Inst. de leg. Aquil.*

Dices, Neque interdictum Quod vi aut clam, dari contra hæredem cæterosque successores, nisi de eo quod ad ipsos pervenit *leg. semper* 15. §. *hoc interdictum D. quod vi aut clam.* Ergo habendum etiam illud esse pro pœnali, nec proinde quicquam inter actionem legis Aquiliæ & hoc interdictum interesse. Sed facilis responsio est, Esse quidem hoc interdictum pœnale, at non ex parte actoris cùm sit restitutorium nec nisi rei restitutionem, & eius quod teuera intereſt persecutionem contineat *dict. leg.* 1. *in princip.* Sed ex parte illius qui vi aut clam fecisse probatur, quia propositum fuit vt occurreretur eorum calliditati qui cùm ius suum tueri tantùm deberent, maluerunt iniuriam comminisci *dict. leg.* 1. §. 1. Itaque cum factum puniat, & in dolum aduersarij concipiatur, non potest dari contra hæredem eo modo quo contra defunctum dari potuisset, Ex *reg. leg. huius* 9. §. 1. *D. quod falso tutor. author.* At legis Aquiliæ actio pœnalis est etiam ex parte actoris, quoniam in ea plerumque, vt diximus, lis vltra damnum æstimatur, id est vltra simplum, quod in interdicto Quod vi aut clam nunquam contingit. Proinde fatendum est non tam ad interdictum illud quàm ad actionem damni iniuriæ referendum esse quod Seruius dicebat. Si quid vi aut clam factum fuisset ab eo qui alienas ædes incendij arcendi causa intercidisset, nec ignis vsque eò peruenisset simpli tantùm æstimandam litem esse. Et consequenter non tantùm superuacue, sed etiam ineptè subiectum fuisse versiculum illum quem nos tollimus, *Idem ait esse si damni iniuria actum sit.* Enimuero quid Tribonianum mouere potuit, vt verba illa adderet? Vnum illud, vt puto, quod in ratione subiecta ex Seruio & damni fit mentio & iniuriæ: Quasi in interdicto Quod vi aut clam, neque de damno, neque de iniuria quæratur, In quo si Tribonianus ita sensit, turpiter hallucinatus est. Non enim datur interdictum illud alij quam ei qui damnum passus sit, nec sufficit vi aut clam factum esse *dict. l. si alius §. planè*, vbi dicitur, Si quid agri colendi causa factum sit, interdictum Quod vi aut clam locum non habere si melior causa facta sit agri, quamuis prohibitus quis vi aut clam fecerit. De iniuria verò iam sæpius diximus, animum comminiscendæ iniuriæ necessariò interuenire debere vt interdicto locus esse possit, Ex *dict. l.* 1. §. 1. *eod.* Qui porrò animus in eo non est qui arcendi tantùm incendij causa ædes vicini intercidit: Quamuis non eo minus damnum faciat si in eò vsque ignis peruenerit, & quidem per iniuriam cùm iniuria sit quicquid non iure fit licèt affectus iniuriandi desit. In eóque iniuria differt à furto quod sine affectu furandi non committitur. Itaque vix est vt interdicto Quod vi aut clam teneatur etiam priuatus qui nullo animo inferendæ iniuriæ intercidit ædes vicini vt à suis ignem arceret. Vel saltem his singularis casus est, quo interdictum habeat locum aduersus cum qui iniuriam comminisci noluerit. Nihil ergo est quod Triboniani factum, & inscitiam excusare queat. Nec proinde est quod quis ex eo loco nobis obiiciat exceptiones quæ aduersus interdictum opponuntur, dari à Prætore ob id quod scriptum sit *dandam exceptionem esse* cùm Triboniani sit non Vlpiani quicquid in eo § scriptum est. Quod & prima illa verba indicant *Est & alia exceptio de qua Celsus dubitat an sit obiicienda.* Ita namque scripsit Tribonianus valde impropriè, dixitque obiiciendam exceptionem pro eo quod dicere voluit obiici eam posse. Non enim positum est in necessitate, sed in facultate & voluntate eius cui exceptio competit an ea vti velit necne *l. penult. Cod. de pact.* Qui autem dicit obiiciendam esse exceptionem, demonstrat necessitatem quandam potiùs quàm facultatem & potestatem eius obiiciendæ: Eadémque impropietas est in sequentibus illis verbis *an excipi oportet*, pro eo quod Vlpianus haud dubiè scripsisset *an excipi posset vt in dict. l.* § *denique eod.* Sanè quod sequitur in eo §. verissimum est, nec vllam dubitationem habet. Si nullo incendio vicini ædes demolitus sis, & posteà incendium exortum fuerit, non idem esse dicendum quod in præcedente casu, Vt absolui te oporteat si ad eas vsque ædes ignis peruenerit, Quasi perinde hoc casu nullum damnum dedisse videaris æquè peritursis ædibus. Nam vt rectè Labeo dicebat, non ex post facto, sed ex præsenti statu inspici oportet an factum damnum necne, Sufficitque ad condemnandum te ex causa interdicti vt culpa tua præcesserit, & quidem eo tempore, quo ex illa culpa damnum vicino illarum sit *d. l. si vi me deiecerit* 15. *D. vnde vi*, nec superueniens casus culpam præcedentem delere potest aut excusare. Accursius Triboniani mos istos non obseruauit, nec difficultates illis quæ ex iis nascuntur, Aut si vidit, certè dissimulauit: Sicut & Bartolus cæterique omnes qui ad hunc §. scripserunt.

ERROR VI.

De actione præscriptis verbis ei competente qui rem aliquam concessit precario.

Quod Paulus scripsit *in l. interdictum* 14. *D. de prec.* Interdictum de precariis meritò introductum esse, quia nulla eo nomine ciuilis actio esset, magisque ad donationis & beneficij quàm ad negotij contracti causam spectet precarij conditio, Pugnare videtur cum eo quod Vlp. ait in *l.* 2. §. 2. *eod. tit.* Cùm quid precariò rogatum est, non solùm interdicto vti nos posse, sed etiam præscriptis verbis actione quæ ex bona fide oritur. Quod & iam ante Vlpianum Iulianus scripserat, vt constat ex *l. duo in solidum* 19. *eod. tit.* vbi eadem sententia ex Iuliano proponitur iisdem ferè verbis, *Cùm quid precario rogatum est*, inquit, *non solum interdicto vti possumus, sed & incerti condictione*, id est *præscriptis verbis.* Nec scopulum hunc effugere quis possit etiamsi velit dicere Vlpianum à Paulo hac parte, vt & in aliis pleris que dissensisse. Idipsum enim quod à Paulo in *d. l. interdictum*, etiam ab Vlpiano scriptum est in *l. eum qui emit* 14. §. *is qui precario D. de furt.* vbi proposita quæstione De eo qui seruum precario rogauit, An subrepto seruo possit habere furti actionem, Respondet non habere: Et rationem affert, quòd non sit contra eum ciuilis actio, quia simile donato precarium est, ideòque & interdictum necessarium esse visum sit, Quomodo autem verum esse potest nullam contra eum actionem ciuilem competere, si competit actio præscriptis verbis, & vt Iulianus dicebat, incerti condictio? Sic nimirum appellata, Ne dubitare possimus esse illam iuris ciuilis, ex quo sunt & cæteræ conditiones omnes tam certi quàm incerti, licèt naturalem causam habeant, & introductæ sint ex bono & æquo, Sicuti de condictione indebiti scriptum est in *l. indebiti* 15. *l. hæc condictio* 66. *D. de condict. indebit.* Itémque actiones præscriptis verbis omnes *l.* 1. 2. 3. *& pass. D. de præscript. verb.* Accursius noster tres attulit conciliationis ineundæ rationes. Prima est, Nullam de precario esse ciuilem actionem nominatam, Esse tamen in nominatam quæ generali nomine præscriptis verbis appellatur. Secunda est ex Rogerio qui distinguebat an concessum sit precarium simpliciter, an cum pacto reddendi quandocumque libuerit concedenti reuocare,

Vt priore casu solum interdictum competat. Posteriore verò etiam actio præscriptis verbis quasi negotio aliquo gesto inter dantem & accipientem. Nisi ponas ei ... actionem interuenisse, Quo casu cùm actio ex stipulatu locum habeat, nihil causæ est, cur ad actionem præscriptis verbis quæ subsidiaria est, recurri oporteat, cui numquam locus est nisi cùm proprium actionis nomen inuenire non possumus, Quemadmodum nec locus est interdicto De precario, quoties cunque is qui concessit cautum habet de re sibi restituenda *l. & habet 15. cum quis D. de precar* Nam & interdictum hoc subsidiarium est, nec vnquam dandum, nisi cùm est necessarium, vt ex supradictis ferè omnibus locis apparet. Tertia conciliatio est ex aliorum opinione distinguentium an precarium constituatur datione, an permissione, vt in *l. vnusquisque 18. & l. vlt. eod. tit* Si datione competat actio præscriptis verbis, Si nuda permissione, solum interdictum detur, Secundum quam distinctionem plus potest precarij datio, quàm precarij rogatio: quomodo legendum est in glossa Accursij, non vt vulgo inuerso ordine, quòd plus possit precarij rogatio quàm precarij datio Cæterum ex tribus his solutionibus quam probabiliorem putet Accursius non aperit. Sed Bartolus non dubitat quin posterioribus duabus explosis, prima quæ tota ex Accursij ingenio est amplectenda sit. Nam si duas posteriores sequare, efficies, inquit, vt interdictum de precario non possit concurrere cum actione præscriptis verbis, Quod aperte fuerit contra id quod scriptum est in *d. l. 2. § 1 & d. l. duo in pri* Reprehensio certè iusta est. Sed non ideo Accursij responsio, quam ille probat, est bona. Non enim negat Paulus actionem vllam ciuilem comparatam esse de precariis quæ sit nominata, Sed ait, nullam eo nomine iuris ciuilis actionem esse: quod longe diuersum est, Illa siquidem verba *eo nomine* non ad nomen actionis pertinent, sed ad causam precarij, ac si scriptum esset nullam precarij causa actionem iure ciuili comparatam esse, Ergo neque innominatam, neque nominatam. Id verò fit euidentius si Pauli sententiam & mentem inspiciamus Voluit enim rationem reddere cur interdictum De precariis à Prætore introductum sit. Et rationem petere ex necessitate, quemadmodum & ab Vlpiano factum est *in dict. leg eum qui emit 14. § si qui precario D. de furt.* Atqui nulla suberat necessitas introducendi ex hac causa interdicti, si qua ciuilis actio iam eo nomine competebat, etiamsi nomen aliquod non haberet, Cùm actiones præscriptis verbis quas innominatas nostri nominant, non minoris sint potestatis ad eliciendam condemnationem, & consequendam indemnitatem, quàm quæ proprium nomen habent. Ac sicuti solemus dicere nihil interesse, an directa quis, an vtili actione conueniatur, cùm vtraque actio eiusdem potestatis sit, eundémque habeat effectum, vt scriptum est, *in leg. actio. 47. D. de negot. gest.* Ita nec quicquam interesse potest an quis nominatam actionem exerceat, an verò innominatam, sed quæ non minùs efficax sit, quàm si esset nominata. Sed neque possum videre vnde Accursius & cæteri hanc distinctionem actionum hauserint. vt earum aliæ nominatæ sint, aliæ innominatæ. Scio non omnes contractus esse nominatos, sed plerosque innominatos, qui ferè omnes ad summa quatuor illa genera referuntur, Do vt des, Do vt facias, Facio vt des, Facio vt facias, De quibus *in leg. naturalis 5. § 1. D. de præscript. verb.* Nempe quoniam plura sunt negotia quàm vocabula, vt scriptum est *in leg. 4. eod.* Sed actiones aliquas innominatas esse, numquam legi. An non enim nomen certum habent & quidem elegans quæ vel præscriptis verbis, vel in factum appellantur? Fateor non habere illas nomen proprium & specificum per quod aliæ ab aliis inuicem distinguantur. Sunt enim illa nomina omnium earum actionum communia, quæ proprium nomen non habent. Sed tamen aliud est, Proprium nomen non habere, Aliud verò nullum habere. Nec quod commune nomen est facit vt eo minùs certum sit, & verum, adeóque specificum & distinctum, per quod scilicet actiones illæ ab aliis quas nominatas vocant, distinguantur. Ex quo apparet, quàm diuersa ratio sit huiusmodi actionum & contractuum innominatorum. Nam contractus innominati nullum penitus nomen habent, ne quidem quod sit commune, Nisi quòd generali nomine etiam contractus appellantur. Illa siquidem nomina, quæ retulimus, Do vt des, Do vt facias, Facio vt des, Facio vt facias, non tam contractuum nomina sunt quàm negotiorum. Quemadmodum nemo dixerit, *Do quia dedisti* permutationis nomen esse, sed potiùs modum contrahendi eius negotij quod nos permutationem appellamus. At actiones quæ ex contractibus innominatis proficiscuntur, non solùm generale illud nomen actionum retinent sibi cum aliis commune, sed speciali etiam nomine Actiones aut Præscriptis verbis, aut in factum dicuntur, ne quis possit existimare nasci eas ex contractibus nominatis. Denique cùm actiones illæ quas nostri innominatas vocant, non alia de causa proprium nomen nullum habeant, quam quia nascuntur ex contractibus innominatis, & ex negotiis, quæ nec ipsa proprium vllum nomen habent, Nulla ratio est propter quam dici debeat actionem si qua iure ciuili nascatur ex precario, innominatam esse, cùm precarium ex quo nascitur tam elegans & proprium habeat nomen, à quo etiam interdictum De precario nomen sumpsit. Cur non enim perinde licuerit dicere Actionem precarij, aut De precario, quomodo & interdictum De precario dicimus, & actionem commodati? Aut cur non saltem actionem præscriptis verbis De precario dicimus quemadmodum solemus dicere Actionem æstimatoriam, aut De æstimato quæ & ipsa præscriptis verbis actio est, *leg. 1. D. de æstim. act.* & actionem præscriptis verbis ex permutatione, De qua *in leg. cum precibus 4. C. de rer. permut.* Nam & hæ duæ Præscriptis verbis actiones in eo differunt à cæteris quæ nullum nisi commune & generale nomen idem habent, Non solùm quod habent nomen specialius ex ipsius negotij à quo proficiscuntur nomine constitutum, sed etiam quod bonæ fidei sunt quia dantur ex negotio ciuili gesto bona fide, vt scriptum est *in dict. leg. 1. in fin. De æstimat. action.* Cùm tamen cæteræ omnes præscriptis verbis actiones stricti iuris sint, vt apparet ex actionum bonæ fidei enumeratione à Iustiniano facta *in § actionum. Inst. de action.* vbi inter actiones bonæ fidei, solæ illæ Præscriptis verbis actiones, quas modò retulimus enumerantur. Prætermissa, quod mirum est, hac ipsa de qua nunc agimus, quæ ob precarium datur: quam tamen bonæ fidei esse, negari meo iudicio non potest, quod & Accursius noster sensit post Azonem *ad dict. leg. 2. § penult. de precar.* cùm ex bona fide oriatur, vt eo loco Vlpian. scribit, quod vnum inspiciendum est vt sciatur an bonæ fidei sit actio necne, quemadmodum idem Vlpian ratiocinatur *in dict. leg 1. in fin. D. de æstimat. act.* Nulla igitur ex tribus Accursij solutionibus & responsionibus defendi potest. Videamus verò an subtilius sit & probabilius, quod vir doctissimus Iacobus Cuiacius docuit *lib. 4 Obser. cap. 7.* Actionem hanc præscriptis verbis ei competentem qui precariò concessit, non equidem nasci ex negotio gesto, sed tamen nasci ex æquitate, & ex tacito quodam negotio, vt condictiones omnes, *leg. indebiti 25. leg.*

hac

hæc condictio 66. D. de condict. indeb. leg. si & me & Titium 32. in fin. De reb. credit. Quam in sententiam videtur fuisse motus ea eo quod hæc actio præscriptis verbis quæ ex causa precarij competit, condictio appellatur *in dict. leg. duo in solidum 20 in fin. D. de precar.* Sed quod pace tanti viri dictum sit, videtur ille ludere in ambigua condictionis appellatione. Cùm enim eo nomine generaliter sumpto, actiones omnes personales significentur, etiam ille, quibus rem suam plerumque dominus persequitur, vt puta ex causa depositi, commodati, pignoris, & aliæ similes, Specialiùs verò, ac magis propriè hoc nomine demonstrentur eæ actiones quibus repetimus id quod nostrum fuit, nostrum tamen esse summo iure desiit, sed ita vt nobis reddi æquum sit, vt in titulis illis qui sunt, *De varijs condictionibus lib. 12. Pandectarum,* De quibus etiam *in leg. videamus 38 in princip. D. de usur.* Certum est hoc solo posteriore sensu posse dici condictiones esse ex bona fide; Alioqui & ea stipulatu & ex mutuo actiones quas non minùs condictiones dici quàm personales esse constat, bonæ fidei essent, quas tamen stricti iuris esse nemo negat. Sed neque verum est condictiones quæ sunt repetitiones nasci ea bona fide, cùm in iis numquam de fide agatur, adeòque competant illæ interdum etiam contra eum cum quo nihil penitus gestum est, vt in *dict. l. si & me & Titium,* Illud certè verum est dari condictiones istas omnes ex æquitate. Sed non bene ea eo inferas: Dari ergo illas ex bona fide Latiùs enim patet æquitatis, quàm bonæ fidei nomen. Quicquid ex bona fide est, idem æquum quoque est: At non è conuerso, quicquid æquum est, idem ea bona fide esse dici potest, siquidem de bona fide vel de perfidia tractari non potest nisi inter consentientes, & quorum vterque vel alter saltem alteri aliquid promiserit, De æquitate verò etiam contra ignorantem nullóque penitus gesto negotio, vt in *dicta l. si & me & Titium,* Atquin Vlpianus *in dict. l. 2 §. 1. de precar.* non ait actionem præscriptis verbis quæ datur ex causa precarij nasci ex æquitate sed ex bona fide. Non igitur accommodata & sufficiens est illa Cuiacij interpretatio, vt perinde sit, acsi scriptum esset nasci eam ex æquitate, & tacito negotio potiùs quàm ex negotio gesto. Exemplo condictionum quarum nulla nascitur ex bona fide, licèt omnes nascantur ex æquitate. Illud verò longè absurdius fuerit, si quis putet hanc præscriptis verbis actionem dictam fuisse à Iuliano condictionem *in dict. l. duo in solidum in fin.* eo sensu quasi sit repetitio, & eodem iure censenda quo cæteræ condictiones quæ sunt repetitiones Cùm enim is qui rem suam precario concessit remaneat dominus, Certum est neminem posse hoc sensu rem suam condicere nisi à fure *l. vltim. in fin. D. vsufr. quemad. caueat. §. sic itaque. Inst. de action.* Quòd si dicas non valdè differre à fure illum qui rem alienam sibi precario concessam nolit restituere, cùm furtum faciat a quo instanti eam incipit contrectare inuito domino, non minùs quàm si ex causa commodati eam teneret, quemadmodum in præcedentibus disputauimus, Replicabo, Fore igitur hanc condictionem furtiuam non præscriptis verbis, Cùm tamen Iulianus apertè loquatur de ea condictione non quæ sit furtiua, sed quæ possit etiam dici præscriptis verbis, Quo tamen nomine furtiuam condictionem nemo vnquam vocauit. Sed & de incerti condictione nominatim loquitur Iulianus, Ergo non de condictione furtiua, quæ semper certi condictio est *l. certi condictio 9. §. 1. D. de reb. credit.* Sicut & alia condictio qualibet certi condictio esset, per quam certa res precariò concessa repeteretur *dict. l. certi condictio in princip.* Cùm igitur de incerti tantùm condictione Iulianus senserit, non potest de ea condictione intelligi per quam res ipsa precariò concessa petatur & repetatur. Imò verò dicendum potius est, incerti condictionem ideò dictam à Iuliano quòd non detur nisi ad id quod interest concedentis, Quod ipsum semper incertum est, quia quatenus cuiusque intersit in facto, non in iure consistit, vt habet iuris regula *l. quatenus 24. de regul. iur. leg. vltim. D. de prætor. stipulat.* Indéque nimirum petenda est, ni fallor, conciliatio quam nos quærimus Pauli, cum Vlpiano. Nam quod Paulus scribit ideo fuisse propositum à Prætore interdictum De precario, quòd nulla iure ciuili actio esset eo nomine, Ita sane accipi debet, vt actio nulla sit iure ciuili comparata ad eum ipsum finem, ad quem comparatum est interdictum De precario, id est ad auocandam rei precariæ possessionem. Nam quæ datur præscriptis verbis actio, non ad rei ipsius precariò concessæ, sed ad eius quod interest persecutionem respicit, ideóque incerti condictio dicitur non certi, Potest autem fieri vt qui rem precariò concessit, eam habere malit quàm quod sua interest consequi: Æquissimum igitur fuit adeóque necessarium dare illi interdictum quod eiusmodi actionis deficientis vice esset. Exemplo eius quod scriptum est *in leg. 1. D. commun. diuid.* fuisse necessariam actionem Communi diuidundo etiam inter socios, quòd actio Pro socio magis ad præstationes personales comparata sit, quam ad rerum communium diuisionem. Dices, competiisse ex ea causa vindicationem ei qui precariò dedisset, tanquam alij domino cuilibet, quod & alius ille Pauli sententiarum locus probat, sumptus ex *lib. 5. Tit. 6.* quem nos in superioribus explicauimus, Per quam actionis speciē perinde auocatur possessio atque per interdictum, Hac sola differentia quod auocatur iure dominij *leg. qui petitorio 38. D. de rei vindic.* Sed nemo nescit quàm incommoda sit rei vindicatio quæ scilicet exigit certam & concludentem dominij probationem, Ea verò difficillima plerunque est *l. is qui destinauit 24. eod. §. commodum Inst. de interd.* Deinde quid si rem alienam precario quis concesserit? Nam & hoc fieri posse docuimus in præcedentibus, *Ex l. sed etsi 7. D. de precar.* Nemo vtique dixerit competere hoc casu vindicationem, Nec eo minùs tamen interesse illius qui dedit, vt rem ipsam recuperet potiùs quàm pecuniam pro taxatione eius quod sua interest, Vel ob hoc saltem vt ipsam quoque rem possit restituere domino à quo fortè illam habet. Non igitur potuit sufficere vindicatio ei qui siue suam, siue alienam rem precario dedisset, Non magis quàm actio præscriptis verbis, quæ non datur nisi ad id quod interest. Proinde necessarium fuit interdictum De precariis quod actionis ciuilis defectum suppleret, ad rem ipsam recuperandam, & cuius beneficio tantundem consequeretur actor, quantum commodator à commodatario per actionem commodati: Ex quo etiam moueor vt addam quod nescio an adhuc quisquam dixerit, In hoc interdicto De precario, si res non restituatur permittendum ei esse qui precario dedit vt iuret in litem, Perinde atque permittitur iurare in actione commodati & depositi & similibus bonæ fidei iudiciis, quoties ab eo, qui rei dominus est exercentur *l. 3. §. in hac D. commod. l. in actionibus 5. D. de in lit. iur. l. 1. § in depositi 26. & l. si apud quem 5. D. deposit.* Nempe quia licet in cæteris interdictis generaliter verum sit, in litem nunquam iurari, vt nos pluribus ostendimus, aduersus omnium interpretum & ipsius quoque Triboniani sententiam *lib. 16. Coniectur. cap. vltim.* hoc tamen interdictum de precario specialem quandam naturam habere videtur, tam differentem à cæteris, quàm similis illa est actioni commodati,

perinde

perinde atque precarium commodato simillimum est *l.1. D. de prec.* Nam vt in actione commodati, hic & in hoc interdicto De precario agitur de fide rupta. Et quemadmodum qui rem suam commodauit si agat commodati rem suam persequitur licet actione in personam, ita & qui experitur interdicto de precario, Nec magis æquum est vt qui precario rem suam dedit cogatur eam iusto pretio vendere, quod tamen eueniret, si pro te cogeretur accipere in pecunia quanti sua interesset, quam vt is qui rem suam vel commodauit, vel deposuit, Scilicet cum dolus interuenit, aut saltem lata culpa eius qui conuenitur, Quomodo necesse est alterutrum interuenire vt fieri possit locus interdicto De precario *l quæsitum 8 §. illud adnotatur & §. & generaliter eod. tit. De precar.* Hæc verò omnia sunt quæ necessaria existimantur vt iusiurandum in litem deferri possit, & debeat *d. l. in actionibus §. de in lit. iur. d. l. ei apud quem §. De posit l. non enim 9. D. rer. amot. l. nec quasi 70. cum duabus præcedent. iunct. l. seq D de rei vind* Quidni ergo in hoc interdicto De precario perinde iurabitur in litem, atque in actione commodati? Aut cur deterior eius conditio erit qui rem suam precario dedit quàm qui commodauit, cum maiore vsus sit liberalitate? Aut cur melior causa illius, qui dolo malo recusat rem acceptam precario reddere, quam si commodatò accepisset? Cæterorum interdictorum longè dissimilis ratio est, In quibus scilicet nunquam agitur de fide rupta, adeóque nec de re ipsa, sed de sola possessione, & de eo quod actoris interesse potest ratione possessionis tantùm: Deductio in condemnationem non quanti res ipsa est, sed quanti possessio sola rei, vt probauimus *in d. c. vlt. ex l 3 §. vlt. D. vti possidet. l. in interdicto 6. D. vnde vi.* Planè in actione Præscriptis verbis quæ ex precarij causa datur, licèt ex bona fide oriatur, & contra eum competat qui fidem rupit, Nemo tamen dixerit iurari debere in litem, quia per eam agitur non rei suæ restitutionem persequitur, sed rectè & immediatè quanti sua interest, Quod quoniam semper æstimatur pecunia in quam non cadit affectio, nec iurari eo nomine in litem potest *l. 3. D. de in lit iur.*

ERROR VII.

De habitationis gratuitæ precario & commodato.

POmponius scripsit *in l. habet 15 §. 1. D. de precar.* Hospites & eos qui gratuitam habitationem accipiunt, non intelligi precariò habitare. Quod tamen quem sensum quàmve rationem habeat non facile est ex interpretum commentariis intelligere. Accursius enim quem Bartolus & cæteri omnes sequuntur, vt solent, quoniam nec fere vnquam melius aliquid habent quod dicant, hospitum appellatione duo genera hominum significari ait: Vnum eorum qui in aliena do no habitant titulo conducti, qui in *inquilini* magis proprio & speciali nomine vocantur, Alterum eorum qui ad cauponam diuertunt, & a cauponibus recipiuntur, gratuitò quidem, quantum ad habitationem, inquit sed interueniente pecunia pro comestibilibus & lecto. Vtroque porrò sensu negat Accursius hospites precariò habitare, Inquilinos quidem quoniam possident ex titulo conductionis, qui multum distat à precario, cùm nisi pecunia & mercede interueniente conductio nulla sit, Precarium verò gratuitum esse debeat, Eos verò qui in caupona recipiuntur, quia licèt nihil pro habitatione pendere intelligantur, vt proinde videri quodammodo possint gratuitam eam habere, non tamen ideò recipiuntur vt in ea habitent, sed potiùs vt victum & somnum capiant, magis que in domo detineri, quàm domum detinere credendi sunt. Eos verò quibus habitatio gratuita expressim concessa sit, qui hospitum appellatione neutro sensu continentur, & quorum tamen æquè mentio sit à Pomponio, vt non magis quàm hospites precario habitare videantur, Idem Accursius ait, ideò non habere precariam habitationem, quod commodati potiùs titulo habitationem teneant, ob idque commodati e[illegible] actione teneantur, *ex l 1. § 1 in fin. D. commod.* V[illegible] tamen nihil aliud scriptum est nisi quod Vlpianus refert Viuianum scripsisse, non tantum res soli & immobiles perinde ac mobiles, sed etiam habitationem commodari posse. Ex quo sanè, vt exordiamur, non possum videre qua ratione Accursius infectat quod probare vult, Habitationem gratuitam precariò dari non posse, Alioqui eodem argumentandi genere probauerit, neque res mobiles, neque res soli precariò dari posse, quia tam has quàm illas commodari posse, eodem loco Vlpianus scribit. Quasi verò aliquid obstet quominùs ea quæ commodari possunt, etiam precariò dari queant. Cùm tamen in cæteris ferè omnibus precarium sit simile, commodato *leg. 1. D. de precar* Plus puto, latiùs patere precarij quàm commodati causam, itavt quicquid commodari potest, idem & precariò dari possit, at non è conuerso commodari possint omnia quæ precario concedi possunt. Nam & ea quæ in iure consistunt precario dari posse constat *d. l. & habet 15. §. precaria.* Cùm precariò habere videatur quisquis possessionem alicuius siue corporis, siue iuris adeptus est ex hac solummodò causa, quòd preces adhibuerit, & impetrauerit vt sibi possidere, aut vti liceret, Veluti si me precariò rogaueris vt per fundum meum ire vel agere tibi liceat, Vel vt in tectum aut in aream ædium mearum stillicidium, vel tignum in parietem immissum habeas *l. 2. §. vltim. & l 3. eod.* Quæ tamen omnia nullibi scriptum reperias commodari posse: Cumque inter ipsos quoque veteres prudentes dubitatum sit, An commodari possint res soli. Labeone id negante, Cassio verò cuius sententia præualuit, contrà affirmante *dict. l. 1. §. 1. commod.* Quis credat consensisse omnes illos in eo, vt etiam iura commodari possent? In quibus nimium longè maior ratio quàm in rebus soli & immobilibus facere videbatur ne commodari possent. Cùm enim commodatum ex eo sit genere contractuum qui re perficiuntur *l. 1. §. is quoque cui D. de oblig. & act.* id est rei traditione, tradi autem iura & res incorporales non possint quia nec tangi possunt *l. 1. §. vlt. D. de rer. diuis* consequens certè est vt in iis quæ consistunt in iure, consistere commodatum non possit, Præsertim verò si de iis agamus quæ per concessionem ita incipiant iure subsistere, vt antea nullomodo essent in rerum natura, Quemadmodum euenit in exemplis illis quæ retulimus ex *leg. 3. De precar.* Nam cùm tibi concedo vt per fundum meum ire agere tibi liceat non animo constituendæ seruitutis, sed temporariæ liberalitatis erga te exercendæ gratia, Aut vt stillicidium in tectum, vel in aream ædium mearum, aut tignum tuum in parietem meum immissum habeas, Sunt hæc omnia eiusmodi vt tamdiu duntaxat iure subsistant, quandiu durat concessio, Et sicuti ante concessionem non erant in rerum natura, Ita & reuocata vel finita concessione in rerum natura esse desinant, Finito quippe iure cuius solius potestate subsistebant. Quomodo igitur fieri potest vt commodari possint? Siquidem commodati natura & conditio præcipua illa est vt finito commodato eam ipsam rem quæ commodata fuit, resti-

co oporteat *dict. §. is quoque cui*, Itémque vt durante commodato & possessionem & proprietatem rei commodatæ retineat is, qui commodauit *leg. rei commodatæ 6 D. commod.* Quomodo autem fieri potest vt commodatori reddatur id quod ipse ante commodatum nunquam habuerit? Aut vt penes commodatorem remaneat & proprietas & possessio illius iuris quod ante concessionem nullum fuerit, quodque tale sit vt concessione finita rursum necesse sit euanescere? At precariò dari hæc omnia possunt, quia ad precarij constitutionem nihil aliud requiritur, nisi vt ex parte accipientis preces interueniant, Ex parte verò concedentis vt liberalitatem aliquam exercere velit in accipientem, tamdiu duraturam quandiu non fuerit reuocata *dict. l. 2. §. vltim.* Quid verò interest, quantum ad liberalitatem exercendam pertinet, an concedã tibi vti ea re quæ iam antea fuerit mea, An eo iure quod nec meum adhuc fuerit, nec tuum? & quod reuocata liberalitate nec tuum, nec meum futurum sit: Sufficit verò ad constituendum precarium, vt vtilitatem aliquam & commodum afferre possit accipienti, siue vsus, siue possessionis alicuius: nec aliud quicquam exigitur, In quo manifestè differt à commodato. Sicut & in eo quod cùm nullomodo possideat commodatarius, si de vera possessione intelligas quæ distincta sit ab asinina, vt vocant, detentatione *l. officium 9. in fin. D. de rei vindica.* Is tamen qui precariò rogauit, verè possidet si modò rogauerit non vt in possessione tantùm esset, aut moraretur, sed vt possideret, Siquidem id ipsum ei concessum intelligitur, quod rogauit sibi concedi *l. si quis ante 10 §. 1. D. de acquir possess.* iuncta *l. 4. §. 1. leg. certè 6. §. is qui rogauit, & dicta l. & habet 15 §. eum qui D. de prec ar.* Quò etiam pertinere videtur, quod Iauolenus in *l. interdum 21. D. de acquir. possess.* postquam dixit, Interdum eius rei possessionem cuius ipsi non habemus alij tradere nos posse, Subiicit enim exemplum, non in cõmodato, de quo tamen solo in lege præcedenti actum fuerat, sed in precario velut, inquit, *cùm is qui pro harede rem possidebat antequam dominus fieret, precariò ab harede eam rogauit.* Nec enim idem exemplum ad rem commodatam aptari posset, quia cuius rei possessionem non habeo, eam rem tibi commodare, & ea ex causa tradere non possum. Hæredem porrò certum est, non prius possidere res hæreditarias, quàm corporalem earum possessionem nactus sit *l. cum heredes 23. eod. tit.* At precario concedere quis potest etiam id quod non habeat penes se, si modo tale sit, cuius possessionem apprehendere posset si id mallet, Adeòque id quod nec habeat ipse nec habere vnquam possit, si modò ex eius voluntate commodum ea eo aliquod accipienti acquiri possit, vt in exemplis illis quæ attulimus, de seruitute precariò constituta. Nemo enim rei suæ seruitutem aut habet aut habere potest, cùm nemini res sua seruiat, nec seruire possit *l. in re communi 26. D. urban præd. l. vti frui 5. D. si vsusfr. pet.* Indéque videtur dubitandi causa prudentibus antiquis data fuisse, cur non omnes consenserint vt habitatio commodari posset: Cùm habitationem pro seruitute personali haberent, quæ vsui esset simillima *l. si quis vnas 32. D. de vsufr. l. si habitatio 10. D. de vsu & habit.* Certum autem esset alias seruitutes neque commodari si iam constitutæ sint, neque commodato constitui posse quamuis possint precariò constitui, non etiam quæ iam constitutæ sunt, dari precario, Vt disputauimus *lib. 19. Coniect. c. 7.* Et verò quamuis Viuianus in ea fuerit sententia vt crederet habitationem commodari posse, ad id fortasse respiciens, quòd habitatio in facto magis quàm in iure consistere videatur, vt scriptum est *in l penult. D. de cap. minut.* Eam tamen sententiam non omnibus prudentibus placuisse ex eodem ipso Vlpiano intelligimus, qui licèt supradictam Viuiani opinionem referat *in dict. l. 1. §. 1. commod.* & in *l si gratuitam 17. in princip. D. de præscr. verb.* quæ sumpta est ex eodem Vlpiani libro 28. ad Sabinum, Non tamen probat quod idem Viuianus putabat, Vt qui habitationem gratuitam alicui dedit, commodati eo nomine agere possit, Sed tutius esse ait vt præscriptis verbis hoc casu agatur *in dict. l. si gratuitam*, Ad effugiendum scilicet periculum malè institutæ, electæque actionis, Cùm non constaret inter prudentes an habitatio esset ea earum rerum genere, quæ commodari possent: Verum enim illud est nec ab Vlpiano, aut alio vllo improbatum quod Labeo dicebat, Inter vtendum datum, & commodatum tantùm interesse quantum inter genus, & speciem Vt non quicquid vtendum dari potest, ideò commodari possit, quamuis è contrario quicquid commodatur hoc ipso vtendum detur: Quo exemplo si quis dixerit Inter vtendum datum & precarium tantundem interesse, is certè, iudicio meo non errauit: Latiùs siquidem patet vtendum datum tanquam genus, quàm precarium, cùm velut suas species & precarium contineat, & commodatum. Sed non inde tamen fit, quin precarium latiùs quàm commodatum pateat, cùm multa dari possint precario quæ commodari non possunt. In quorum numero si Labeonem consuleres, poneret ille omnes res immobiles & soli: Quamquam malè, si Vlpiano cæterisque prudentibus credamus, à quibus ea sententia iampridem explosa fuit. Sed cùm de cæteris rebus quæ in iure consistunt nusquam scriptum legamus, quòd commodari possint, nihil causæ est cur hac parte à Labeonis traditione discedamus, distinguentis Vtendum datum à commodato, tanquam genus à specie, Dum ne ex eo inferamus quod ille malè inferebat, Res ergo immobiles commodari non posse, quamuis vtendæ dari possint. Hoc verò cùm ita sit vt latiùs pateat precarium quàm commodatum, nec tamen defuerint ex prudentibus, qui habitationem quoque gratuitam commodato dari posse dixerint, Illa semper dubitatio manet, Cur non ergo longè magis dari precario possit. Nam si quis pro Accursio dicat, Supposita Viuiani sententia pro vera, non posse gratuitam habitationem alicui concedi, quin hoc ipso commodata videri debeat, is vtique multò magis errauerit. Non enim sola vtendi concessio gratuita commodatum facit, sed ea demùm quæ certo vsu & tempore sic concluditur, vt ante tempus illud reuocari commodatum non possit Alioqui si concessio illa gratuita nullo tempore coarctata sit, sed tota pendeat ex voluntate, & liberalitate concedentis, non commodatum erit sed precarium. Nam nec si aliam rem quamlibet, siue mobilem, siue soli ad certum tempus gratuitò concessam poneres, precarium tamen esset sed commodatum, Vt ergo differentia aliqua sit inter gratuitam habitationem, & cæteras res de quibus non ambigitur, quin precario dari possint, Necessariò accipienda est Pomponij sententia quæ extat *in d. l. & habet §. 1.* de illo casu quo habitatio gratuita concessa sit non ad certum vsque tempus, sed ad voluntatem & arbitrium concedentis, Ita vt nec iis ipsis qui habitationem commodari posse putant possit videri commodata. Latet igitur hic nescio quid occultæ rationis, quod nemo hucusque introspicere potuit, nemo certè explicauit. Videtur autem non modò Pomponius, sed tota etiam Iurisprudentia (non enim ex aliorum minùs quàm ex sua sententia sic Pomponius scripsit) ita ius constituisse, vt habitatio gratuita precariò concedi nequeat, Propterea quòd cùm precarium non aliter constitui possit, quàm si eius non tantùm concessio, verùm etiam

duratio

catario tota pendeat ex concedentis voluntate. Absurdum sanè visum sit adeoque alienum à publica vtilitate, vt in arbitrio & potestate alterius sit in singula momenta cogere habitatorem gratuitum, vt aliam sibi habitationem quærat si forte vno aut altero post concessionem die, vel etiam vna aut altera hora velit concedens liberalitatem suam reuocare, quod vtique pro suo iure facere posset, etiamsi maxime precarium valeret. Hancque sententiam & rationem contextus ipse verborum Pomponij suadere videtur. Nam postquam præfatus est interdictum hoc de precario habere summam æquitatem, vt eatenus quisque nostro vtatur quatenus ei tribuere volumus, statim subiicit velitti cuiusdam illationis loco, Hospites & eos, qui gratuitam habitationem accipiunt non intelligi precario habitare, Quo hospitum nomine certè intelligit non inquilinos, aut habitationis commodatarios, sed omnes eos qui in domo amicè & gratuitò recipiuntur, cum domino ædium per aliquot dies commoraturi, quod fieri inter amicos solet, magisque distat à commodato habitationis quàm si habitatio alicui & gratuita, & separata conceditur. Quamuis non magis hoc quàm illo casu precarium aliquod constitutum videri possit, Est enim potiùs donatio cùm quis in alienis ædibus gratis habitat, Etiamsi ad certum tempus ea concessio facta sit *l. in ædibus 9. D. de donat.* vbi additur huius donationis commodum in eo totum consistere quod mercedem nullam habitator præstat pro habitatione. Quibus verbis Pomponius ostendit hunc habitatorem similiorem esse conductori, quàm commodatario, licèt gratuita habitatio ad certum têpus ei concessa sit. Quod necessariò ponendum est, Alioqui nec inquilino similis esset, cùm non nisi pro certo tempore & locatio fieri, & merces deberi possit Nam cum habitatio eiusque tam necessaria sit pene ad vitam quàm victus ipse aut vestitus, ita vt vitæ pars aliqua in habitando consistere, videatur, ferè esset vt vitam ipsam ab alio habere precariò dicendus esset, quisquis habitationem eo iure haberet, nulloque certo tempore limitatam. Longè magis, quàm si victus & vestitus alicui precariò concessus preponeretur Victum enim & vestitum in singulos penè dies conquirere minus incommodum minusq; molestum esset, quàm habitationem quotidie mutare, cuius non solùm perquisito, sed & mutatio ipsa per se incommoda & damnosa esse solet: Quanquam in habitationis exemplo illud quoque recipiendum esse non dubito, quamuis nullo quod sciam iuris loco scriptum sit, vt vestimenta non possim tibi precario dare, aut mecum hodie prandendi vel cœnandi potestatem precariam facere, Ne in mea potestate futurum sit reuocato statim precario nuditati te reddere, aut inter medias epulas à reliquo prandio te arcere: quod & ridiculum esset & inhumanum. Denique solus Deus ille est à quo precariam vitam & precarium spiritũ habere nos profiteri debeamus, Nec similis tantaque vlli homini in alium hominem potestas danda est. Ex quo intelligimus quàm verũ sit quod nos in superioribus disputauimus contra Didacum Couar. *lib. 3. Varr. resolut. c. 15.* Liberam esse cuiuslibet precarij reuocationem ad nutum concedentis, nec intempestiuè factam dici posse, licèt fiat statim & antequàm vllum ex precario commodum senserit is qui accepit, adeóq; licet damnum potiùs ex eo sensurus sit ob importunam reuocationem Nam si aliter iuris ratio ferret, Nihil certè causæ esset cur non & alimenta vnius horæ & vestimẽta precario dari possent & ipsa quoque habitatio. Sic enim accipi precarium oporteret vt non priùs esset reuocabile, quàm alimentorum & vestimentorum, & habitationis commodum aliquod rogans accepisset.

ERROR VIII.

De sententia & ratione l. Aquilius 27. D. de donat. & retractata interpretatio & emendatio l. Lucius 32. eod.

PRofessus sum aliquando, nunquam me vel faciliùs errare, vel infeliciùs, quàm cùm erroneas interpretum opiniones à nemine adhuc tentatas, habeo pro veris. Id verò mihi accidit manifestè, in duabus his legibus explicandis, quas ob eam causam cogor nunc, neque pudet retractare. Nam cùm viderem ex interpretib. nostris dubitare neminẽ, quin sicut cæterarum ferè omnium rerum, etiam illarũ, quę commodari non possunt, ita etiam habitationis gratuitæ precarium possit consistere, necdum aduertissẽ animum ad id quod nos proxime disputauimus ex Pomponio *in l. habet 15. §. 1. D. de precar.* Neque hospites, neque illos qui gratuitam habitationem accipiunt, precariò habitare, Putabam responsum Scæuolæ quod extat *in l. Lucius 32. D. de donat.* quemadmodum gratuitam habitationem pertinet, vt constat ex verbis illis epistolæ *Hospitio illo, quandiu volueris, vtaris superioribus diætis omnibus gratuito*, Ita nec de alia gratuita habitatione posse intelligi quam quę precariò concessa esset: quæ cæterorum interpretum omnium sententia & interpretatio est, Collecta ex eo quod ponit Scæuola fuisse in epistola adiectum *Idque te ex voluntate mea facere, hac epistola notum tibi facio.* Quasi ex his verbis appareat concedentis illam fuisse mentem, vt ex sua voluntate concessio penderet: quod si non vnicum, certè præcipuum est ex quo precarium æstimatur. Ideóque nimirum defendebam esse aliquid emendandum in responso illo Scæuolæ, & pro eo quod scriptum legimus *quandiu volueris* legendum potiùs *quandiu voluerim* quæ vulgaris formula precarij est, vt in eius qui concedit non in illius qui rogat voluntatem & arbitrium consistatur, Et inde quoque petendam esse dicebamus rationem eius quod Scæuola respondet concedentis hæredes mutare posse voluntatem, quippe quam & ipse concedens mutare potuisset, quomodo & Accursius, & post eum Accursiani omnes ratiocinantur: A quibus in eo solo dissentiebamus, quòd cùm illi precarium inducant ex postremis illis epistolæ verbis *Idque te ex voluntate mea facere hac epistola notum tibi facio*, nobis magis placebat vt induceretur ex formula illa *quandiu voluerim*, Siue quod longè aliud sit te quid facere ex mea voluntate, Aliud verò ad arbitrium & nutum meæ voluntatis, quod ex ipsis quoque interpretibus nonnulli obseruarunt quos refert & probat Didac. Couarr. *lib. 3. var. resolut. l. 15.* Siue quod à precarij natura prosus alienũ sit, vt permittam te vti re precariò concessa quandiu volueris, cùm alioqui non posset ex voluntate concedentis pendere, quod in accipientis arbitrium & voluntatem expressim collatum esset: Itaque non dubitabam quin & habitationis gratuitæ precarium in ea specie consisteret, Et aliud responderi à Scæuola debuisset, si precarium contractum non fuisset. Quod & Bartolus sensit ad *l. Aquilius Regulus 17. eod. tit.* vbi contrariam, quod prima facie videtur, sententiam Papiniani cum Scæuolæ responso sic conciliat, vt dicat apud Papinianum tractari de donatione, apud Scæuolam verò non de donatione sed de precario, Et ob id mirum non esse quod Papinianus negat habitationis controuersiam iure factam Nicostrato ab hæredibus Reguli: Scæuola verò contrà affirmat concedentis hæredes mutare voluntatẽ posse. Aliud, inquit, haud dubie responsurus, si in ea

specie fuisset donatio. Iam verò longè aliud mihi iudicium est, qui video de habitatione gratuita precariò concessa tractare Scæuolam ideò non potuisse, quia nec tale precarium vllum esse potest. Vt proinde frustra sit disceptare, Ex quibusnam epistolæ verbis inducendum sit precarium, An ex iis quæ interpretes nostri in hanc rem vulgo ponderant *ex voluntate mea*, an potiùs ea illis quæ nostra reponit emendatio *quandiu voluerim* pro iis quæ habet vulgata editio *quandiu volueris*. Cùm enim habitationis gratuitæ precarium nullum esse possit, consequens omnino est vt tam falsa sit nostrorum interpretatio quàm improbabilis nostra emendatio, Ac proinde, vt fatendum sit apud Scæuolam non minùs quam apud Papinianum tractari de donatione, Nam in Papiniani specie factam fuisse donationem apparet euidentissimè ex verbis illis epistolæ Aquilij Reguli ad Nicostratum *Dono & permitto tibi habitare in illo cœnaculo*: & ex illis sequentibus *ideòque non videri donationem sequentis temporis irritam esse*. Neque verò dubitandum est, quin habitatio donari possit, vt & alia res quælibet, Cùm donari dicatur quicquid nullo iure cogente conceditur, vt habet vulgata iuris regula, Hactenus nimirum, vt mercedis remissio per donationem facta intelligatur *l. in aedibus 9. in princip. eod. tit.* An ergo admittemus dissensione Scæuolam à Papiniano? Nihil minùs. Ex eo namque quod nunc defendimus nullum fuisse precarium in ea specie de qua respondit Scæuola, nihil aliud inferre possis, nisi quod nos libenter admittamus, Tractare igitur Scæuolam de donatione. Sed illa tamen differentia inter Papiniani & Scæuolæ speciem superest quod Scæuola respondet de simplici donatione, Papinianus verò de remuneratoria Sic enim scribit, Non meram esse donationem, sed officium magistri quadam veluti mercede remuneratum Regulum: Ita innuens non obscurè, futurum vt Reguli hæredes donationem reuocare possent si pura & simplex non remuneratoria esset donatio: Hoc verò illud ipsum est quod Scæuola respondit, Tantum abest vt Papinianus à Scæuola dissenserit. Illa igitur duntaxat quæstio superest, Qua ratione motus vterque respondere potuerit donationem simplicem & inter viuos factam à donatoris hæredibus reuocari posse. Id enim est quod neque Accursius, neque Bartolus, neque alius quisquam ex interpretibus docuit, Et cuius ignoratione coacti sunt omnes dicere, nunquam agi apud Scæuolam de donatione, siue simplici, siue remuneratorio, sed de concessione tantùm precaria, Non animaduertentes in ea specie de qua Papinianus respondit, nihil esse propter quod dici possit, si donatio remuneratoria non fuisset, eò magis futurum vt concessionem pro precaria haberi oporteret, quæ facta esset expresso, vt dixi nomine donationis, quod etiamsi non esset expressum, non eo minùs tamen donatio esset *d. l. in edibus*. Nec tamen Papinianum dubitare quin eo casu reuocari à donatoris hæredibus posset: An quasi facta rectori & ei cui magna reuerentia debeatur, vt ridiculè Accurs. putat *ex leg. 1. §. prouinciae Cod. de contr. iudic.* Aut quasi non insinuata cùm excederet summa quingentorum aureorum, vt idem Accurs. subiicit? Sed sunt ista omnia perabsurda licet à cæteris vulgaribus interpretibus probata. Quid enim simile habet præceptor studiorum liberalium cum rectore prouinciæ vt donationem accipere nullam possit? Aut quomodo potuit Papinianus respicere ad solemnitatem insinuationis, quæ à posterioribus tantùm Imperatoribus fuit introducta? Neque verò nos meliùs cùm in Coniecturis nostris scripsimus dubitandi rationem ex eo petendam esse; quòd donatio facta fuisset à Nicostrato iuuene, id est vt interpretabamur minore. Iacobus Cuiacius dubitationis difficultatem benè vidit, sed malè dissoluit. Refert enim totum hoc ad legem Cinciam quæ de donationibus lata est, earúmque licentiam restrinxit, & cuius potestate factum esse vult vir doctissimus, vt donatio ab aliquo facta ipsum solum donantem obliget, non etiam illius hæredes, quominùs reuocare donationem possint si de iis nihil in contrarium dictum vel actum sit. Quod tamen totum, ni fallor, commentitium est Lex namque illa, cuius vix vlla vsquam mentio in libris nostris, sed tantùm in Caij Institutionibus, modum quidem donationibus imposuit, vt ille refert, sed circa quantitatem duntaxat ne vltra certam summam fieri possent vt effrænata multorum liberalitas coerceretur, Non etiam vt quod ritè rectéque donatum esset, reuocari posset per hæredes donatoris. Quidni enim ex donatione per defunctum facta sicut ex alio quolibet ipsius facto hæredes teneantur? Aut cur iis permittatur ex hac causa potiùs quam ex alia vlla venire contra factum eius, cuius personam ipsi repræsentent. Scio quibusdam placere donationem etiam inter viuos factam redire ad donatorem si viuo eo donatarius decesserit, Nisi hæredibus quoque donatum proponatur. Sed præter id quod non caret ea res dubitatione, de qua tamen hic tractare nihil attinet, longè difficilius est, vt donatio alicui facta ipsius hæredes non obliget, quàm vt redeat ad donatorem præmortuo donatario Nam cùm donationes siue remunerandi gratia, siue simpliciter factæ non aliam causam habere soleant, quam fauorem personæ cui liberalitas acquiritur, nec fauor vllus esse possit hæredis cuius persona semper incerta est *l. sciendum est 79. De verb. sign.* faciliùs potest illud admitti vt donatarij hæres de quo nihil in donatione dictum sit, non succedat donatario in re donata, cùm donatarius decessit viuo donatore. At vt donatio ab eo facta qui ius donandi habuit, ipsius hæredes non obliget, difficilius certè est, & à mera veraque iuris ratione alienius. Cùm ex qua persona lucrum quis sentit eius factum præstare debeat vulg. *leg. ex qua persona 149. De reg. iur.* nec magis contrà factum defuncti quàm contra proprium venire cuiquam concedatur, *l. cùm à matre 14. C. de rei vind.* Puto itaque probabilius dici posse quod nemo adhuc dixit, Ideò permissum esse hæredibus donatoris mutare voluntatem in specie *d. l. Lucius*, & permittendum etiam fuisse in specie per Papinianum tractata *in d. l. Aquilius*, si donatio simplex non remuneratoria fuisset, quia cius rei donatio facta proponebatur, cuius dominium non in donatarium translatum fuerat, sed manserat penes donatorem. Nec enim ædium proprietatem donatam voluerat Aquilius Regulus, quod si factum esset certè voluntatem mutare non possent hæredes donatoris quamuis non fuisset remuneratoria donatio, sed vsum duntaxat cœnaculi, Nec dominium hospitij Lucius ille apud Scæuolam, sed vsum gratuitum superiorum diætarum; Quibus casibus certum est non solùm proprietatis & dominij causam donatione non contineri, quod pertinet ad ædes quæ donatæ non sunt: Sed neque quod ad cœnaculum ipsum & superiores domus diætas quarum habitatio gratuita donata est, Quia cùm & naturali & ciuili ratione superficies cedat solo *l. 2. D. de superfi.* non est in potestate donatoris facere, nec si cœnaculum ipsum & superiores domus suæ diætas donaret, vt dominium vllum transiret ad donatarium. Multò minùs si non cœnaculum nec superiores diætas, sed vsum solum vel cœnaculi vel superiorum diætarum donauerit, vt in legibus quas nunc retractamus.

tractatus. Quo casu nihil aliud donatione continetur intelligitur, nisi merces illa quæ alioqui ab habitatore, quam ab inquilino præstanda esset *d. l. in ædibus 9. D. de donat.* Proinde initum videri non debet post rem fuisse Nicostratum controuersiam habitationis ab hæredibus Reguli apud Papinianum: Nec quod Scæuola respondit posse hæredes donatoris prohibere, ne superiori vel diætarum habitatione gratuita donatarius vteretur post mortem donatoris, etiamsi in donatarij voluntatem collata esset duratio donationis, iis verbis donationi inserti *quandiu volueris.* Cum in vtraque specie ita facere hæredes potuerint iure dominij, quod nec donator ipse per donationem amiserat, *d. l. 2. & l. 1. D. de superfic.* Dominium enim quod ad hæredem transit, non potest ab inuito eo discedere ne quidem ex contractu defuncti *l. si ego 9. §. si res*, vbi est textus elegans *D. de iur. dot.* Idque adeò verum est vt si supra ædes quas possideo cœnaculum sit in quo alius quasi dominus moretur: Interdictum, Vti possidetis mihi dandum sit, non ei qui moratur in cœnaculo, *l. 3. §. sed si supra D. vti possid.* vbi rationem Vlpianus ex Labeone reddit, quòd semper verum sit superficiem solo cedere. Qua de causa illud potissimum difficile in Papiniani specie videbatur, quonam remedio succurri posset Nicostrato aduersus Aquilij hæredes à quibus controuersiam habitationis patiebatur, cum donatio fuisset remuneratoria. Quasi absurdum foret ei dare interdictum contra proprietarios, quibus potiùs dandum esset si quis alius controuersiam possessionis facere vellet. Quo enim iure possis interdictum quod non nisi de possessione datur, ei accommodare qui non possideat, & aduersus eum ipsum, qui possidet? Quomodo in Publiciana solemus dicere, Quia possessori quasi domino datur, non posse illum dari contra dominum *leg. pen. D. de Public. in rem act.* Sed tamen concludit Papin. Nicost. si expulsus ad iudicem veniat, defendendum esse ad exemplum interdicti quod fructuario proponitur: quasi loco possessoris constitutus sit qui vsum cœnaculi accepit. Cuius rationis non illam vim esse credendum est vt Papin. probare velit in ea specie valere donationem; Nam etsi iure vetere non aliter valere donatio poterat quam si vel traditio vel stipulatio interuenisset; quarum neutra hîc interuenerat, Non stipulatio quæ scilicet per epistolam & inter absentes geri non potest, Donatio autem per epistolam facta proponebatur: Non traditio, quia nec per epistolam traditio fieri potuerat, nec tradi poterat habitatio & vsus cœnaculi, tanquam tale quid quod neque in iure, neque in corpore consistat. In proposito tamen non est quod traditionem requiramus, cùm donatio non corporis facta sit, adeoque nec iuris alicuius, quo casu patientia & vsus iuris esset pro traditione, ideoque & Interdicta velut possessoria constituta sunt, vt contra Labeonem disputat Iauolenus *in l. vlt. D. de seruit. l. 3. in princip. D. de vsufr.*) sed tantùm mercedis quæ alioqui pro habitatione præstanda esset *d. l. in ædibus 9. D. de donat.* Igitur eò tantùm hæc Papin. ratio pertinet, Vt sciamus interdictum, aut potiùs exemplum interdicti hoc casu accommodandum esse Nicostrato etiam aduersus hæredes donatoris, Non quasi magis aut veriùs ille possideat quàm hæredes, qui sane vniuersarum ædium vt domini sic & possessores sunt, Sed quia cum esset factus quasi possessor accepto vsu cœnaculi, & quidem ex causa non temporali, sed perpetua quandiu ipse viueret, scilicet donationis remuneratoriæ, non debuit permitti hæredibus donatoris, vt controuersiam ei facerent possessionis aut potiùs quasi possessionis quam ab ipso donatore accepisset, Sicut nec in specie *dict. l. Lucius* possunt hæredes donatoris prohibere donatarium donatione, si hospitij proprietas non sola habitatio gratuita donata fuisset, aut si sola quidem habitatio, sed ex causa remunerationis.

ERROR IX.

De emendatione d. l. Aquilius in versic. quod si expulsus.

AT difficile videtur intelligere quid sibi Papin. velit iis verbis *ad exemplum interdicti quod fructuario proponitur.* Quodnam enim, obsecro, interdictum illud est fructuario propositum, id est quod sit proprium fructuarij. & quo possit vti Nicostratus ad retinendam possessionem? An forte interdictum Vti possidetis? Minime. Est enim illud commune omnium qui possident rem soli, & quamuis inter fructuarios quoque reddendum sit siue alter vsumfructum aut vsusfructus possessionem, alter verò possessionem soli sibi defendat. Siue alter vsum, alter fructum soli sibi tueatur, vt scriptum est *in l. vlt. D. vti possid.* quoniam naturaliter videtur solum possidere is qui soli vsumfructum habet *l. naturaliter 12. in princ. D. de acq. poss.* Fructuario tamen non competit interdictum illud contra proprietarium, quia non magis potest fructuarius negare proprietarium possidere, quàm intendere ius ei non esse in fundo fructuario ædificare, aut aliud quicquam facere, quamuis contra vicinum & extraneum possit *l. 2. D. de oper. noui nunciat.* Itaque solum ei remedium superest vt vsumfructum petat & vindicet *d. l. 2. & l. 1. D. si vsusfr. pet.* Proinde debuisset potiùs Papinianus scribere succurrendum esse Nicostrato vt in sua quasi possessione retineretur, ad exemplum interdicti, non quod fructuario sed quod superficiario proponitur, id est De superficiebus quod superficiarij proprium esse ait Vlp. *in d. §. sed si suprà.* Proxime namque accedit ad superficiarium is, qui ex donatione habet vsum cœnaculi in ædibus alienis, licet non sit verè superficiarius quia superficiem ipsam neque conduxit, neque emit, neque ex donatione aut alio titulo accepit, sed superficiei vsum duntaxat, eúmque non à superficiario ipso, sed ab ædium domino constitutum, Ex qua causa certum est neque actionem in rem, quam Prætor dat de superficie, neque interdictum De superficiebus competere posse, Neutri enim locus est nisi in fauorem superficiarij, aut illius qui ius habeat à superficiario, Nec sanè dubito quin ita fuerit responsurus Papinianus, si Nicostratus de retinenda tantùm sua quasi possessione contendisset: At quia tractat eum casum quo fuerit expulsus, Sicuti de interdicto Vti possidetis intelligi non potest, ita neque intelligi posse videtur de interdicto de superficiebus quod superficiario proponitur ad exemplum interdicti Vti possidetis: An ergo de interdicto Vnde vi quod non solùm vtile est fructuario, sed etiam necessarium quoties is siue a proprietario ipso siue ab alio deiectus *l. 3. §. vnde vi & seqq. vsque ad fin. l. si plures 9. §. 1. D. vnde vi.* Sic Accursius noster credidit, Nisi quod vtile vult esse interdictum illud Vnde vi quod competit fructuario etiam contra proprietarium, quod tamen verius est directum esse. Quandoquidem directum illud cõpetit omnibus, qui deiecti sunt *l. 1. §. deiicitur & pass. eod. tit.* In quo numero est fructuarius quem constat, vt diximus, naturaliter possidere, Sed ne interdictum illud accommodari possit Nicostrato, illud obstat quod competit ei duntaxat cui vel vsusfructus vel vsus ex quacunque causa constitutus est, vt ait *d.*

l. 3. § item si non vsusfructus. Non autem de illo agimus, cui neque vsusfructus, neque vsus ædium constitutus sit, sed cui tantùm donata habitatio gratuita, citra constitutionem vllam seruitutis personalis. Non enim ob id solum quod permittam tibi vt re aliqua mea vtaris, continuò seruitutem vsus constitutam fuisse putandum est. Scilicet quia vsus cùm sit seruitus iuris est, Vti verò, est facti, *l. 1. D. quand. dies vsusfr. legat. ced.* Et qui ex domini permissione in alienis ædibus habitat, iisque vtitur, non tam seruitutem vsus quàm mercedis remissionem ex donatione accipere intelligitur. Hoc enim solum capere videtur, quod mercedem pro habitatione nullam soluit, quam soluere vtique deberet si inquilinus esset *d. l. in ædibus 9. D. de donat.* Vt proinde non magis vsuarius dici possit ille cui permisi habitare in meo cœnaculo eóque vti, vt in *d. l. Aquilius*, quàm si inquilinus meus esset, quod interpretes quoque nostri post Accursium omnes admittunt. Cùm igitur interdictum illud Vnde vi accommodari Nicostrato non possit, neque directum, neque vtile, An dicemus actione ordinaria debere illum experiri ad recuperandam possessionem à qua fuerit expulsus? Atqui non de possessione perinde ac de proprietate actiones ordinariæ exerceri possunt, id est solito iudiciorum more, & accepto iudice à Prætore, Nec si interdicti auxilium deficiat. Alioqui vsus interdictorum necessarius non fuisset. Nec ad rem facit, quod non de Prætore Papin. loqui videtur, sed de iudice dato, illis verbis *Quod si expulsus Nicostratus veniat ad iudicem*. Non enim debent accipi de iudice quem Prætor dederit, prout dare olim solebat in causis omnibus quæ iure ordinario expediebantur *leg. 2 Cod. de pedan. iudic.* Sed de Prætore ipso, vt infra dicemus. Porrò non illam esse Papiniani sententiam vt putet in hac specie locum esse interdicto Vnde vi aut actioni vlli quæ dari debeat Nicostrato ad recuperandam possessionem. Apparet ex eo quod non ait expulsum Nicostratum esse restituendum (quod proprium verbum est interdicti Vnde vi propositi fructuario & aliis expulsis ac deiectis omnibus) Sed esse defendendum, scilicet tanquam reum, cui controuersiam faciebant hæredes donatoris quasi donatio irrita esset, sequentis temporis, id est pro toto eo tempore quod Reguli mortem secutum fuisset. At in quo defendendum? An in sua possessione, Verùm ineptum hoc videtur cùm ponamus amissam fuisse à Nicostrato possessionem à qua fuerit expulsus? Essétque in possessionem suam restituendus hoc sensu, non defendendus. An potiùs in eo iure, quod fuit ei quæsitum per donationem, Vt nimirum iudex à Prætore datus aut Prætor pronunciet validam esse donationem, nec magis ab hæredibus Reguli quàm ab ipso Regulo reuocari potuisse: Hac enim pronunciatione illud etiam per consequentias continebitur, vt perinde liceat Nicost. habitare in illo cœnaculo post mortem Reguli, atque antea habitabat. Et ita licèt nihil de possessione restituenda pronuncietur, sua tamen quasi possessio ei restituetur, in executione iudicati, quemadmodum eueniret si quis alius cui interdictum restitutorium competeret ad possessionem recuperandam, mallet agere de proprietate & dominio, proposita rei vindicatione. Nam & per vindicationem non minùs quàm per interdictum actor consequitur, licèt alia via vt sibi res restituatur, *l. qui restituere 68 D. de rei vindic.* Et quidem cum omni causa, idest cum fructibus post litem contestatam perceptis. Vt proinde parum interesse videatur an qui expulsus est vincat interdicto, an rei vindicatione, Nisi quod in interdicto Vnde vi fructuum ratio habetur ex quo quis deiectus est *leg. 1. §. ex die 40. vnde vi*, At in rei vindicatione ex die tantùm litis contestatæ *l. præterea 20. De rei vindic.* Verùm huic interpretationi illud obstat, quod Papinianus vult defendendum esse Nicostratum tanquam possessorem constitutum: & ad exemplum interdicti, cum quo tamen nihil commune habet quæstio iuris & proprietatis *vulg. l. naturaliter 12. § nihil commune D. de acquir. poss.* Ad quid enim prodest quærere an Nicostratus quasi possessor factus sit accepto vsu cœnaculi, si neque restituendus sit, quasi expulsus à possessione, neque defendendus quasi possessor? An quia, vt iam attigimus, nulla interueniente stipulatione quæ nec fieri per epistolam potest, non aliter valeat donatio quàm si traditio intercedat aut aliquid quod sit vice traditionis? Atqui de corporum donationibus id intelligi debet, aut etiam iurium, quorum illa quidem verè tradi possunt, hæc verò quasi tradi vt suprà diximus. At donatio, quæ ex gratuita ædium alienarum habitatione conceditur non est huius generis, cùm neque corporis neque iuris alicuius translatio sit, sed tantum remissio mercedis, quam alioqui habitator pendere tanquam inquilinus deberet, quemadmodum scribit Pompon. *in dict. leg. in ædibus*, vbi ad hanc ipsam obiectionem tacitè respondere videtur iis verbis *Potest enim & circa corporum donationem valere donatio*. Additu etiam exemplo *veluti*, inquit, *si donationis causa cum debitore meo paciscar ne ante certum tempus ab eo petam.* Quo tamen exemplo etiam significat, donationem hanc valere quidem, sed ita tamen vt ex ea non possit competere actio, sed sola retentio, quia certum est pactum de non petendo actionem non prodesse sed tantùm ad exceptionem. Nam neque ex donatione perfecta per traditionem absque stipulatione actio vlla donatario acquiritur, cùm iam possessor factus sit, sed tantùm retentio ne ab alio inquietari possit. Quamuis hoc amplius iuris habeat, quod si post acquisitum dominium possessionem amitteret vtique rei vindicandæ ius tanquam dominus haberet, quod habere non potest is qui per donationem dominus factus non est. At hic de quo agimus Nicost. non potuit fieri dominus ex gratuitæ habitationis donatione, quia neq; id inter eum & Regulum agebatur. Actionem igitur nullam habere potest nec de proprietate nec de possessione, quamuis fuerit expulsus. Ac proinde necesse est vt ei succurratur tanquam reo, & iure defensionis, non autem iure actionis & ob hanc solam causam disputationem illam institui an factus sit possessor necne, quia non alij quàm possidenti dari potest retentio *l. hær. 21. ad SC. Treb l. 1. D. de pign.* Hoc verò est quod explicatu sanè difficillimum videtur in responso Pap. Quomodo aut quo iure possit defendi, cùm per viam retentionis ei consuli non possit qui possessor esse desiit. Augetur dubitatio ex postremis illis responsi verbis *quasi loco possessoris constitutus, qui vsum cœnaculi accepit.* Quib. innuit Pap. defendendum esse Nicost non ex ea causa quòd aliquando fuerit possessor, nunc verò non sit, sed eo iure quo succurrit fulcat ei qui possidet ad suam possessionem retinendam. Quasi etiam post expulsionem adiuuandus adhuc sit remedio aliquo retinendæ possessionis, perinde acsi adhuc possideret. Atqui certū est inutile esse in eā rem interdictū Vnde vi, & aliud quod ibet remedium, quod velit quis inducere. Ad exemplum illius interdicti, per quod scilicet solis deiectis succurritur, nec tanquam possessoribus sed tanquam deiectis, & qui desierint possidere. Ergo necesse est vt de alio interdicto Papinianus senserit quàm de interdicto Vnde vi, siue directum illud interpretari velis siue vtile De alio, inquam, interdicto, quod etiam post expulsionem possit prodesse expulso Nicostrato vt in sua quasi possessione retineatur & consequenter quod ei accommodandum

si

sit, non solùm tanquam actori, sed etiam quod magis mirum est, tanquam possessori. Vbinam verò genium tale aliquod, siue interdictum, siue remedium inueniemus? Non aliud certè quàm illud ipsum de quo iam aliquid attigimus quod Prætor proposuit De superficieb. Nam cùm sit illud introductum exemplo interdicti Vti possidetis, nemo dubitat quin & ad retinendæ possessionis causam pertineat, & inrorum numero sit quæ duplicia appellantur, ideò quod in ipsis vterque ex litigatoribus & actor sit & reus *d.l.1 §. proponitur De superfic.* Vbi addit Vlp. Prætorem eo interdicto tueri eum qui superficiem petiit. Vtitur verbo *tuendi* vt significet eo interdicto non aliud agere Prætorem, quàm vt superficiarium defendat in sua possessione, Et vtitur tamen verbo *petendi*, vt ostendat non eo minùs interdictum illud competere superficiario etiam ad agendum, vt in sua possessione defendatur, licèt expulsus sit à proprietario. Non enim fieri potest vt non vincatur eo interdicto proprietarius qui superficiarium expulit, siue vi, siue clam expulerit, cùm edicti verba illa sint *Vti ex lege locationis, siue conductionis superficie qua de agitur, nec vi nec clam nec precariò alter ab altero fruimini, quominùs fruamini vim fieri veto.* Ita fit vt qui expulsus est vincit, & tanquam actor, & tanquam reus, Quasi vicissim ipse conueniatur ab eo, qui expulit, & quem ideò succumbere necesse est, quòd licèt possideat vi tamen aut clam possidet. Et quidem ab aduersario, cui proinde possessio illa nocere nullo modo potest, cùm non sit iusta, licèt sit vera *l.1.§.vlt & l.2.D. vti possid.* Concludendum igitur est magnum subesse mendum in responso illo Papin. & pro *fructuario* legendū omnino esse *superficiario*.

ERROR X.

De interdicto quod superficiario proponitur, De eo in d. l. Aquilius.

HVic sententiæ & emendationi nostræ consequens est, non de interdicto Vnde vi, aut vti possidetis quod vtrumque fructuario competit sensisse Papinianum, sed de interdicto De superficiebus quod superficiario specialiter propositum est, Non quomodo interdictum Vnde vi omnibus qui de possessione sua deiecti sunt, aut interdictum Vti possidetis omnibus qui solum possident. Vnde est quod idem Vlp. ait *in d.l.3.§. sed si suprà vti possid.* superficiarios si quando possessionem suam tueri velint vti proprio interdicto, Quod de fructuario non perinde scriptum est vllo iuris loco, nec scribi potuit, Etsi.n. superiora duo illa interdicta Vnde vi & vti possidetis, fructuario quoque competunt, non sunt tamen fructuarij propria nec ei proposita, sed communia, vt dixi omnibus qui vel deiecti sunt, vt restituatur, Vel qui rem soli possident: in quo numero non sunt superficiarij qui solam superficiem possident iure suo, Multò minùs verò Nicostratus ille Papinianeus, quem constabat minùs iuris habere quàm superficiarium, cùm ei permissum duntaxat esset vti superficie & cœnaculo iure donationis concessa ei gratuita habitatione. Replicabis fortasse nostram & emendationem & interpretationem fore admittendam si de superficiario Papinianus ageret, ac de eo cui interdictum De superficiebus dari posset. At loqui Papin de illo qui non possit experiri interdicto, ac proinde quem necesse sit quasi actorem venire ad iudicem Ergo proposita potiùs actione De quasi superficie, Quæ licèt eodem edicto inducta sit, quo interdictum ipsum De superficiebus in hoc tamē differre videtur ab interdicto, quòd non sicut interdictum, ita & actio De superficie duplex est: Non quod non sint etiam actiones quædā duplices, & iudicia duplicia, in quib. vterq; ex litigatoribus & actor est & reus *l.act.37.D.de obl.& act.l.in trib.13 D.de iud.* Sed quia actio de superficie non est ex num. eiusmodi actionum, cùm non detur nisi causa cognita in quo differt ab interd. *d.l.1.in princ.& §.quod ait prat. De superf.* Resp Eam nimirum ob causam Pap respondere defendendum esse Nicostratum si ad iudicem veniat, Non ad exemplum actionis de superficie, sed ad exemplum interdicti quod superficiario proponitur, Quia causæ cognitio quam Prætor adhibet in danda actione De superficie, tota in eo versatur vt nec alij quā superficiario detur, nec rursū cuilibet superficiario, sed ex soli qui superficiem ad longum tēpus conduxerit *d.§.quod ait Prat.* Itaq; propius erat & conuenientius, minùsq; alienum à proposito Prætoris, vt Nicostrato succurreretur ad exemplum interdicti quod superficiario proponitur, quàm ad exemplum actionis De superficie, Præsertim cū fieri non posset vt actionem vllam haberet ex ea donatione quæ neq per stipulationem facta fuisset, nec per talē traditionem aut quasi traditionem, ex qua translatū fuisset dominium, ad producendā rei vindicationē. At cùm non habeat interdictum, inquies, an non prorsus necesse est vt proponat actionē aliquā & quidem quæ sit simplex neque duplex vllomodo esse possit? Quo admisso qui fieri potest, vt defendatur tanquam reus qui post expulsionē non modò actoris partibus fungi, sed & verè actor esse cogitur? Respond. est quod nemo obseruat, non magis actione vlla quàm interdicto egere Nicost. vt aduersus donatoris hæredes ius suum tueatur. Nam cùm sit verissimum quod prima huius responsi Pap. parte continetur, non meram esse donationē quā Reg. in Nicost contulisset, sed officiū magistri eiusdémq; Rhetoris quadā veluti mercede remuneratum Regul. quasi compensatione facta mercedis quæ pro habitatione alioqui fuisset debita, cum mercede quæ Nicost debebatur, quòd is doctrina & eloquentia sua meliorē Regulum fecisset, consequens omnino est vt expulsus Nicost. neque interdicto, neque actione vlla indigeat, sed cognitionem Prætoris extraordinariam implorare possit, cui scilicet locus est quoties agitur de mercede præstanda præceptorib. studiorum liberalium, in quo numero Rhetores primi cōtinentur *in l.1.in 1. D.de extraord. cog.* Et ob id eleganter dixit Pap. *si Nicost. expulsus veniat ad iudicē*, quia non quemadmod. in ordinariis iudiciis differentia magna est inter ius dicentē & iudicem, cùm ius dicens sit magistratus qui dat iudicē *l.1.D.de iurisd.* iudex verò ille sit qui à magistrato datus est ad cognoscendū de facto, & ad pronunciandū, Ita in extraordinariis cognitionibus separatur iudex à ius dicente. Cognoscit enim ille ipse, qui ius dicit, & hoc ipso ius dicit, quod cognoscit. Sicut euenit etiam in interdictis, quæ cognitione prætoria, non iure ordinario expediuntur: Quæ res facit vt minus videri mirū debeat, quod ait Pap. succorrendum esse Nicost ad exemplum interdicti quod superficiario proponitur Succurritur enim vtroq; casu per Prætorem qui ipse cognoscit, & quem eadem æquitas mouere debet vt quasi superficiarium defendat qui constitutus sit, quasi possessor, quæ moueret vt verum superficiarium defenderet, si possessionis suæ controuersiam, aut ab ipso proprietario, aut à quolibet extraneo pateretur: Quid ergo si donationis controuersia Nicost. fuisset facta priusquam vsum cœnaculi accepisset? Non esset quærendum de eo in possessione sua descendendo, quam numquam habuisset: Neque rursus actionem vllam habere posset ex donatione, quæ nec per stipulationem, nec per traditionem aut quasi traditionem perfecta esset. Solum igitur auxilium illud ei superesset, vt cognitionem Prætoris implorare ad solutionem mercedis sibi debitæ ab hæredibus Reguli

extorquendam, vel eam habitationem accipiendo, quam Regulus ei gratuitam animo remunerandi dedisset, vel in pecunia si commodius id videretur. Hæc verò omnia malè Accursiani explicant qui de interdicto, Vnde vi Papinianum intelligunt. Malè etiam in eo quod distinguunt cum Bartolo an Nicostratus factus fuerit fructuarius ad possidendum cœnaculum naturaliter, an non, Vt priore casu succurratur ei per interdictum, Posteriore verò per officium iudicis, Locus sanè perdifficilis est & perobscurus, necdum à quoquam benè explicatus, quia nec quisquam ante nos vidit mendum quod suberat, Et cuius tamen obseruatione petenda omnino fuit vera legis interpretatio. Nec veriorem aut elegantiorem vllam emendationem à nobis vnquam traditam fuisse arbitramur.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Septuagesimaoctaua.

ERROR PRIMVS.

De condictione furtiua contra hæredem furis, an in solidum an de eo tantùm quod ad ipsum peruenerit, danda.

REDIMVS ad tractatum De actionibus ex maleficio quæ habent rei persecutionem, Quem inchoatum iam inde ab *Error. 4. Decad 76.* interrumpi necesse fuit, nobis penè inuitis ob interiectum tractatum De precario. Quoniam autem huic quæstioni potissimùm causam dedit condictio furtiua, quam nos contra Iacobum Cuiacium defendimus iampridem in solidum dandam esse aduersus hæredem, Ex apertissimis verbis Vlpiani *in l. in condictione 9. D. de condict. furt* æquum est vt & de condictione ista, & de supradictæ legis sententia latiùs disputemus, iisque omnibus quæ pro tuenda Cuiacij contra nos, imò contra Vlpianum sententia afferuntur, respondeamus. Primùm autem præfari cogor, Mirum videri mihi, quod qui contra nos scripserunt obiiciunt niuceri nos paucis rationibus, & lege vna, Cuiacium verò & melioribus rationibus, nec lege vna. Quidni enim sufficere nobis ad victoriam debeat vna lex quæ tam aperta sit, vt ad eam nihil responderi possit? Et vna quoque iuris ratio, quæ nec multiplex esse potest, non magis quam veritas cùm ex Principiis iuris proficiscitur. Ita sanè est: Vno illo Vlpiani loco niti volumus, Et vnica illa ratione, quòd actiones quæ rei persecutionem continent ex vtraque parte tam rei, quàm actoris, licèt ex delicto nascantur, aduersus hæredem tamen in solidum dentur, vt à nobis iam probatum est *in dict. Decad. 76.* At pro viro doctissimo quam illi legem nobis proferunt ex tam multis? & quam bonam rationem ex tot melioribus? Nullam certè legem quæ ad disertis verbis, aut æquipollentibus dicat, Condictionem furtiuam non dari in solidum contra hæredem: Nullam quoque rationem iuris, quæ id ipsum possit vel à volente euincere. Et quod consequens est nihil habent idem illi, quod ad Vlpianum, nihil quod ad rationem nostram respondeant, quod vel minimo leguleio facere possit satis. Imò verò in eas se angustias vltro coniiciunt, vt iuris principia violare cogantur, ne nihil respondere videantur. Ac priusquàm de noua quam ad Vlpianum afferunt interpretatione dicamus, & vt tantò clariùs appareat, quã ridicula illa sit, de ipsa primùm ratione dispiciamus. Non possunt isti negare quin verissimum sit, quod apertè scriptum est in *l. si pro fure 7. §. 1. & 2. eod. tit. De condict. furt.* Condictionem furtiuam non pœnam petere sed rem ipsam, reique persecutionem habere. Sed aiunt nihil aliud hoc esse quàm si quis diceret, Condictionem furtiuam non destitui rei persecutione, sed eam continere. Quæ frasis, inquiunt, tantùm abest vt pœnalem esse neget, vt vel innuat satis, non esse condictionem hanc rei merè persecutoriam. Quasi quod dicimus huiusmodi condictione rem contineri, præsupponat aliquid esse cum quo sub vna actione persecutio contineatur Et addunt, *si non cum pœna saltem cum delicto.* Ita fit, vt duo dicant non modò falsa & absurda singula, sed etiam inuicem pugnantia. Illud primùm quod ante illos nemo vnquam dixit, nec Cuiacius ipse quem defendunt, imò dicere ausus est, Condictionem furtiuam esse pœnalem: Alterum verò, Pœnalem actionem non ex eo solo æstimari quod pœnam vel solam, vel cum re ipsa persequatur, sed etiam ex eo quod admixtam habeat causam delicti. Quod si ità est, Omnes ergo actiones erunt pœnales quæ ex delicto proficiscuntur. Et consequenter malè Iustinian. regulam illam iuris quam certissimam esse ait *in §. non autem. Inst. de perpet. & tempor. act.* concepit de actionibus ex maleficio pœnalibus, si omnes quæ ex maleficio dantur sunt pœnales. Et sanè si condictio furtiua ob id solùm pœnalis est quod detur ex delicto, fieri non potest vt exemplum aliquod proferatur actionis vllius ex delicto proficiscentis quæ non sit pœnalis, Siquidem nulla prorsus est quæ aut magis rei persecutionem contineat, aut minùs accedat ad pœnalem Quòd si tam certum esset quod isti volunt, esse illam pœnalem quàm certum est quod nos admittimus nasci eam ex delicto *l. si ambo 10. §. quoties. D. de compensat.* fatendum esset ex supradicta illa certissima iuris regula, Non igitur dari eam debere contra furis hæredem, quod tamen disertè negat idem Vlpianus noster *in d. l. si pro fure 7. §. vlt. de condict. furt.* vbi nec aliam affert huius sententiæ rationem, quàm quòd condictio rei furtiuæ habeat rei persecutionem. Quod etiamsi nemo diceret ipsum tamen condictionis huius nomen idipsum doceret. Non enim condictio tantùm furtiua dicitur, sed & condictio rei furtiuæ, vt appareat & ex furto nasci eam & non furti pœnam persequi, sed rem ipsam furtiuam. Nec dissimiliter Paulus *in l. ex furtiua 5. eod. tit.* Nunquam ea condictione alium teneri quàm eum ipsum qui furtum fecit aut hæredem eius Et Iustinianus *in §. vlt. De oblig. quæ ex delict. nascunt.* furti actionem ait, siue dupli sit, siue quadrupli tantùm ad pœnæ persecutionem pertinere. Nam ipsius, inquit rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam

aut

aut vindicando, aut condicendo potest auferre. Quibus verbis cùm vindicationem condictioni hac parte comparet, an non apertè ostendit condictionem furtiuam non minus esse rei persecutoriam, nec magis pœnalem quàm vindicationem? Sed multò apertiùs cum subijcit hanc tamen esse differentiam inter vindicationem rei furtiuæ & condictionem furtiuam, quòd rei quidem vindicatio aduersùs possessorem est, siue fur ipse possideat, siue alius quilibet, condictio autem aduersùs furem hæredémve eius licèt non possideat, competit. Quod totum sumpsit ex Vlpiano *in d. l. si pro fure, § vlt.* vbi tamen hanc latiùs, & dilucidiùs explicans, postquàm dixit condictionem rei furtiuæ, quia rei persecutionem habet, hæredem quoque furis obligare, subijcit, *nec tantum si viuat seruus furtiuus, sed etiamsi decesserit.* Mox addit, *Sed et si apud furis heredem dum suum obierit seruus furtiuus, vel non apud ipsum, post mortem tamen furis, dicendum est condictionem aduersus heredem durare.* Quæ posterior clausula probat necessariò sic accipiendum esse quod scriptum est in priore, *sed etiamsi decesserit*, acsi additum esset quod nos omnimodò supplendum esse dicimus *viuo adhuc fure.* Subijciuntur namque in verbis sequentibus quasi noui & diuersi casus ij omnes quibus post mortem furis mortuus sit seruus furtiuus: Cùm necesse sit mortuum eum esse vel apud hæredem, vel non apud ipsum, vt Vlpianus loquitur, quæ non tam contraria, quam contradictoria sunt. Et quidem de illo casu quo apud hæredem decessisset, dubitari non poterat cùm viuentis, neque hæres, neque hæreditas esse possit, *leg. 1. D. pro hered. l. 1. D de hered. vel act. vendit.* Sed de alio casu contradictorio quo defunctus esset furtiuus seruus non apud hæredem furis, dubitari poterat, an ponendum esset decessisse seruum furtiuum viuo adhuc fure, an eo iam mortuo, si non addidisset Vlpianus quod hanc ob causam expressè addidit, *post mortem tamen furis*: Ne dubitare quisquam posset quin priore clausula is nominatim casus comprehenderetur quo seruus furtiuus viuo adhuc fure decessisset. Hoc autem admisso, quis non videt condictionem furtiuam non solùm esse rei persecutoriam, sed etiam tanquam talem dari contra furis hæredem, non de eo tantùm quod ad eum peruenit, sed & in solidum, quamuis ad eum nihil prorsus peruenerit? Quid enim peruenire potuit, furtiuo seruo ante furis mortem defuncto? Nisi fortè adhuc subtiliùs agere volent reprehensores nostri, & ex hoc ipso quod Vlpianus & Iustinianus scribunt dari condictionem furtiuam aduersùs furis hæredem etiamsi nihil possideat, inferre potiùs. Esse igitur illam pœnalem, Quasi non possit esse rei persecutoria contra eum, qui nec rem possideat, nec dolo desierit possidere. Atqui si sic argumentari volent, implicabunt certè contradictionem. Nam si pœnalis ideò est quod detur contra hæredem, qui neque furti successor, neque rei furtiuæ possessor est, Consequens fiet, vt ob hoc ipsum non debeat dari, quoniam pœnalis est, Rursus si dicamus dari eam non debere contra hæredem, fiet vt nihil in ea sit, ob quod pœnalis dici debeat, Ac proinde vt ob hoc ipsum danda sit aduersùs hæredem furis & quidem in solidum quòd pœnalis non sit, Estque hoc ex genere illo perplexorum, & τῶν ἀπόρων, de quibus tractat Africanus *in l. qui 40 88. ad l. Falcid.* Nam quicquid constitueris verum esse id falsum statim apparebit, Meliùs igitur Vlpianus & Iustinianus, non ideò pœnalem esse condictionem furtiuam quòd detur contra hæredem etiamsi neque possideat, neque ad eum ex furto quicquam peruenerit. Sed e contrario, Transire idcirco contra hæredem etiam ad quem nihil peruenerit, quòd non pœnalis actio sit, aut in totum, aut ex parte, sed tota rei persecutionem contineat. Hinc apparet non vna lege nos niti, sed pluribus, & ad quas respondere aduersarij nihil possint, Nam illi ipsi qui tentant, frustrà licèt, eludere tam aperta Vlpiani verba quæ extant *in d. l. in condictione 9. De condict. furt.* nihil tamen respondent ad supradictos Vlpiani & Iustiniani textus, Nisi quod quasi non videant defendunt apertissimè contrà quàm in iis scriptum sit, Et pœnalem esse condictionem furtiuam eo prætextu quòd in ipsa spectetur æstimatio temporis quo plurimi vnquam res fuit, *l. in re furtiua 8. §. 1. eod. tit.* Et morte furis eam tolli, Adeò vt non eos pudeat affirmare, Furtiua re ante furis mortem sic perempta, vt nihil ad hæredem peruenire potuerit, hæredem non teneri, Déque ea re duos esse textus expressos, Vnum *in d. l. si pro fure §. vlt.* vbi tamen contrarium disertissimis verbis probari iam ostendimus, Alterum *in l. sed non dantur 10. D. de tutel & rat. distr.* de cuius sententia posteà dicemus, Itaque quod vident nec possunt dissimulare tot aliis locis scriptum esse. Hanc condictione teneri hæredem, siue possideat, siue non possideat, Coguntur miseri sic interpretari, atsi scriptum esset, Siue post mortem furis vel momento vno res furtiua cum effectu ad cum peruenerit ex *l. cùm Prætor 117. de reg. iur.* aut conditio eius semel auctior facta fuerit, *l. videamus 17. & seq. D. quod met. caus.* & posteà sine dolo malo, siue absque dolo desierit possidere, *l. qui furtum 16. De condict. furt.* Siue peruenerit non cum effectu sed actione tantùm ei delata. *in leg. 4 §. 1. De solut matr. l. virum autem 23. D. de her. pet. l. 2. §. 5. D. de her. vel act. vend.* Atque ita excludunt casum illum quo res furtiua viuo adhuc fure in totum periit, qui tamen primus, & præcipuus casus est quem Vlpianus complexus est *in d. l. si pro fure, §. vlt.* Eiusdem ingenij & subtilitatis illud est, quod cùm videant nec possint negare Condictionem furtiuam esse perpetuam *ex l. si mulier 21. §. pen. D. rer. amot.* Admittunt quidem ita esse, sed hoc sensu vt non sit annalis, & vt perpetuò non solùm furtum passo, sed & hæredi eius similibúsque personis competat, sed & contra furem ipsum perpetuò eiusque hæredem quatenus ad cum peruenerit aliquid ex re furtiua. Certè parum acutè. Cùm enim tractamus de actione perpetua quæ transeat etiam contra hæredem, Ita semper intelligimus vt perpetuò detur & in solidum non minùs aduersùs hæredem, quàm aduersùs defunctum, non autem de eo tantùm quod ad hæredem peruenerit. Nam & actiones ipsæ pœnales quas & anno finiri & morte extingui constat, non eo minùs tamen durant, & extenduntur contra hæredem si quid ex delicto defuncti ad eum peruenerit, vt turpe lucrum ei extorqueatur, *l. in heredem 5. D. de calumniat. l. quod diximus 16. §. vlt. D. quod met. caus. & aliis sexcentis.* Sola excipitur actio Vi bonorum raptorum quam prætor noluit polliceri contra hæredem raptoris, Ne quidem de eo quod ad hæredem ipsum peruenit, *l. 2. §. vlt. D. vi bonor. rapt.* vbi elegantem huius tam singularis exceptionis rationem hanc reddit quæ ad sententiæ nostræ confirmationem valdè pertinet, *quia putauit sufficere condictionem.* Sensus enim est nihil edixisse Prætorem de actione Vi bonorum raptorum danda contra raptoris hæredem etiam de eo quod ad ipsum peruenisset, quia non modò superuacuum, sed etiam absurdum fuisset prætoriam actionem ei dare cui ciuilis competeret, quæ esset plenior, maiorísque effectus, *l. 1. D. de Public. in rem act.* Nam qui potest per condictionem furtiuam solidum consequi ab hærede raptoris, an non stultus esset si mallet agere prætoria actione De eo tantùm quod ad hæredem

peroenisset? Atqui mala esset ratio si condictio furtiua non daretur in hæredem nisi de eo quod peruenit. Siquidem cæteris paribus, quæ ita essent, satis, longè commodius esset rapinam passo, agere vi bonorum raptorum quam condictione furtiua: Cùm ad inducendam actionem illam prætoriam sufficiat probari rapinam, Ad causam verò condictionis furtiuæ necesse præterea sit etiam dominium probari, quando nec alij quàm domino competit hæc condictio, *l. 1. D. de condict. furt. l. vlt. D. vsufr. quemadmod. caueat.* quæ dominij probatio plerumque difficillima ac penè impossibilis est, *§. commodum. Inst. de interd.* Quod cùm à nobis tam apertè tractatum sit in Coniecturis, miror à nostris reprehensoribus sic fuisse prætermissum, vt putes eos non legisse.

ERROR II.

Ad legem sed non dantur, decimam, Digest. de tutel. & Ration. distrah. Et de sententia, ac emendatione legis quintæ. D. de condict. furt.

Iam verò quod post Cuiacium afferunt ex *d. l. sed non dantur 16. D. de tutel. & ration. distr.* vt probent condictionem furtiuam morte furis interire, an non apertè commentitium est? Nam vt in Coniecturis docuimus verba illa Pauli *quamuis morte tutoris intereant* non ad alias actiones referri possunt quàm ad eas quæ sui naturâ tales sunt vt morte extinguantur. Cuiusmodi sunt actiones furti & damni iniuriæ de quibus in præcedente lege Vlpianus locutus fuerat, non etiam condictio furtiua. Nec quod de furtiua quoque condictione idem Vlpianus egerat, cùm diceret cæteras actiones præterquàm tutelæ aduersus tutorem competere, etsi adhuc tutelam administrant, potest facere vt lex sequens quæ alterius iurisconsulti est, recipiat ex alia interpretationem: nisi eam quæ conueniat iuris rationi. Et sibi nimis euidenter blandiuntur, qui vt contra nos sentiant, obijciunt particulam *hæ* quasi Paulus scripserit, *sed hæ non dantur*, quod non ita est. In omnibus enim Codicibus prima legis verba hæc sunt, *sed non dantur*, Et quamuis vtraque lex Pauli esset, aut Vlpiani, & vnico contextu scripta, non ideò tamen consequens fieret, vt tam ineptæ & stultæ interpretationi locus esse deberet. Sunt enim semper supponendi termini habiles vt ipsi quoque Pragmatici iactare solent & verè. Atque ita verba illa, *quamuis enim morte tutoris intereant* non ad omnea actiones referri deberent, de quibus antea dictum esset, sed ad solas illas, quæ eius naturæ & conditionis sunt vt morte intereant. Aeq; scriptum esset actiones illas de quibus *in §. vltim. leg. præcedent.* non dari pupillo aduersùs tutorem dum is tutelam gerit ne quidem eas quæ morte tutoris interituræ sint, de quibus tamen maior certè subesse ratio dubitandi quòd secundùm eam sententiam magis periclitari pupillus videretur. Eiusmodi verò sunt actiones furti & damni iniuriæ quia pœnales sunt, non etiam condictio furtiua, quæ, si qua vsquam alia, merè rei persecutoria est. Tantóque magis admittenda est hæc interpretatio quanto certiùs nobis constat ex aliis Vlpiani & Pauli locis neutrum ex ipsis dubitasse quin condictio furtiua & rei persecutoria esset & perpetua, & ideò in hæredem quoque in solidum danda *d. l. ex furtiua & d. l. si pro fure 7. § vlt. & 1. d l. 9 D. de condict. furt. l. contra 6. § si post, l. si mulier. 22 §. hæc actio D. rer. amot.* Et verò quid absurdius, quàm rationem eandem facere condictionis furtiuæ quæ apud haud dubiè rei persecutoria est, & actionum furti & damni iniuriæ quas nemo dubitat esse pœnales *d. l. si pro fure 7. §. 1. De cond. fur. §. hu autem verbu, Inst. de leg. Aquil.* & tamen non continuò dari in hæredem de eo quod ad ipsum peruenit, *l. inde Neratius 23. § hanc actionem, D. ad leg. Aquil.* Quid rursum alienius à principiis iuris, quam dicere, In quæstione illa De actionibus ex delicto & maleficio descendentibus an in solidum dari debeant contra hæredem, illud tantùm inspiciendum esse quòd sint ex delicto, neque adhibendam distinctionem, An persecutionem rei contineant, an verò sint pœnales: Quanquam vt sese opusculum istum aduersarij effugiant in alium incidunt, affirmántque condictionem furtiuam & pœnalem esse & famosam. Nisi quod minùs audenter Cuiacius ait esse quasi pœnalem & quasi famosam. Ad librum vndecimum quæstionum Papiniani *in l. 5. D. rer. amot.* Quod quia vult ille probare quatuor rationibus ex professo in eam rem adductis, quibus alij quintam addunt, dicendum nobis de eo erit latiùs & separatim in sequentibus. Itemque de actione rerum amotarum, quæ præcipuam errandi ansam iis præbuit, quòd videant similem illam esse ete in omnibus condictioni furtiuæ, nec tamen dari eam in hæredem nisi de eo quod peruenit, *l. vlt. C. rer. amot.* Illud tantùm hic addendum superest malè Cuiacium: & eius exemplo cæteros nobis obijcere, quod scriptum est de patre, Non teneri eum ex furto filijfamilias nisi de eo quod ad se peruenit, *l. 3. §. pen. D. de pec. l. 3. §. vlt. rer. amot.* Quasi etiam hæredis condictio esse debeat quæ patris: quod certè non ita est. Nam vt ostendimus ex coniecturis ex furto filijfamilias pater non tenetur condictione furtiua, quomodo hæres tenetur, quoniam ea condictione nunquam alius tenetur, quàm qui furtum fecit, aut hæres eius, inquit Paulus, *in l. ex furtiua 5 De cond. fur.* Vbi quod dicitur, Ex furtiua causa filiofamilias concedi posse, hunc proculdubio sensum habet vt soli filiofamilias ex hac causa condiei possit, non etiam patri, Alioquin non esset bona ratio quæ subijcitur, Quippe quæ non tam probat cur ipsi filiofamilias condici possit patri, quàm cur non patri æquè possit. Idémque apparet ex coniunctione illius legis cum præcedente, in qua tractans Vlpianus de seruo qui furtum fecerit, ait condicendum esse domino id quod ad eum peruenit, In residuum autem noxæ seruum dedi posse, Vt intelligamus differentiam esse hac parte, vt & in aliis plerisque inter patrem & dominum, sicut inter filiumfamilias & seruum, quia si filiusfamilias furtum fecerit ipsi filio condicendum est, non patri, Si verò seruus condicendum est domino non seruo, Nimirum quia cum seruo nulla actio esse potest, vt habet iuris regula. Quam differentiam non animaduertens malus quidam Interpres addidit *in l. 4.* verba illa, *vel si in familias* omninò certè delenda tanquam irreptitia, cùm cætera quæ sequuntur in ea lege non de patre sint, sed de domino, nec proindead eum easum aptari possint quo filiusfamilias furtum fecerit, sed ad illum, quo seruus. An quia nullomodo pater teneatur ex furto filij etiamsi res furtiua, vel in totum, vel pro parte ad eum peruenerit? Imò verò tenetur, sed actione tantùm de peculio, nec quatenus est in peculio, sed quatenus tantùm ad eum peruenit, si minus peruenerit, quàm sit in peculio. *d. l. 4. § pen. D. de pecul.* Quo sensu accipiendum est quod Iulianus dicebat, vt Paulus refert *in l. pen. D de condict. furt.* Ex persona filiæ quæ res amouit dandam in patrem condictionem in peculium · Condictionem enim in peculium dixit Iulianus, non vt significaret

significaret condictionem furtiuam quam certum est ob res amotas non competere, aut actionem rerum amotarum, quæ condictio non est, vt probabimus in sequentibus, Sed pro actione De peculio vt constat *ex d l. 3. §. pen.* Et *ex l. 3. §. vlt. D. rer. amot.* vbi Paulus noster scribit, Si filiafamilias res amouerit, Melam & Fulcinium dedisse in patrem actionem de peculio, quia displicuit eam furti obligari, vel dari in ipsam ob res amotas actionem. Posteà subjicit ex Proculo, Mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere, Et quod addit exceptionis loco, *nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit*, haud dubiè sic accipi debet vt eo casu teneatur pater non directa actione rerum amotarum qua hæres tenetur, sed vtili, quemadmodum si viua filia pater de eo quod ad se ex rebus amotis peruenisset, conueniretur, *l. viua quoque filia 5. eod.* Nam & aliis plerisque casibus vtili iudicio rerum amotarum locus est cessante directo, *l. si mulier 21. in princ. eod. tit.* Essétque longè probabilius defendere quod noa in Coniecturis diximus, Mortua filia quæ res amouit, nullam superesse actionem in patrem nisi de peculio in id quod ad eum peruenit, Quàm quod reprehensores nostri audent dicere, teneri patrem actione directa rerum amotarum. Quomodo enim teneretur aut quo iure cùm neque ipse res amouerit, neque sit hæres filiæ quæ amouit Alioqui durior erit actio rerum amotarum condictione furtiua quæ nunquam datur nisi in furorem ipsum aut in furis hæredem, Nec si talis sit ille qui conuenitur vt furti quoque teneatur, Vt cernere est in eo cuius ope & consilio furtum factum est, *d. l. 5. & seq. D. de condict. furt.* Et tamen constat actionem rerum amotarum in plerisque melioris esse conditionis, quàm condictionem furtiuam, Deterioris nunquam, cùm ideò sit comparata vt leniùs mulier coërceatur in honorem scilicet matrimonij, *l. 2. l. pen. & pass. eod.* Sed neque vlla erit differentia inter filiamfamilias quæ res amouit, & seruum qui furtum fecit, si dicamus teneri patrem actione rerum amotarum directa ob res per filiam amotas, licet non nisi de eo quod ad ipsum peruenit, Quandoquidem nec furtiua condictione tenetur dominus ex furto serui, nisi quatenus ad eum peruenit, *l. 4. de condict. furt.* nisi quod pro residuo seruum noxæ dedere potest & debet vt eadem lex ait, Nec tamen negari potest quin differentia illa sit inter dominum & patrem, quod dominus tenetur condictione furtiua ex furto serui, cùm seruus ipse conueniri non possit, Pater verò nunquam tenetur condictione furtiua, sed solus filiusfamilias eui & condici potest *d. l. 5.* Cur ergo admittamus vt ex facto filiæfamilias pater directa actione rerum amotarum vllo casu teneatur? Nam & cùm viua filia pater agit de dote adiuncta filiæ persona, non ad aliud tamen se obligat, quàm vt filiam rerum amotarum iudicio in solidum, & eum satisdatione defendat, vt scribit Paulus *in d. l. 3. §. vlt.* qui tamen seipsum defendere hoc casu si quo vnquam alio deberet, si ita ius esset vt ob res per filiam amotas directa rerum amotarum actione conueniri posset: Neque enim admitti potest quod contradictores objiciunt, Patrem mortua filia esse quasi eius hæredem in eo quod ad ipsum ex rebus amotis peruenit *argum. l. 1. §. Pomponius adiuit L. de minor.* Cum filiusfamilias iure Pandectarum nec hæredem habere potuerit, nec quasi hæredem neque denique in peculio castrensi de quo testatus non fuisset, *l. 1. & 2. D. de castrens. pecul.* Longéque alia sententia est *d. §. Pomponius*, De cuius emendatione & interpretatione videnda omninò sunt quæ scripsimus in Rationalib. ad eum locu & *lib. 4. Coniect. c. 5.* Sed reliqua iam persequamur quæ plus habent sanè difficultatis.

ERROR III.

De actione, de peculio, quæ datur contra patrem, vel dominum ex furto filij, vel serui in lege tertia paragraph. ex furtiua penultim. Digest. de pecul.

Ante hunc diem non obseruaueram mirabilem audaciam & inscitiam Triboniani in quæstione *l. 3. §. ex furtiua causa D. de pecul.* quæ tamen nisi me Triboniani odium fallit, vtraque apertissima est. Scripserat Vlpianus hoc vnum, puto, quod initio eius paragraphi scriptum legimus, Ex furtiua causa filiosfamilias condici posse, Id est condictione furtiua conueniri posse filiumfamilias qui ipse furtum fecerit. Quod certè verissimum est, vt & Paulus tetur *in l. ex furtiua 5. D. de condict. furt.* Et adeò verum, vt id constiterit inter Iurecoosultos, quomodo Vlpianus supradicto loco loquitur, id est nullam prorsus habuerit dubitationem. Quidni enim ea condictione filiusfamilias teneatur, cùm & personam integram habeat, & ex omnibus causis nec minùs ex delictis quàm ex contractibus & obligetur, & conueniatur, *l. tam ex contractibus 57. D. de iudic. l. filiusfamilias 39. D. de oblig. & act.* vbi additur, & tanquam patremfamilias obligari eum, & cum ipso tanquam patrefamilias agi posse. Cùm verò ita Vlpianus simpliciter & verissimè scripsisset, Tribonianus de suo ingenio quæstionem nouam, & si Diis placet subtilem adijciendam putauit: Cui vt locum faceret, primùm inter media Vlpiani verba interiecit dictionem illam *quidem*, qua nihil habet familiarius: Deinde addidit, *An verò in patrem vel in dominum de peculio danda est quæritur.* Quasi fuerit inter Iureconsultos controuersum id de quo nemo vnquam dubitauit. Si quid enim toto in iure certum illud sauè certissimum est, Ex furtiua causa, siue filiusfamilias, siue seruus furtum fecerit non dari actionem de peculio in patrem vel in dominum Obstante nimirum iuris regula quæ non patitur, vt ex pœnalibus causis actio de peculio in patrem præsertim detur, *l. ex pœnalibus 58. De reg. iur.* sed tunc tantùm cum ex contractu actio venit *l. 1. §. filiusfamilias D. de his qui deiec. vel effud.* Non enim pater, qui filio peculium concedit, ideò concedere intelligitur vt filius inde sumat occasionem & materiam delinquendi, Propter quod ex filij delictis debeat teneri de peculio, *arg. leg. filiusfamilias. 7. D. de donat.* quod nec mandato vllo quantumlibet generali concessum intelligitur, *l. creditor 60. §. pen. D. mand.* Siquidem delinquere plus quàm perdere est. Idémque in domino iuris est, quia licèt seruus qui delictum admisit non possit ipse quandiu seruus est ex delicto conueniri, competit tamen eo nomine contra dominum actio noxalis, quæ cum actione de peculio concurrere non solet, *l. ex contractibus 49. in fin. D. de oblig. & act.* Denique inauditum est vt ex filij vel serui delicto pater aut dominus teneatur de peculio. Et tamen ait Tribonianus quæri inter Iureconsultos, id est non æquè esse constare an in patrem vel in dominum danda sit actio de peculio ex causa furtiua si filiusfamilias vel seruus furtum fecerit. In quo etiam mirus est Tribonianus qui post propositam Vlpiani sententiam illam verissimam Filiosfamilias ex furtiua causa condici posse, Nulla scilicet facta serui mentione, quia nec verum est seruo posse condici, quando nulla cum seruo actio esse potest, *leg. cum seruo 107. De reg. iur.* Quæstionem tamen concipit

concipit non minus de domino quàm de patre, An scilicet in patrem vel in dominum actio de peculio danda sit, Aeti in præcedentibus scripsisset, Etiam seruum teneri condictione furtiua. Sed illud magis mirum est, & ad manum Triboniani detegendam aptius, quod ad quæstionem conceptam de patre & domino quæ de solo patre concipi debuerat, nihil tamen respondet, quod ad patrem, sed tantùm quod ad dominum pertinet. Ait enim, *& est verum in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto actionem de peculio dandam.* Non est ausus eò vsque progredi audaciæ vt diceret esse verius dandam actionem de peculio contra patrem ex furto filij in quantum locupletior pater ex eo furto factus esset, quis vidit alienius id fore à iuris ratione, vt pater ex delicto filij, quàm vt dominus ex delicto serui teneretur actione de peculio, cùm filiusfamilias qui furtum fecit ipse conueniri possit ipse conueniri. Nam & ob eam causam ita comparatum esse videmus vt ob furtum quod filiusfamilias fecerit, non possit pater conueniri actione furti, quomodo conueniri potest dominus ex furto serui, quamuis ita vt noxæ deditione liberetur si malit illum seruum dedere quam furti pœnam legitimam præstare, *l. si quis perferendum 35. §. 1. l. si quis ex bonis 38. §. 1. D. de furt.* Atque ita sine dubio intelligi debet quod scriptum est *in leg. si cum quo 41. § quæ inn eod. tit.* si is qui furtum fecit, alieni iuris esse cœperit actionem furti cum eo esse cuius potestati subiectus sit. Vt nimirum de eo accipiatur qui cùm furti tempore sui iuris esset postea seruus factus sit, non de eo quem contigerit filiumfamilias fieri per adrogationem. Quid enim necesse est transire in alium actionem furti quæ contra eum ipsum qui alieno iuri subiectus esse cœpit, falsa esse possit? Nam nec de alia furti actione Vlpianus eo loco loquitur, quam quæ viuo etiam fure peritura esset si non in alium transiret, vt & initium illius paragraphi ostendit & ratiocinatio qua Vlpianus vtitur vt probet, quod dixerat, quandiu viuit is qui furtum fecit, non perire furti actionem, quæ sanè periret redacto in seruitutem eo qui pater familias furtum fecerat si in nouum dominum non transiret. Ideoque bene subijcit Vlpianus hoc esse quod dici solet, *Noxam caput sequi*, quod tamen de solis seruis qui deliquerunt non etiam de filiisfamilias dictum à prudentibus fuit, quia & ad noxales actiones ea res pertinet quæ non ex filiorumfamilias, sed tantummodò ex seruorum delictis dantur *l. si seruus comm. 61. in princ. eod. tit. & tot. tit. De noxal. act. l. 2. §. quæsit. D. de priuat. delict. §. nox. act. om. nu. aute. ... st. de* Ergo quemadmodum facilius est vt actio furti ex furto serui detur contra dominum, quàm vt ex furto filijfamilias contra patrem. Ita & fatendum illud est, alienius esse à ratione iuris, vt dicamus teneri patrem de peculio ex furto filij, quàm vt dominum ex furto serui: & ob eam causam paulò timidius egisse Tribonianum ne ausus sit ad quæstionem malè propositam de patre & domino, respondere de vtroque, sed de domino solo. Quamuis non magis vera sit responsio in domino quàm in patre. Et quia præuidit Tribonianus fore vt ea sententia vix vnquam probaretur, addidit, vt solet, authoritatem Labeonis, Idque ab eo probatum esse affirmat, nullo tamen citato loco ne manifesti mendacij reus fieret. Sed ... idas prolationem per ... iam statim profert ... addit rationem qua ... r is fuerit Labeo, prorsus ... & Labeonis ingenio atque acumine indignam, *que ... ... inquit, ex furto serui domin... ... impunè.* Quasi verò consequens id sit tum fuerit vt ex furto serui locupletetur impunè dominos si ... s ... causa teneri eum de peculio. Atqui non ita est. Cum enim admittamus etiam sententia condictione teneri dominum ex furto serui, quamuis neque fur ipse sit neque hæres furis, *d. l. si seruus 4. D. de condict. furt.* fieri certè nullo casu potest vt ex serui furto dominus impunè locupletetur, tametsi nullam de peculio actionem aduersùs dominum ex ea causa concedamus. Siquidem longè plenior est condictio furtiua quam eis eum Vlpiano *in d. l. 4* damus ex instituitione contra dominum, quàm actio illa de peculio quæ a Triboniano inducta est aduersùs regulas iuris: Non enim dat eam Tribonianus, nisi in quantum ex furto serui locupletior dominus factus esset, Nec æquitatis prætextus ille quo mouetur suadet ad quid amplius dari de peculio actionem. At condictio furtiua quæ ex furto serui contra dominum datur, non de eo solo competit quod ad dominum peruenit, sed quæ natura est condictionis furtiuæ, in solidum, id est supra etiam quàm ad eum peruenerit, eoque supra etiam quam sit in peculio in quo fortasse plus sit quàm in lucro quod ex eo furto dominus senserit, Nisi quod ratione tel... hoc est eius quod excedit lucrum, liberatur dominus si seruum noxæ dedere paratus sit, Cui tamen nihil prodesset noxæ deditio quantum ad eam furti partem quæ ad ipsum peruenisset. Quæ ... & aperta sententia *d. l. si seruum*, ... nus verba illa *con... ... dam est domino* non de alia condictione accipi ... quàm de condictione furtiua, vt & titulus ... & sequens lex ostendit. Etsi non desunt qui putent accipienda esse de actione de peculio *ex d. l. 3. § pen. De pecul.* exemplo eius quod condictionem in ... ium pro actione de peculio dixisse videtur Paulus ex Iuliano *in l. pen eod tit.* Moti ex eo quod idem Paulus scripsit generaliter *in l. ex furtiua 5. eod.* Nunquam ea condictione furtiua teneri alium quàm eum ipsum, qui furtum fecit aut hæredem eius, Nec animaduertentes tractarie loco de filiofamilias qui furtum fecerit, & rationem illam non pertinere nisi ad eum casum quo persona lib. ... furti admisserit quæ & ipsa conueniri possit, & habere hæredem quorum neutrum seruo conuenit. Voluit enim Paulus ea ratione docere, Cur ipse filiofamilias pos furti condicendum sit non patri, Qua tamen non possis ... qui ... abutaris. Et ex ea perinde prob... ... condictionem furtiuam non dari contra dominum, Nisi simul etiam illud ... ... ete ... vt seruus ipse qui furtum fecit condictione furtiua teneatur, quod moltò adhuc absurdius fuerit, Nec melius illi qui legem ... Vlpiani sic intelligunt, vt duplex actio contra dominum danda sit, Vna de peculio, de eo tantùm quod peruenit, Altera noxalis quæ ... de residuo. Vnius enim solummodò actionis Vl... nus meminit, id est condictionis furtiuæ, sed quæ tamen duas partes habeat diuersis respectibus comparatas, Quippe quæ licet in solidum competat contra dominum, aliter tamen competit de eo quod ad dominum peruenit, aliter autem de residuo. Nam de eo quod ad dominum peruenerit datur præcisè & absolute, nulla electione salua domino vt ... noxædedendo condemnationem ... euitare possit. Quod ... nim si quod ad eum peruenit ex furto serui pluris sit, quàm quanti ... ipse est ... ur permittatur domino lucrari quod plus est in furto, quam in serui æstimatione. Non enim noxales actiones ideò comparatæ sunt, vt locupletentur domini ex delictis seruorum, sed ... ali... ... seruorum nequitia vitia ipsorum corpora dominis esset damnosa, vt ait Iustinianus *in ... noxal. act.* At de residuo, id est quod in furti æstimatione amplius est quàm ad dominum peruenerit, si competit ... ua ... o aduersus dominum, vt tamen si malit seruum ... dedere quàm solidi furti æstimationem præstare,

... debeat, quoniam aliter posita iure fieret, vt ex furto serui damnum sentiret dominus supra quàm ... esset, In summa, nihil aliud ex eo in... possis nisi quod nos libenter admittimus: Condictionem illam furtiuam quæ ex furto serui contra dominum datur, partim esse non noxalem, partim noxalem. Non noxalem de eo quod ad dominum peruenit, Noxalem verò de residuo, cuiusmodi sunt cæteræ actiones omnes quæ ex delicta seruorum contra dominos dantur, vltra id quod ad dominos peruenerit. Nec enim proprium hoc nomen est vllius actionis quæ specialiter dicatur noxalis, sed qualitas illa est cæterarum actionum omnium speciale ac proprium nomen habentium, quoties ex noxa & delicto serui sic dantur contra dominum, vt tamen ab iis per noxæ deditionem dominus liberetur §. *sunt autem constituta Instit. de noxal. action. dict. leg. si seruus 61. vers. hic etiam D. de furt.* vbi dicitur creditorem cui seruus pignori datus furtum fecerit: agendo pignoratitia consecuturum, vt vel damnum decidat debitor, vel pro noxæ deditione hominem relinquat. Quod generalius exprimit Vlpianus noster *in dict. §. quæsitum leg. 2. De priuat. delict.* in illis verbis, *sed si seruus sit qui hæc admisit, quacunque actione noxa fuerit deditus perempta est altera actio.* Et hoc est, quod idem Vlpianus ait *in l. miles. 6 §. t. de re iudic.* iudicium solius noxæ deditionis nullum esse sed pecuniariam condemnationem sequi, quia nec in condemnatione est noxæ deditio, sed in solutione, tanquam quæ a lege non à iudice tribuatur. Cui conuenienter scriptum est *in dict. leg. 4. de condict. furt. in residuum, noxæ seruum dominus dedere potest*, vt intelligatur non vi condemnationis fieri deditionem, sed ex sola voluntate & electione domini, malentis ita facere quàm furti à seruo facti quod longè pluris sit solidam æstimationem præstare. Ad quam tamen præstandam omnimodo cogeretur ex vi & potestate propositæ condictionis, si noxæ deditionem non offerret. Illa namque verba *in residuum* sicuti non de alia quantitate accipi possunt quam quæ excedat id quod ex furto serui ad dominum peruenit, Ita nec de alio residuo, quàm quod deductum fit in petitionem & condictionem vltra lucrum quod ex serui furto dominus senserit. Ex quo apparet tantò manifestius quàm verum sit quod suprà diximus Vlpianum eo loco de actione De peculio intelligi nullomodo posse, Nempe quæ propriam illam & specialem naturam habet à cæteris omnibus distinctam, quod nunquam noxalis est, nec proinde per noxæ deditionem vnquam extinguitur, & idcirco solet opponi tanquam contraria noxali actioni, *d. l. ex contractibus 49. in fin. De oblig. & act. l vlt. §. 1.* vbi est textus elegans *D de aleator.* & alibi passim, Maxime in Titulis De noxal. & act. & De pecul. Igitur nullomodo defendi potest quod sub Vlpiani nomine Tribonianus scripsit *in d l. 3. §. pen. de pecul.* Teneri dominum de peculio quatenus locupletior factus est ex furtò serui, Tantùm abest, vt verum esse possit quod eo argumento probare voluit, Etiam patrem ex furto filiifamilias actione De peculio conueniri posse, quamuis non æque id apertè scribere ac profiteri ausus sit, vt diximus. Et tamen solus ille locus certè est qui siue Tribonianum ipsum, siue malum nec Triboniano meliorem interpretem mouit, vt Vlpianum quoque corrumperet, additis *in d l. 4.* verbis illis, *vel filius familias*, quasi nulla inter filiumfamilias & seruum differentia sit, nulla inter patrem & Dominum, siue de condictione furtiua quæratur, siue de danda actione De peculio propter furtum filiifamilias vel serui.

ERROR IV.

De sententia legis ex pœnalibus quinquagesimaoctaua De regulis iuris, & de condictione ex non iusta causa, & ex iure gentium Ad leg. rerum 25. D. rer. amot.

Dicat aliquis nec subtiliter, Eam ipsam rationem qua mouemur, vt negemus dandam esse ex furto serui actionem de peculio in dominum, ne quidem in quantum locupletior ex eo factus est dominus. Scilicet quòd possit lucrum illud adeóq; seruus ipse per noxæ deditionem eripi domino proposita in dominum condictione furtiua, Suadere potiùs vt aliud dicendum sit in patre, id est vt in patrem tantò æquiùs danda sit actio De peculio. Ne ex furto filij locupletetur impunè, Cùm non perinde possit ille furtiua condictione teneri ne quidem de eo quod ad ipsum peruenit. Non esse igitur mirandum aut reprehendendum quod Tribonianus senserit, Ex furto filijfamilias dandam actionem de peculio in patrem, Præsertim cùm etiamsi aduersus filiumfamilias ipsum actum sit condictione furtiua viuo patre, tam sine effectu futura sit condemnatio, nulla filio habente bona, in quæ fieri executio possit, *l. si dubitet 10. §. vltim.* aliàs *l. filiusfamilias D. de fideiuss.* Respondeo, Imò verò hanc rationem probare concludenter, Nil esse necesse violari regulam iuris, vt ob furtum quod filiusfamilias fecerit, demus in patrem actionem de peculio, qua sufficit filium ipsum ex ea causa & conueniri & condemnari posse, Cùm illo condemnato futurum sit vt pater quoque eo nomine non tantùm de eo quod peruenerit, sed etiam de toto peculio conueniri possit, idque non iure aliquo singulari, sed iure communi, quamuis filius ex pœnali causa & ob delictum fuerit primùm condemnatus, *l. etsi condemnatus 35.* iunct. *l. præced. D. de noxal. act.* quasi conuersa pœnali causa in causam quasi contractus ex nouatione illa quæ fit per iudicatum, *d l. 1 §. idem scibit D. de pecul.* Vbi ob hanc rationem Vlpianus ex Marcello scribit Iudicati & condemnati filij patrem teneri actione de peculio etiam eius actionis nomine ex qua non poterat anteà pater actionem de peculio peti, quòd sicut stipulatione, ita & iudicio cum filio contrahatur, Neque verò eius sententiæ aliud exemplum accommodatius afferri meo iudicio potest, quàm quod in manibus habemus, de filiofamilias qui furtum fecerit, & ex hac causa, siue furti actione, siue furtiua condictione condemnatus sit. Nam vtrumque verum est, neque cogendum patrem ex hac causa pati actionem de peculio, priùs quàm filius sit condemnatus, neque audiendum si velit recusare actionem de peculio post filij condemnationem. Et ad hoc fortasse respiciens Vlpianus *in d. l. ex pœnalibus*, regulam iuris sic concepit, Ex pœnalibus causis actionem de peculio in patrem dari non solere. Non dixit nunquam dari, sed quo modo regulæ concipi solent, Non solere dari, Vt doceret dari tamen aliquando, At non illo casu, quo peculium locupletius factum sit ex furto filiifamilias, vt plerosque viros doctos interpretari video, Sed vno illo quo filius ex pœnali causa fuerit iam condemnatus. Idcóque nimirum de patre solo non etiam de domino Vlpianus ita concepit regulam, quia non eodem modo concipienda esset si de domino tractaret, Cùm ex pœnali causa nunquam possit dari actio de peculio in dominum, ob delictum serui, quia nec seruus ipse ex delicto suo condemnari vnquam potest, ne tum

quidem

quidem cùm à nemine defenditur, Siquidem, vt sæpius inculcauimus, nulla cum seruo actio esse potest. Ex cóque magis intelligimus, non posse ita Vlpianum accipi vt ex pœnalibus caussis danda sit in patrem actio de peculio in id quod ad patrem peruenit. Nam quemadmodum filio condemnato danda est contra patrem vel ex ipsis regulis iuris actio de peculio in solidum, id est ad concurrentem vsque furti & peculij quantitatem, etiamsi multò minus ex furto ad patrem peruenerit quàm sit in peculio, Ita & ante filij condemnationem fatendum est nullo modo teneri posse patrem de peculio, id est ne quidem de eo quod peruenit. Esset enim illa noua formula actionis de peculio, & prudentibus ipsis incognita, qui duplicem tantùm eius actionis formulam agnouerunt, Vulgarem vnam sic à Paulo dictam *in l. si seruus nauem 42. D. de furt.* In qua sit mentio duntaxat peculij, sine alia vlla adiectione: Aliam non vulgarem, in qua etiam aliud quidpiam adijciatur, puta De eo quod in rem domini versum sit, aut De noxæ deditione, *§ præterea versic. licèt enim Inst. quod cum eo qui in alien. potest.* Itaque cùm de actione De peculio simpliciter prudentes loquuntur non de alia loquuntur quam de ea quæ vulgarem habeat formulam, & in qua proinde nihil aliud inspiciendum sit ad faciendam condemnationem, quam quid & quantum sit in peculio, si quod perinde quantitatem peculij vel æquet, vel excedat. Quid ergo si vel peculium nullum filius habeat qui furtum fecit, vel tam insigne furtum fecerit, vt plus sit in furti æstimatione, quam in peculio? His casibus nemo dixerit, per actionem De peculio posse consultum esse illi cui furtum factum est, Non priore, quia vbi peculium nullum est, nec actio de peculio vlla esse potest, Non posteriore quoniam actio de peculio non vltrà extendi potest quàm in peculio sit, Nisi fortè id quod excedit in rem patris vel domini versum sit *d. § præterea.* Dices hanc exceptionem facere, vt possit igitur dari actio de peculio in patrem etiam suprà quam sit in peculio, si ad eum ex filij furto plus peruenerit, quasi negari nequeat quin versum sit in rem patris quicquid ex furto filij ad patrem peruenit, Sed non ita est. Nec enim quemadmodum ad patrem vel dominum peruenisse verum est, quicquid in rem eius versum fuit; Ita è contrario dici potest versum esse in rem patris aut domini quicquid ex furto filij aut serui ad patrem vel ad dominum peruenit, Præsertim verò ad effectum illum inducendæ actionis de in rem verso: Quæ cùm sit pars actionis de peculio, adeóque ipsa actio De peculio nisi quod propriam nec vulgarem habet formulam, non aliis casibus potest competere, quàm quibus competeret actio de peculio ad finem peculij si nihil in rem versum esset. Proinde sicuti non datur actio de peculio in patrem ex pœnalibus caussis nisi condemnatione demum secuta, ne quidem de eo quod peruenit, vt probauimus, Ita neque actio de in rem verso dari potest, sed ex iis tantùm caussis quæ vel ex contractu veniunt, vel ex quasi contractu, puta ex iudicato. An igitur impunè locupletior fiet pater ex furto filij, cùm ex filij persona & delicto neque furti conueniri possit, neque condictione furtiua, neque de peculio, neque de in rem verso: Et non puto, sed dandam potiùs contra eum condictionem quæ dicitur, non ex iusta causa, quæ sicut generalior est cæteris omnibus condictionibus quas omnes tanquam species suo velut ambitu complectitur, ita & concurrit facilè cum aliis actionibus si quæ competat, vt *in l. contra nurum 6 §. sed si morte, D. rer. amot.* & competit proprio quodam iure cùm cæteræ omnes deficiunt, vt in specie *l. g. rerum quidem 25 eod.* vbi Marcianus ait, Si in matrimonio vxor marito res subtraxerit cessare quidem rerum amotarum actionem, sed tamen posse maritum res ipsas condicere, Et addit rationem perelegantem & generalem quòd iure gentium condici res possint ab his qui non ex iusta causa possident, In quibus postremis verbis obseruari vellem quod non sic Marcianus loquitur vt dicat condici posse ab iis qui ex iniusta causa possident, sed ab iis qui non ex iusta causa, vt latior sit propositio, nec minus comprehendat condictionem sine causa quàm condictionem ob turpem vel iniustam causam, quæ omnes sunt species condictionis vt inter se differentes, ita quæ sub condictione non ex iusta causa comprehenduntur. Quemadmodum enim aliud est possidere quid sine causa, Aliud verò possidere ex iniusta causa, quia iniusta causa licet iniusta sit, tamen aliqua causa est, Ita & condictio sine causa differt à condictione ob turpem vel iniustam causam, *l. vlt. in princ. & §. 1. De cond. sine caus.* At æquè non ex iusta causa possidet qui aliquid sine causa possidet, atque si ex iniusta causa possideret, quia nec iusta causa esse potest quæ nulla est, Et semper æquum est mihi abs te reddi quicquid ad te ex meo sine causa peruenerit, *l. si & me & Titium 32. in fin. de reb. cred.* qui locus non est de condictione ob iniustam causam, de qua *in l. perpetuo 6. D. de cond. ob turp. vel iniust. caus.* vt malè Cuiacius interpretatus *in l. 11 quæst.* [illegible] *ad l. 5 D. rer. amot.* sed de condictione sine causa. Quam proinde meliùs referre possis ad id quod Vlpianus scribit multò generalius *in l. 1. § vlt. de cond. sine caus.* Id demum posse sicut condici quod vel non ex iusta causa ad eum peruenit, vel redit ad non iustam causam. Cæterum condictio hæc quam dicimus dari iure gentium contra omnes qui non possident non ex iusta causa, licet in multis differat à condictione furtiua, in eo tamen similis est quod datur etiam domino vt apparet *ex d. l. 6. § sed si morte, & d. l. 25. D. rer. amot.* In eo autem dissimilis quod æquè datur non domino, & ei qui per traditionem rei suæ à seipso factam dominus esse desijt, vt *in d. l. si & me*, Condictio autem furtiua soli domino competit, *l. 1. D. de cond. furt.* Item in eo quod condictio furtiua commentum est iuris ciuilis solo furtum odio comparatum, *§ sic itaque. Inst. de act.* Condictio autem illa contra possidentes non ex iusta causa proficiscitur à iure gentium *d. l. 25. in fin.* Condictio furtiua datur contra solum furem aut furis hæredem, *d. l. 5. de cond. furt.* Illa verò etiam contra non furem. Furtiua contra eum quoque qui non possideat si modò vel fur sit, vel furis hæres *§ fin. Inst. de oblig. quæ ex malef. nascuntur.* Illa verò contra solùm possidentem. Furtiua etiam ad æstimationem & quidem quanti plurimi si fortè res perierit, siue viuo adhuc, siue iam mortuo fure, quia moram fur perpetuò in re furtiua facere intelligitur, *leg. in re furtiua 8. §. 1. de cond. furt.* Illa verò non nisi ad rem ipsam, Vt proinde non possit dici superuacuò comparatam fuisse condictionem furtiuam iure ciuili, in fauorem domini, cui condictio illa generalior iure gentium iam competebat, Cùm ex iis quæ modò diximus appareat condictionis furtiuæ multò pleniores & vberiores esse præstationes, ita vt vix vllus commodus generalioris condictionis vsus esse possit, nisi velut in subsidium & cæteris omnibus deficientibus, vt in specie *d. l. 25.* & in ea quam nunc tractamus, De patre qui locupletior factus sit ex furto filijfamilias vel nullum peculium habentis, vel tam exiguum vt non æquet æstimationem rei furtiuæ, quæ ad patrem peruenit. Sed ad Tribon. nostrum redeamus. Nondum enim ipsius inscitiam *in d. l. 3. §. pen. De pecul.* adhuc omni ex parte deteximus, nec priùs detexerimus, quàm de totius illius §. sententia dicere absoluerimus.

ERROR

ERROR V.

De differentia condictionis furtiuæ & actionis rerum amotarum in quæstione dicta legis tertia, paragrapho ex furtiua Digest. de peculio, & legis tertia, paragrapho vltimo, D. rer. amot.

Vidit Tribonianus cùm sub Vlpiani nomine nouam illam iurisprudentiam inducere vellet, De danda contra patrem actione de peculio ex furto filij, saltem de eo quod ad patrem peruenerit, parum se profecisse allato exemplo actionis de peculio quæ contra dominum danda sit ex furto serui in quantum locupletius peculium factum est, & stabilita per mendacium quasi veræ es authoritate Labeonis illa propositione, si non adderet rationem aliquam quæ propiùs accederet ad institutam de patre potissimùm disputationem, Cum nemo nesciat patris & domini, itémque filijfamilias & serui conditionem, licèt in multis iuris partibus sit par & æqualis in pluribus tamen dissimilem esse. Ob eam nimirum causam adjecit in d. §. *ex furtiua. Nam & circa rerum amotarum filiafamilias nomine in id quod ad patrem peruenit competit actio de peculio.* Quæ sententia sanè vera est, non sicut superior falsa Idem enim Melæ & Fulcinio antiquis & præcipui nominis prudentibus visum fuisse testatur Paulus, & ipse quoque probat *in l. 3. §. vlt. D. rer. amot.* Sed non ideò consequens est vt bona sit collectio & ratiocinatio qua Tribonianus vtitur, Adeò illi familiare est, sicut interdum vera ex falsis, ita & falsa plerunque ex falsis, nonnunquam etiam ex veris colligere. Imposuit tamen hæc ratio & argumentatio magnis plerisque viris, etiam ex recentioribus iísque doctioribus, qui affirmare ausi sunt nullam diuersitatis rationem satis commodam reddi posse hac parte inter condictionem furtiuam & actionem rerum amotarum, Indéque cœperunt non dubitare, quin sicut actio de peculio danda est in patrem ob res per filiam amotas, quatenus ad patrem peruenerunt, licèt filia ipsa directo rerum amotarum iudicio teneatur. Ita & danda sit ex furto quod filius vel filiafamilias fecerit, in quantum scilicet locupletius peculium factum est, quamuis non pater sed solus filius qui furtum fecit aut sola filiafamilias condictione furtiua teneatur. Cur enim distinguamus, inquiunt causam condictionis furtiuæ a caula actionis rerum amotarum, Cùm non minùs furtum faciat vxor quæ diuortij consilio res amouit, si postea secutum sit diuortium, quàm alius fur quilibet, nec nisi ad temperandam nominis asperitatem inductum sit iudicium singulare rerum amotarum, Denegata actione furti constituto iure, in honorem scilicet matrimonij, vt scriptum est *in l. 1. & 2. & pass. D. rer. amot.* Nos verò longè aliter, Condictionem furtiuam cùm in alijs multis differre ab actione rerum amotarum de quibus dicemus in sequentibus, tùm in hoc maximè, quod ex causa furtiua quæ condictionem furtiuam parit, neque in patrem, neque in dominum dari actio de peculio potest, ne quidem de eo quod ad ipsos peruenerit, vt superiore capite probauimus, At ex causa rerum amotarum danda est actio de peculio non contra dominum, in quem huiusmodi quæstio cadere non potest, cùm persona quæ seruilis conditionis est non magis amouere diuortij causa quicquam possit, quàm nuptias contrahere, Sed contra patrem, vt Mela & Fulcinius dixerunt quos refert Paulus *in d. l. 3. §. vltim rer. amot.* itémque Iulianus ab eodem Paulo relatus *in l. pen. D. cond furt.* Diuersitatis ratio est, quia causa furtiua (causam dico, non condictionem) pœnalis est, vt nemo non videt, Cùm patiar furti actionem quæ nihil nisi pœnam persequitur legitimam, *leg. si pro fure 7. §. 1. D. de cond. furt.* Proinde succedit regula iuris quæ non patitur vt ex pœnalibus causis detur in patrem actio de peculio, nisi filio demum condemnato, *l. ex pœnalibus 58. de reg. iur. dict. l. 3. §. idem scribit D. de pecul. l. si condemnatus 35. D. de noxal. act.* Causa verò rerum amotarum pœnalis non est, quia displicuit coniugem qui res amouerit, furti obligari, licèt placeat eo quoque casu furtum verè committi *d. l. 1. & 2. rer. amot.* Et hanc rationem expressim adduxerunt Mela & Fulcinius si Paulo credimus *in d. l. 3. §. vlt. rer. amot.* qua cùm vet ùs aut apertiùs dici nihil possit, mirum est non fuisse tamen eam perceptam à magno illo Iureconsulto, qui quasi nullius ea sensus esset, putauit male ac inuerso ordine collocatam apud Paulum *in d. §. vlt.* Et pro eo quod in exemplaribus omnibus & Latinis & Græcis ita legitur, *Mela, Fulcinius aiunt de peculio dandam actionem quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem*, sic potiùs legendum esse *de peculio dandam actionem, vel in ipsam ob res amotas, quia displicuit eam furti obligari*: Aut etiam ita *de peculio daudam actionem, vel quia displicuit eam furti obligari, in ipsam ob res amotas.* Quomodo tamen si legeremus, nihil aliud assequeremur, nisi vt nulla esset allata ratio ad confirmandam Melæ & Fulcinij sententiam ex ea parte, quæ maximè egebat confirmatione: Esset autem allata ad confirmandam eam partem de qua nemo dubitabat. Nam certum erat in filiamfamilias quæ diuortij consilio mariti res amouerit comparatam esse iure singulari actionem rerum amotarum, idque iam idem Paulus scripserat *in l. 1. eod. tit.* quæ sumpta est ex eodem Pauli libro, septimo scilicet ad Sabinum, Addita etiam ratione quòd hoc casu non sit actio furti constituto iure, Itémque ex Caio *in l. 2. eod.* quòd in honorem matrimonij turpis actio aduersùs denegetur. Proinde superuacuum & stultum fuisset iuris apertissimi rationem illam afferre quæ etiam allata esset, & vnicuique obuia. Sed quod Mela & Fulcinius primùm dixerant dandam in patrem hoc casu de peculio actionem, id verò erat, quod sicut maximam habebat dubitationem, ita & ratione aliqua fuerat confirmandum. Illa enim dubitandi causa valdè in contrarium vrgebat, quòd actio rerum amotarum non minùs ex furto & delicto pendeat, quà condictio furtiua, licèt non pœnæ sed rei habeat persecutionem, vt & furtiua condictio, *l. si mulier 21. §. pen. & vlt. eod. tit.* Quid ergo interesse potest an ex causa furtiua velit quis agere de peculio contra patrem an ex causa rerum amotarum? Sed ratio decidendi quam Dela & Fulcinius probarunt, illa est quod ex causa furtiua competit actio furti, vt proinde non possit negari quin sit pœnalis, Ex causa verò rerum amotarum non competit, quia displicuit, coniugem coniugi ea actione quæ pœnalis & famosa sit obligari, & ideò cùm actio rerum amotarum pœnalem habere causam dici nequeat, non obstat iuris regula quominùs ex ea causa in patrem actio De peculio dari possit. Quamquam posset quis adhuc replicare, Imò etiam hoc admisso nihilominus iuris regulam obstare, non illam quidem quæ extat *in d. l. ex pœnalibus*. Sed aliam quæ à nobis prætermissa non est in præcedentibus, quod actio de peculio non detur, nisi cùm ex contractu actio venit, *l. 1. §. si filiusfamilias D. de his qui effud vel deiec. l. 1. §. si cum impubere, l. 3. §. idem scribit & pass. D. de pecul.* Atqui negari non potest quin actio rerum amotarum licet pœnalis non sit

sit, ex contractu tamen non veniat, cùm nascatur ex delicto, vt diximus. Sunt enim ista prorsus opposita, & incompatibilia vt eadem actio nascatur ex contractu & ex delicto, quamuis fieri facile possit, vt in iis quoque actionibus quæ ex contractu proficiscuntur, delictum versetur, *l. si hominem 7. §. datur, D. depo-si l. ex contract. lib. 49. D. de obl. & act.* Alioqui si ad dandam actionem de peculio contra patrem, sufficeret conueniri filiumfamilias ea actione, quæ nec pœnalis nec famosa esset, Admittere cogeremur, filiosfamilias qui furtum fecerit conuento per condictionem furtiuam permittendum esse illi cui furtum factum esset, agere contra patrem de peculio, quia nec magis condictio furtiua vel pœnalis vel famosa est quàm actio rerum amotarũ, vt iam sæpius diximus in præcedentibus, & latiùs in sequentibus ostendemus, sicut è contrario non minùs ex delicto nascitur actio rerum amotarum quàm condictio furtiua. Cùm igitur ratio alia non sit propter quam ex causa condictionis furtiuæ deneganda sit in patrem actio de peculio, nisi quia condictio furtiua non venit ex contractu, sed ex delicto, quamuis neque pœnalis, neque famosa sit, Cur in rerum amotarum actione diuersum admittimus? Nodus sanè perplexus est & quem non videas ab vllo Interprete dissolutum. Omnes enim vt actionem de peculio contra patrem vel concedant vel denegent, illud tantùm intuentur an actio quæ contra filiumfamilias competit, sit pœnalis necne, *ex d. l. ex pœnalib.* Cùm tamen illud quoque inspiciendum sit an ex delicto veniat, an ex contractu *d. §. si filiusfamilias.*

ERROR VI.

An & qualiter actio rerum amotarum detur ex contractu Ad l. si rerum 52. D. de re iud.

AN ergo cogemur defendere actionem rerum amotarum oriri non tantùm ex delicto sed etiã ex contractu: Scilicet matrimonij, sine quo nec furtũ viro facere posset mulier consilio diuortij, quod ad inducendam rerum amotarum actionem necessariò requiritur, *l. rerum quidem 25. D. rer. amot.* Nec si furtum fecisset, actione tamen rerum amotarum conueniretur sed actione furti, & condictione furtiua, sicut alia persona quælibet. Ita verò sensisse videtur Tryphoninus *in l. si rerum 52. D. de re iud.* vbi ait, si rerum amotarum cum viro agatur, quamquam videatur ea quoque actio præcedentis societatis vitæ causam habuisse, in solidum tamen condemnari eum debere, quoniam, inquit, ea nisi è contractu, aut si mauis ex malo contractu & delicto oritur. Sensus est nasci quidem illam immediatè ex delicto non ex matrimonio, quandoquidem non modò contrahi matrimonium, sed etiam dissolui per diuortium potest, nullis rebus amotis, Sed tamen si causam primam & originem actionis inspicias referendam eam esse necessariò ad matrimonium, & ad societatem illam vitæ quæ inter coniuges per matrimonium inducitur, & quæ sola fecit, vt æquum visum sit, singulare hoc iudicium rerum amotarum comparari aduersùs eam personam quæ coniux fuit. Nascitur ergo etiam ex contractu, sed ex malè contractu, vt Tryphoninus loquitur, addita dictione illa *malè*, vt intelligamus parum aut nihil differre malè contractum illum à delicto, posséq; illa coniungi tanquam hac parte synonima, Non quòd omne delictum sit male contractus, sed quia omnis malè contractus delictum est. Hoc ipsum verò de condictione furtiua perinde dicere nemo possit. Nascitur enim illa ex furto illo tanquam à causa nõ tantùm proxima & immediata, sed etiam vnica, Nisi furtum ipsum referre velis ad animum & propositũ delinquendi: quæ delictorum omnium generalis & communis causa est. Cæterùm nemo dixerit condictionem furtiuam quæ ex furto, & delicto nascitur, nasci etiam ex malè contractu, Sed tantùm ea malè contractu, & mala contrectatione rei alienæ animo furandi facta. Mirum igitur non est alio iure censeri hac in re condictionem furtiuam, alio verò actionem rerum amotarum, vt ex hac causa non item ex illa detur actio de peculio in patrem. Vel ob id etiam quod consentiendo ille filij, vel filiæ nuptiis, quæ alioqui iure contrahi non potuissent, *l. 2. D. de rit. nupt.* videtur ille ex suo quodãmodo consensu factóque conueniri cùm ex causa rerum amotarum conuenitur, quæ ipsa non aliam quã præcedentis societatis vitæ causam habere intelligitur. Propter quod videbatur maritum qui rerũ amotarum iudicio ab vxore conueniretur, non in solidum esse damnandum, sed quatenus tantùm facere posset in honorem scilicet præteriti matrimonij, ex quo priuilegium illud mariti descendit: Et sanè ita esset si ex solo contractu ea actio nasceretur, non etiam ex delicto, & ex malè contractu, Cùm planè vllo fauore indignus sit qui ipse deliquit, & qui ob ipsum conuenitur quod deliquit, *l. Papinian. 11. D. ex quib. caus. maior. l. rescriptum 6. D. de his quæ vt indign.* At in patre qui nec ipse deliquit nec filio aut filiæ mandauit vt delinqueret, sed tantùm in matrimonij contractũ & societatem illam vitæ consensit, non causam illam proximam & immediatam delicti inspicere possumus, sed primam licèt remotiorem quæ tota pendet ex contractu matrimonij & ex ea vitæ societate, quæ si per matrimonium contracta non fuisset, nunquam de actione rerum amotarum tractari posset, sed tantùm de actione furti vel de condictione ex causa furtiua, Quo casu patet nullomodo actione de peculio teneretur. Illud verò notissimum est in iure nostro, quoties de actione aliqua vel concedenda vel deneganda quæritur, vel de ipso etiam actionis nomine causam & originem negotij potissimũ inspici oportere, nec tam proximam & immediatam causam quã primam & remotam, *l. 1. §. idem Pomponius 13. & §. si seruus depositus 30. D. deposit. leg. si procuratorem 8. in princ. D. mandat.* Sicut & in proposita quæstione non tam qualitas & titulus actionis quæ contra filiumfamilias exercetur vel competit inspicienda est, quã causa, quomodo loquitur Tryphoninus *in l. tutor datus 69. D. de fideiuss.* Vt si actionis causa pœnalis sit & famosa, licèt actio ipsa non sit, pater de peculio conueniri non possit: Ob quam rem Vlp. *in d. l. ex pœnalib.* non ait *ex pœnalib. actionib.* quod summopere notandum est, sed *ex pœnalib. causis.* Nec melior alia ratio quærenda est cur ex causa condictionis furtiuæ non detur actio de peculio aduersùs patrem, Nimirum quia licèt condictio furtiua, neque pœnalis, neq; famosa sit, causam tamen habet pœnalem, cùm non aliam causam habeat quã furtum: Furti autem causa omnimodo pœnalis sit, Non quia nullam actionem nisi pœnalem parere possit (parit enim furtiuã condictionem, quæ, vt diximus, pœnalis non est) sed quia proximè & immediatè parit actionem furti quæ tota pœnalis est, Condictio enim furtiua etsi immediatè quoque ex furto nascitur, tamen non tam ex necessitate ad puniendum furtum inducta est, quàm ex abundanti & solo furum odio vt pluribus etiam contrariis actionibus teneretur, *§. sic itaque Instit. de actionib.* Ideóque cùm quærimus an furti causa sit pœnalis necne, si quis tamen tam stultus esset vt de eo dubitaret, non ex condictione furtiua id æstimare debemus, quæ pœnalis non est, sed ex furti actione quæ nihil nisi pœnam, & vindictam publicam persequitur. Ergo semper vera, & bona est ratio illa qua Falcinius, &

Mela

Mela mouebantur, vt ea causa rerum per filiamfamilias amotarum darent in patrem actionem De peculio, quòd displicuerit filiamfamilias quæ res amouit furti obligari. Nam rerum amotio etsi re ipsa furtum est *d. l. 1. & l. pen. rer amot.* quia tamen, neque furti actionem, neque aliam vllam parit, quæ sit pœnalis, in earum causarum numero quæ pœnales sunt, poni non potest. In eóque differt maximè à condictione furtiua quæ licèt pœnalis ipsa non sit, originem tamen habet à causa pœnali, hoc est à furto. Vnde fit necessariò vt non patiatur patrem filij conuenti per condictionem furtiuam, teneri de peculio. Hæc verò omnia si non prorsus malè, saltem minùs plenè explicauit Iacobus Cuiacius *in lib. 11. qu. Papin. ad dict. l. 5. rer. amot.* vbi quamuis benè viderit optimam esse rationem illam Melæ & Fulcinij, nec in ea quicquam immutandum esse, In ea tamen errauit, quod eius rationis vim totam posuit in qualitate & natura actionis rerum amotarum quæ pœnalis non est, nec ad id respexit quod maximè respiciendum esse diximus, quòd neque causa, illius actionis pœnalis est. Ex quo factum fuit vt neque differentiam, neque differentiæ rationem inter condictionem furtiuam & actionem rerum amotarum vllam obseruauerit, tandémque coactus sit admittere ea causa condictionis furtiuæ perinde ac rerum amotarum dandam esse in patrem actionem de peculio, nisi quod addit, In id quod ea furto peruenit ad patrem: Quasi media hæc sit sententia, & idcirco complectenda inter duas illas quarum vna vellet dari actionem de solido peculio contra patrem ea furto filijfamilias cōuenti per condictionem furtiuam, Altera verò eam de peculio actionē in totum denegaret. Decepit virum doctissimum, & quem non deciperet? Tribonianus noster *in d. l. 3. §. vlt. De condict. furt.* qui etiam locus Petrum Fabrum fefellit, vt receptissimam lectionem emendandam putauerit. Credidit enim molam & falsam esse rationem illam vt in patremfamilias quæ res amouit ideò danda sit actio de peculio, quòd displicuerit eam furti obligari. Et ita credendi causam hanc vnam habuit quòd si bona esset ratio, consequens fieret, vt si filiafamilias furtum tale fecisset, cuius nomine furti actione posset conueniri, & ideò condictione furtiua conueniretur, non esset danda in patrem actio De peculio, quòd eo casu filiafamilias furti obligaretur. Quod tamen pugnaret cū *d. l. 3. §. pen. De pecul.* vbi non minùs ea causa condictionis furtiuæ quàm ex causa rerum amotarum, datur actio de peculio in patrem. Neque verò huic objectioni vllomodo satisfacit Cuiacius, Non solùm quia non explicat, Cur actio rerum amotarum pœnalem causam non habeat cùm nascatur ex delicto, Sed etiam quia tametsi benè explicaret rationem illam propter quam Mela & Fulcinius actionem de peculio ex causa rerum amotarum in patrem dandam putauerunt, Nempe quòd displicuerit eam furti obligari, Non tamen explicat quod potissimùm erat explicandum, Cur ergo perinde demus actionem de peculio contra patrem conuento filio ex causa condictionis furtiuæ, cùm ea ea causa furti quoque filius obligetur. Cuius sententiæ si rationem nullam possis reddere, non est quod Petro Fabro succenseas, aut nobis qui à Petro Fabro sic dissentimus, vt non eo magis tamen cum Cuiacio sentiamus: Quin & longè grauiorem Cuiacij lapsum in eo esse arbitramur, quod vult tam actionem rerum amotarum quàm condictionem furtiuam esse quodammodo pœnalem, vt ipse loquitur, & quodammodo famosam, id est quasi pœnalem, & quasi famosam. Quo admisso esset multò difficilius rationem reddere, Cur ex vtraque illa causa daretur in patrem actio de peculio.

Obstaret enim non illa tantùm iuris regula, de qua diximus, quæ non aliter dat in patrem vel in dominum actionem de peculio, quàm si veniat ex contractu, *dict. l. 1. §. si filiusfamilias De his qui effud. vel eiec.* Sed illa quoque de qua *in d. l. ex pœnalib. 58. De reg. iur.* Quid enim refert an actio sit verè pœnalis, an quasi pœnalis, præsertim si verum esset, quod volt idem Cuiacius, tanti esse momenti quod hæ actiones sint quasi pœnales, vt ob id non minùs denegentur in solidum contra hæredem, quàm si verè pœnales essent: quod vtrumque tamen nos posteà refutabimus. Vterque verò in eo errat, sed authore & duce eodem Triboniano *in d. l. 3. §. pen. de pecul.* quod putant actionem de peculio contra patrem ex causa rerum amotarum dari de eo tantùm quod ad patrem peruenit. Quod quoniam abhorret à vulgari formula & potestate actionis de peculio quæ in solidum peculium dari solet, Ideò nimirum Cuiacius fateri cogitur non de directa actione de peculio Melam, & Fulcinium sensisse, sed de vtili, De qua & Papin. *in d. l. 5. rer. amot.* Nos verò sicuti iam ostendimus actionem de peculio ea causa condictionis furtiuæ non dari contra patrem, ne quidem de eo quod ad patrem peruenit, Ita quàm falsò hæc omnia dicantur in actione rerum amotarum, sequent. cap. ostendamus, probemúsque teneri ex ea causa patrem non vtili actione sed directa, nec tantùm de eo quod peruenit, sed etiam in solidum, & ad finem vsque peculij.

ERROR VII.

De vtili actione De peculio danda contra patrem ex causa rerum amotarum viua filia Ad legem quintam, Digest. rer. amotarum.

Misereт me Interpretum nostrorum & veterum, & recentiorum, quoties eos video explorare, & æstimare iuris rationem ex iis locis de quorum interpretatione laborant, non ipsos iuris locos ex ratione. Inde namque semper euenire video vt offendant in Principia iuris, dum nihil aliud agunt, quàm vt legum verba captent, & eludant. Id verò in proposita quæstione accidisse comperio doctissimo viro & præcipua ætate nostra iuris magistro, Iacobo Cuiacio, qui cùm scriptum legeret *in l. 3. §. vlt. D. rer. amot.* Ea causa rerum per filiamfamilias amotarum actionem de peculio in patrem, dandam esse, Ac rursum *in l. 3. §. pen. D. de pecul.* actionem illam de peculio non simpliciter dandam esse, sed de eo tantùm quod peruenit, Non aliter se ex difficultate euoluere potuit, & locos illos, qui pugnare videbantur, conciliare, quàm inducta distinctione duplicis actionis De peculio, Vnius quæ sit directa, Alterius quæ sit vtilis, Directam fatetur dari in solidum peculium, At vtilem non nisi de eo quod ad patrem vel ad dominum peruenit. Itaque quod Mela & Fulcinius dicebant dandam in patrem ea causa rerum amotarum actionem de peculio, negat accipiendum esse de directa, sed de vtili, Ea Papin. *in l. viua 5. D. rer. amot.* vbi ait viua quoque filia quod ad patrem ea reb. amotis peruenit, vtili actione petendum esse, Ergo in his omnibus à Cuiacio dissentio. Primùm quia nusquam apud prudentes nostros in hunc vsque diem reperi factam mentionem actionis vtilis De peculio. Neque sanè fieri potest vt vlla sit: Non solùm quòd actio de peculio sit prætoria, Actiones autem prætoriæ quæ omnes ex æquitate sola dantur, & publicæ vtilitatis causa, rariùs illam distinctionem admittant, vt quædam sint directæ,

quædam vtiles, quomodo solemus distinguere cùm de cuiuslibus actionibus tractamus, (etsi in negotiorum gestorum actione quæ prætoria quoque est hanc distinctionem Tribonianus admisit *in l. actio 47. D. de negot. gest.*) Sed etiam quia edicti verba tam generalia sunt vt omnes casus comprehendant, in quibus actio De peculio dari potest, nec vllius vtilis actionis inducendæ, cuius nec vlla mentio sit in libris nostris quod meminerim, necessitatem relinquant. Ait namque Prætor *Quod cum eo qui in alterius potestate est, negotium gestum erit. l. 1. §. verba autem. D. de pecul.* quibus verbis nihil generalius dici potuit, Nisi si eas quoque causas comprehendere Prætor voluisset quæ ex delicto non ex negotio gesto proficiscuntur, Quarum tamen nomine certissimum est actionem De peculio competere nunquam posse, *d. l. 1. § si filiusfamilias D. de his qui effud. vel deiec.* Vtiles autem actiones non aliæ esse possunt quàm quæ deficientibus verbis legis aut edicti per interpretationem ex æquitate inducuntur. Deinde vt maximè admittendum esset aliquam esse actionem vtilem De peculio, negabo tamen debere illam minùs plenam esse quàm si directa esset. Nam & Tribonianus qui contra iuris rationem primus distinctionem illam prætor[i]arum actionum directarum & vtilium induxisse videtur *in d. l. actio*, disertè scribit nihil referre directa quis an vtili actione agat, vel conueniatur, cum vtraque actio, inquit, eiusdem potestatis sit, eundémque habeat effectum. Nun est igitur quòd vtilem actionem De peculio pro directa inducamus, vt ob eam causam patri minorem irrogemus condemnationem, quàm si directa conueniretur. Tertiò falsum est Papinianum *in d. l. 5. rer. amot.* loqui de vtili actione De peculio. Nam siue legem illam cum præcedentibus iungas, siue cum sequentibus, apparet non de alio quam de rerum amotarum vtili iudicio intelligi eam posse. Multum verò refert an dicas teneri patrem ex causa rerum amotarum vtili actione De peculio, an verò vtili actione rerum amotarum, Nisi forte absurdum quoque illud admittere volumus, vt inter actionem rerum amotarum ea persona filiæfamilias contra patrem dandam, & actionem De peculio quæ aduersùs patrem ex eadem causa competat, nihil intersit. Quod tamen nemo huc[u]sque dixit. Quid enim commune aut simile habet actio rerum amotarum cum actione De peculio nisi quòd vtraque est prætoria? *l. 2. C. rer. amot.* Aut quid pertinet ad actionem rerum amotarum an peculium aliquod sit necne vt eo magis vel minùs dari debeat? Quomodo tamen in actione De peculio distinguendum & inquirendum necessariò est, cùm actio illa non aliter tenere possit, quàm si peculium aliquod sit saltem rei iudicandæ tempore *d. l. quæsitum 30. in princ. D. de pecul.* Quartò, Nec illud etiam verum est medium esse illam sententiam & temperatiorem vt ex causa rerum amotarum teneatur pater vtili actione de peculio in id tantùm quod ad ipsum peruenit. Nam quemadmodum plus esse potest in peculio, quàm in eo quod peruenerit, ita & minùs. Quo casu cùm minùs est in peculio, eueniret necesse est vt plenior futura sit actio vtilis de peculio quæ dabitur in id omne quod ad patrem peruenit ex rebus amotis quàm directa, quæ suprà peculij quantitatem nunquam competit. An non verò hoc quoque perabsurdum fuerit, vt actionis vtilis maior potestas sit, quam directæ? & vt duriùs teneatur pater conuentus ex persona filiæ vtili actione De peculio, quàm si directa conueniretur? Quintò illa quoque ratio falsa est, quam adducit Cuiacius quare non possit actio directa de peculio competere aduersùs patrem ex causa rerum per filiamfamilias amotarum, quòd actio rerum amotarum detur ex delicto, De peculio autem si directo & summo iure agatur, non possit agi nisi ex contractu, & negotio gesto. Nam præter id quod actionis rerum amotarum singulare ius illud est vt quamuis ex furto pendeat, *l. si mulier 21. §. vlt. rer. amot.* tamen ex contractu quoque oriatur sed ex male contractu, quia præcedentis societatis vitæ causam habet, vt eleganter scribit Tryphoninus *in l. si rerum 52. D. de re iud.* quod antè nos nemo, vt arbitror, obseruauit, Probaret potiùs hæc ratio, Vel nullam penitus actionem de peculio dandam esse in patrem, id est non magis vtilem quàm directam cùm ex solo delicto actio venit, quod sanè verissimum est, Vel dandam esse vtilem omni casu, id est etiamsi ex solo delicto veniat actio quod contingit in condictione furtiua cæterisque omnibus actionibus pœnalibus, quæ scilicet quo magis nascuntur, vt ita dixerim ex delicto, aut meliùs dicam, ex grauiore delicto, eo magis sunt pœnales. Atqui falsum est dari actionem de peculio ex pœnalibus causis *d. l. ex pœnalib. 58. De reg. iur.* non solùm si actio quæ contra filium instituitur sit merè pœnalis ex vtraq; parte & actoris & rei, Sed etiamsi sit mixta partim pœnalis, & partim rei persecutoria, Pœnalis ex parte illius qui conuenitur, Persecutoria verò rei ex parte actoris, Adeóque licèt nullomodo sit pœnalis, tamque rei persecutionem contineat vt condictio furtiua: Est enim generalis sententia *d. l. ex pœnalib.* nec vllam admittens exceptionem, nisi quam nos adhibuimus in superioribus, si filiusfamilias condemnatus sit, vt pœnalis causa conuersa sit in causam iudicati *ex l. etsi condemnatus 35. D. de nox. act. l. 3. § idem scribit, D. de pecul.* Neque rursus de vtili actione minùs quàm de directa intelligi ea regula debet, ne alioqui futura sit sine effectu si actionem directam de peculio in patrē ita quis deneget, vt tamen vtilem concedat. Nemo autem nescit regulas iuris sic esse accipiendas, vt nō tam ad subtilitatem iuris, quàm ad rei effectum referantur. Sextò falsum etiam illud est, Dari vnquam actionem de peculio in id quod ad patrem vel dominum peruenit, si detur illa secundùm vulgarem formulam, quomodo loquitur Paulus *in l. si seruus nauem 42. D. de furt.* Hoc enim addendum est vt excipiam eum casum quo agitur de in rem verso: quæ species quidem est actionis de peculio, sed habens propriam & à vulgari separatim formulam, vt in præcedentib. explicauimus, & cui proinde locus nullus esse potest nisi iisipsis casib. quibus actio de peculio locum habere possit. Fatendum igitur est, quod Mela & Fulcinius dixerunt, si filiafamilias res amouerit dandā esse in patrem actionem de peculio, ita accipi oportere, vt non de eo quod peruenit actio illa detur siue plus, siue minùs, quàm in peculio est, peruenerit, sed ad concurrentem vsque peculij & furti quantitatem, etiamsi vel nihil vel minus ex reb. amotis peruenerit ad patrem, Non in plus, licèt ad patrem plus peruenerit, quā sit in peculio. Residuū enim sicut in actione de peculio vt oire cum effectu non potest, ita ne apud patrem impunè remaneat, alia actione petendum necessariò est. Hancque interpretationem non illud solùm probat quod Paul. *in d. l. 3. §. vlt. rer. amot.* distinguit casum illum quo patet teneatur de peculio ex causa rerum amotarum, & illum, quo teneatur de eo quod ad ipsum peruenit: Quod & duarum legum sequentium connexio demonstrat: Sed illa etiam Iuliani sententia quam Paulus refert & probat *in leg. penultim. D. de condict. furt.* Ex persona filiæfamilias quæ res amouit dandam esse in patrem condictionem in peculium: quo nomine certum est non aliam quàm de peculio actionem significari, quæ & ipsa condictio rectè appellatur, generali eo nomine quod actionibus omnibus personalibus commune

commune est. Etsi enim condictionem simpliciter cùm nostri prudentes dicunt, alio sensu intelligere solent id est de ea condictione quæ sit quidem in personam, sed per quam intendamus dari nobis oportere, vt constat ex *l. si quis in Asia* 25. *§. vlt. D. depositi.* & aliis penè innumeris quæ sunt sub titulis De condictionibus, De furtis, & alibi passim. In proposito tamen cùm Paulus ex Iuliano tractet de condictione in peculium, apparet neque de condictione furtiua posse illum accipi quam omnes fatentur non magis contra patrem quàm contra ipsam filiamfamilias quæ res amouit posse competere: neque de actione rerum amotarum, quæ condictio dici proprio & speciali hoc sensu nullomodo potest, vt posteà probabimus, sed tantùm de actione de peculio propter adjectionem illam, *in peculium.* Nam nec condictio furtiua, nec actio rerum amotarum datur vnquam in peculium, quia prius esset vt dari deberet contra patrem, contra quem sola competit actio de peculio ab iis condictionibus distincta omninò & separata: Errauit itaque Tribonianus, cùm sub Vlpiani nomine scripsit *in d. l. 3. §. pen. De pecul.* Circa rerum amotarum actionem nomine filiæ familias quæ res amouit actionem de peculio dandam esse contra patrem in id quod peruenit. Nisi fuit ille prudentior Mela, Fulcinio & Iuliano qui pactionem de peculio sine vlla vel exceptione, vel adiectione contra patrem hoc casu dari debere scripserunt, Sed & inanem inscitiamque Triboniani produnt verba illa, *filiæfamilias nomine* quibus vsus ille est pro eo quod dicere debuerat post Paulum & Iulianum *ex persona filiæfamilias.* Nam cùm pater conuenitur de peculio ob res per filiam amotas aut ex quauis alia causa quæ actionem de peculio possit inducere, conuenitur quidem ex persona filiæ, non tamen filiæ nomine sed suo, Alioqui non de peculio sed in solidum conueniendus esset, quemadmodum & illa conueniretur, *l. si quis cum filiofamilias* 44. *D. eod. tit. De pecul.*

ERROR VIII.

De actione quæ ob res amotas contra patrem competit suprà quàm sit in peculio Ad legem vina quintam, D. rer. amotarum.

AT cùm suprà dixerimos, Teneri debere patrem de eo quod ex rebus amotis ad se peruenit suprà quàm sit in peculio, sed alia actione quàm de peculio, cùm non possit de peculio actio extendi vltra quàm in peculio est, Quæri adhuc potest quænam illa actio sit quæ in hanc rem competat. An condictio quam suprà diximus dari in patrem ad quem aliquid peruenit ex furto filij, vel nullum, vel exiguius peculium habentis? Condictio inquam non furtiua sed quam generaliori nomine diximus appellari *non ex iusta causa*, de qua *in l. contra 6. §. sed si morte & in l. rerum quidem* 25. *D rer. amot.* Ita sanè puto, cùm perpetuò & generaliter verū sit quod ait *d. l.* 25. iure gentium condici posse res ab his qui non ex iusta causa possident. Sed tamen illud dicendum arbitror, competere ex hac causa vtilem actionem rerum amotarum pro residuo illo quod excedit quantitatem peculij, quemadmodum competeret si filia peculium nullum haberet, Quo caso nemo diceret posse ex eius persona conueniri patrem actione De peculio, Vel ob id magis admittendum esse vt ex delicto filiæ pater impunè locupletaretur, Et ad hos nimirum duos casus puto restringendum esse, quod ex Papiniano scriptum legimus *in d. l. vina* 5. *eod. tit.* Vina quoque filia quod ad patrem ex rebus amotis peruenit vtili iudicio petendum esse, scilicet cùm vel peculium filiæ nullum est, vel minus est in peculio quàm in rerum amotarum æstimatione. Nam cùm vtile iudicium rerum amotarum non nisi ex necessitate induci debeat contra patrem, qui nihil ipse amouit, neque amouendi consilium dedit, nulla certè ratio est vt admittamus, posse vtile iudicium rerum amotarum concurrere cum actione De peculio, quæ per se sufficiens est ad indemnitatem coniugi præstandam quatenus in peculio est, Sed ad illud tunc recurrendum est, cùm actio de peculio, vel deficit omninò, vel manca est, nec plenam indemnitatem afferre possit. Atque ita Melæ & Fulcinij sententia quæ ex causa rerum per filiamfamilias amotarum dat in patrem actionem de peculio, non sic temperanda est ex Papiniani lege, vt de eo tantùm quod ad patrem peruenit dari debeat, quomodo Cuiacius existimat, sed de alio casu intelligenda quàm de quo Papinianus senserit. Quemadmodum enim non potuerunt Mela & Fulcinius actionem illam de peculio dare, nisi eo casu quo aliquod filiæ peculium esset, Ita neque Papinianus vtile iudicium rerum amotarum contra patrem inducere, nisi eo caso quo actio de peculio vel nulla competeret, vel quæ competeret sufficere non posset ad totum turpe lucrum patri extorquendum. Dices, Neque his casibus necessitatem vllam subesse inducendi contra patrem vtilis iudicij rerum amotarum, si verum est quod modò diximus etiam condictionem generalem competere aduersùs patrem qui res per filiam amotas non ex iusta causa possidet: Quamuis enim condictio illa concurrere possit non modò cum cæteris actionibus *d. §. sed si morte*, sed etiam cum actione ipsa directa rerum amotarum, *l. ob res amotas* 24. *eod tit.* Ipsum tamen iudicium vtile rerum amotarum non magis cum illa condictione generali concurrere potest, quàm cum alia vlla actione. Quippe quod nec vtile dici possit, nisi cùm est necessarium. Sed respondeo Concursum generalis illius actionis non facere quominùs vtile ac necessarium esse possit iudicium rerum amotarum, Non ob id solùm quòd condictio illa nihil nisi res ipsas & corpora persequitur exemplo vindicationis *d. l. ob res amotas & seq.* fieri autem facilè potest vt res per filiamfamilias amotæ extare desierint, aut fortassis venditæ sint, & ex earum tamen pretio pater locupletior factus sit, aliis puta rebus in earum locum & ex eo comparatis, sed etiam quia rerum amotarum actio pleniores habet præstationes siue directa, siue vtilis sit, quàm condictio, Vel ob id maximè quòd in ea non etiam in condictione, iuratur in litem, *lege si cùm dos 8. § vltimo cum lege sequenti eod. titul.* & omnium commodorum quæ amotis rebus vir amiserit, ratio habetur in iudicio rerum amotarum, *lege si mulier 22. §. commodi eodem*, non autem in condictione, quæ ipsarum tantùm rerum est, vt loquitur *dict. leg. rerum quidem* 25. non etiam accessionum præsertim quæ non sint naturales, sed ciuiles puta vsuræ, quæ nec in alias condictiones vnquam veniunt, licèt fructus ipsi veniant, *lege indebiti quindecima Digest. de condict. indebit. leg. videamus 38. Digest. de vsur.* Adde quòd actio rerum amotarum quoties competit, ita competit vt contra eam quoque personam detur ad quam res amotæ non peruenerunt *leg. sed etsi 19 in fin. D. rer. amot.* Nec minùs vtilis quàm directa, Vt puta in specie. *d. l. si mulier 21. in princ. eod.* Condictio autem de qua agimus nunquam datur nisi aduersùs eum qui possidet *d. l. rerum quidem.* Sed postrema hæc ratio non est ad rem nostram accommodata, Cùm fateamur patrem vtili iudicio illo rerum amotarum

non in aliud teneri quàm in id quod ad ipsum peruenit, Ergo nec aliter, quàm si res amotæ ad eum peruenerint vel in totum, vel ex parte, Non quòd vtile iudicium minùs plenum hac parte esse debeat quàm directum, si contra mulierem ipsam exerceatur quæ amouit, vt in d.l. 19. & 21. Sed quia cùm vtile iudicium non detur nisi ex æquitate, perinde ac ex necessitate, nemo vtique dixerit æquum esse vt eo iudicio teneatur pater ex persona filiæ, si nihil ad eum ex rebus amotis peruenerit, cùm neque ipse amouerit, neque hæres sit filiæ quæ amouit: Satisque durè cum eo agitur quod vtili rerum amotarum iudicio nihilominùs conuenitur, qui non similiter ex furto filiæ conueniri vnquam posset condictione furtiua, magis vtili quàm directa, ne quidem de eo quod ad ipsum peruenisset. Inauditum enim est apud nostros nomen vtilis condictionis furtiuæ, In quo cursus alia differentia perelegans est, quam tamen nemo obseruat inter actionem rerum amotarum & condictionem furtiuam. Et ratio differentiæ non aliunde petenda est quam vnde illam petiimus, quæ in superioribus allata fuit, quod ex causa rerum amotarum potest conueniri pater de peculio, Ex causa verò condictionis furtiuæ non potest. Nempe quòd condictio furtiua ex solo delicto furtóque nascatur, Actio autem rerum amotarum licet ex furto pendeat, oritur tamen ex malè contractu & ex præcedente illa societate vitæ quæ per matrimonium contrahitur *d. l. si rerum 52. De re iudic.* Inde namque fit vt minùs conqueri possit pater qui ex persona filiæ cuius nuptiis consensit vtili actione rerum amotarum conuenitur, tametsi rerum amotioni non consenserit, quàm si vtili condictione furtiua conueniretur ex filiæ furto cuius committendi neque consilium, neque causam vel occasionem vllo vnquam tempore præbuisset. Sed supersunt adhuc explicanda aliqua quæ interpretes nostros malè torquent *in d. l. 3. §. ultim. rer amot.* de quibus mox videamus.

ERROR IX.

De actione rerum amotarum danda in patrem mortua filia de eo quod ad patrem peruenit Ad l. 3. §. vlt. in fin. D. rer. amot.

Postquam dixit Paulus *in l. 3 §. vlt. in princ. D. rer. amot.* ex Melæ & Fulcinij sententia dandam esse actionem de peculio in patrem filiæ quæ res amouit, quia displicuit eam furti obligari, Vel in ipsam filiam ob res amotas dari actionem, quod nos hucusque explicauimus, Subiicit in hæc verba, *Sed si pater adiuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quàm si filiam rerum amotarum iudicio in solidum & cum satisdatione defendat.* Quorum verborum sensus neque difficilè interpretationem habet, neque obscuram rationem. Cùm enim soluto per diuortium matrimonio dos sit communis patri & filiæ *l. 2 §. 1. D. solut. matr.* ideóque nec filia possit dotem repetere, nec pater nisi adiuncta persona filiæ, Conueniens sanè est, nec minùs rationi iuris quàm æquitati consentaneum vt non aliter patri permittatur agere de dote quàm si filiam defendat in solidum iudicio rerum amotarum, adeoque cum satisdatione, Ex regula illa iuris quæ non patitur vt quisquam licèt locupletissimus ad defensionem alterius sine satisdatione admittatur *l. qui proprio 46. §. qui alium D. de procurat.* quoniam qui alienam rem defendit nunquam locuples habetur *l. qui rem alienam 66. De reg. iur.* In quo tamen dubitandi ratio illa occurrebat, quod quamuis dos sit communis patris & filiæ, itémque actio de dote, Exercitium tamen actionis solius est patris *d. l. 2. §. 1 solut. matrim.* Proinde videbatur agenti patri de dote non debere obstare, quòd filia rerum amotarum iudicio conueniretur, cùm non in ipsum sed in filiam iudicium rerum amotarum detur, Non autem filia illa sit quæ de dote agit, sed pater. Sicuti solemus dicere, Eius quod alij debetur compensationem alij obiici non posse *l. eius 9. C. de compensat.* Adde quod nihil commune habet actio de dote cum actione rerum amotarum quippe quæ competit etiamsi dos nulla sit *l. si cum dos 8. D. rer. amot.* Sed ratio decidendi ex eo petenda est, quod effectus rei potissimùm inspiciendus sit, Per actionem verò de dote etiam quam solus pater exerceat, commodum dotis filiæ acquiratur, Itavt etiam post litem contestatam mortuo patre aliis hæredibus relictis dos ad solam filiam pertineat, nec si à patre sit exacta, minui tamen ab eo possit, nisi diminutis ipsius patris facultatibus *l. vnic. §. & hoc ex rei vxoria actione.* iunct. *Auth. sed quamuis C. de rei vxor. act. § quia verò Nouell. 97. De æqual. dot.* Non magis igitur permittendum est patri vt adiuncta filiæ persona de dote agat si non & in solidum & cum satisdatione filiam defendat iudicio rerum amotarum, quam vt agat non adiuncta filiæ persona. Itaque nocet patri non quòd de dote agat, sed quòd agat coniuncta filiæ persona, qui aliter agere nullomodo posset, Rei scilicet vxoriæ actione. Nam si ageret ex stipulatione cùm fortè dotem dando sibi eam reddi stipulatus esset, aliud certè iuris obtineret, quia actionem illam exercere posset non expectato filiæ consensu, Ideóque nec filiam iudicio rerum amotarum defendere in solidum teneretur. Iure nimirum vetere inspecto quod Pauli temporibus obtinebat. Hodie enim hoc à Iustiniano immutatum est transfusa hac parte in naturam actionis rei vxoriæ natura actionis ex stipulatu *d. §. & hoc.* An igitur hodie generaliter & indistinctè dicendum erit quod Paulus dicere non potuit, Cogendum patrem defendere filiam in solidum iudicio rerum amotarum quoties dotem repetere quacunque actione velit? Ita certè consequens esset supradictæ Iustiniani constitutioni si nihil aliud noui Iustinianus induxisset. At cum eadem ipsa constitutione induxerit, vt sileat hodie ob res amotas retentio quæ olim dotis repetitionem impediebat, *d. l. vnic. § taceat, vers. sed nec retentio,* Consensus potius est vt è contrario dicamus, Nullo casu debere hodie nocere patri, quòd adiuncta personæ filia de dote agat, etiamsi filiam iudicio rerum amotarum in solidum defendere recuset, quia nec ipsi filiæ si sola dotem repeteret, nocere tamen posset quod res mariti amouisse diceretur. Nec enim fieri potest vt patri agenti adiuncta filiæ persona nocere debeat, quod ipsi filiæ non noceret. Sed quod filiæ nocet, id verò etiam patri nocere æquum est quoties agit adiuncta filiæ persona. Idque siue peculium aliquod filia habeat, siue nullum, id est siue in patrem competat ex causa rerum amotarum actio de peculio, siue ideo non competat, quòd filiæ peculium nullum sit, Sed cum hac tamen differentia, quòd cùm filia peculium nullum habet, quæ mariti res amouisse dicitur, nullomodo potest pater eo nomine per actionem conueniri, si nihil ad eum ex rebus amotis peruenerit, quia nec causa vlla subest dandæ hoc casu actionis in patrem: Solùmque superest auxilium marito contra quem pater cum filia de dote agit, vt de rebus amotis excipiat, & eius exceptionis beneficio actionem de dote elidat, si non sit paratus pater in iudicio rerum amotarum filiam suam & in solidum, & cum satisdatione defendere, quomodo & aliàs

plerumque

plerumqoe euenit vt per exceptionem quis in solidum retineat id quod per actionem consequi solidum non posset *l si cum filiofamilias 9. in princ. D. de compens. l. si seruus 57. D. de adilit. edict. l. cum fundus 31. §. 1. De reb. cred.* At cùm filia peculium habet euenit vt non ipsa tantùm conueniri possit rerum amotarum iudicio in solidum sed etiam pater, licet cum hac adiectione peculio tenus, & quatenus in eo est non vltra vires peculij: Hoc enim est quod dicere solemus De peculio non esse propriom numero actionis, sed qualitatem tantùm imminutiuam, vt ita dicam, eius ipsius actionis quæ contra filiumfamilias qui in potestate est, in solidum exercetur, Sicut in præcedentibus diximus de actione noxali *ex §. sunt autem Inst. t. de noxal. action.* iunct. *l. 3. §. cui congruit* in illis verbis *non de in rem verso sed de peculio actione mandati prestaturum D. de pecul. l. 1. Cod. quod cum eo qui in alien. potest.* Nempe quia quisquis contrahit cum filiofamilias sicuti ex eodem contractu duos haber obligatos, filiumfamilias in solidum, patrem verò de peculio *l si quis cum filiofamilias 45. eod. tit.* Ita & eandem contra vtrumque actionem habet, eam nimirum quæ oritur ex negotio gesto Proinde cùm dicimus ex causa rerum amotarum per filiamfamilias teneri patrem de peculio, hoc vnum significamus, Eam ipsam actionem rerum amotarum quæ ob res amotas datur contra filiam dari etiam contra patrem, cum hoc tamen discrimine, quòd in solidum datur contra filiam, In patrem verò non nisi de peculio *§. actiones autem. Inst. de actio.* Cæterùm eadem actio est, ob idque mirum videri minùs debet, quod hoc casu teneatur pater filiam non modò ad finem peculij defendere, sed etiam in solidum iudicio rerum amotarum, si velit ille adiuncta filiæ persona de dote experiri, cùm ipse quoque perinde ac filia iudicio rerum amotarum conueniatur, tum etiam cùm non nisi ad concurrentem vsque peculij quantitatem conuenitur. Itaque de illo solo deliberari hoc casu potest, non an actio rerum amotarum danda sit in patrem, sed an danda sit simpliciter & in solidum, quomodo contra filiam ipsam datur, an verò cum adiectione illa De peculio. Cui tamen distinctioni locus esse non potest cùm filiæ peculiom nullum est. Tunc enim nullomodo conueniri pater possit iudicio rerom amotarum, Neque in solidum quia ipse non amouit, neque de peculio, quod non est. Cessante videlicet hoc caso non modò summo iuris potestate quæ non patitur vt ex contracto filij pater teneatur, *tot. titul. Cod. ne filius p o patr. & ne pat. pro fil. conuen.* sed ipsa etiam iuris prætorij æquitate, de qua in *d. §. actiones autem Inst. de action.* Ex quo tamen loco apparet id quod diximus, Actionem quæ de peculio datur contra patrem, eandem illam esse quæ contra filiom aut filiamfamilias in solidum competit, Accipi sic oportere, vt eadem sit nomine & genere potiùs quàm ita vt eadem sit numero & specie. Quomodo enim posset eadem esse & numero & specie, cùm ea quæ competit aduersos filiumfam. ex contracto sit ciuilis, Quæ verò contra patrem de peculio sit prætoria? Etsi verò dici hoc non potest in actione rerum amotarum, qoæ quia non ex contractu proximè ac immediatè, sed ex delicto nascitur, prætoria est non ciuilis *l. 1. C. rer. amot.* Non eo minùs tamen verum est actionem de peculio quæ ex causa rerum amotarum datur contra patrem esse aliam numero & specie quàm quæ datur contra filiamfamilias quæ res amouit. Hæc enim directa est & competit ex verbis edicti contra filiam quæ amouit, quia ex ipsius delicto nascitur. Actio autem rerom amotarum quam Mela & Fulcinius dabant contra patrem peculio tenus, non potest directa esse cùm pater nihil deliquerit, sed vtilis tantùm est, quia ex sola æquitate comparata est aduersus summam strictámque iuris rationem, licèt competat ex ipsis verbis edicti De peculio *d. § actione, iunct. l. 1. §. verba autem D. de pecul.* Quod ergo Paulus scribit *in d l. 3. §. vlt. rer. amot* Si pater adiuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem quàm si filiam rerum amotarum iudicio in solidum defendat, non alium sensum habet, quàm vt hoc casu non sit audiendus pater etiamsi totum id offerat quod in peculio est, quemadmodum esset audiendus si iudicio rerum amotarum ex persona filiæfam. conueniretur. Opponuntur enim ista tanquam contraria. Teneri patrem ex filiæ persona De peculio, & teneri in solidum *d. l. si seruus 57. De adilit. edict. d. l. si cum filiofamilias 9. De compens.* Et consequenter significat Paulus eum se casum tractare quo filiafamilias quæ res amouit peculium habuerit, Nam & de eo ipso casu tractauerat initio § cùm diceret, Dandam in patrem de peculio actionem ex causa rerum per filiamfamilias amotarum. Quid tamen si filia peculium nullum habeat? Iam diximus non eo minùs teneri patrem defendere filiam in solidum iudicio rerum amotarum, si ipse adiuncta filiæ persona de dote agat. Quod enim filia peculium habet, facere debet vt eo magis teneatur pater saltem de peculio qui alioquin ex facto filiæ nullomodo teneretur, Non etiam vt teneatur in solidum, Ac proinde si quando peculium non habeat, facere hoc è contrario non potest vt ob id minus teneatur filiam in solidum defendere cogeretur. Sequitur apud Paulum *sed mortuâ filiâ, in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit.* Hæc verò verba sunt qoæ difficiliorem habere videntur interpretationem. Dubitari enim potest an eum casum persequatur Paulus, quem hucusque tractauit, De filia quæ viuens & peculium habuerit vel priùs decesserit quàm iudicio rerum amotarum conueniretur. Item an de patre qui dotem petere incipiat post mortem filiæ, An de illo potiùs quem tametsi dotem nollam petat adhuc tamen ex persona filiæ iudicio rerum amotarom inquietare maritus velit: Denique an quod à contrario sensu Paulus non obscurè admittit, Mortua filia quæ res amouerat dandam esse in patrem actionem rerum amotarom quatenus ex rebus amotis ad patrem peruenit, aut dolo eius factom est quominùs perueniret, de directa rerum amotarum actione accipiendum sit, an de vtili, de qua *& in l. 5. eod.* Alij enim aliter atque aliter interpretantur: Et videntur casus omnes supradicti sicut diuersi sunt, ita & diuersam habere iuris rationem. Verius tamen est nullo penitus casu dandam esse actionem rerum amotarum in patrem post mortem filiæ, Neque tanquam contra hæredem, cùm nullo casu filiafamilias olim hæredem habere siue ex testamento, siue ab intestato potuerit, Neque tanquam contra patrem De peculio, quoniam siue peculiom nullum habuit filia, de peculio actio competere nulla potest, siue habuit, certum tamen est desiisse illud esse peculium ab eo instanti qoo filia mortua est *l. 1. D. quand. de pecul. act. est annal l. certum 13. C. fam. ercisc.* Nam vt eleganter Papirius Fronto dicebat, Peculium homini simile est, Nascitur, Crescit, Decrescit, Moritur. *l. peculium 40. D. de pecul.* Moritur autem non solùm si ademptum sit vt ea lex ait, Sed etsi mortua sit ea persona quæ peculium habuit, Adeóque licèt mortua non sit, sed tamen statum mutauerit, puta si is qui filiusfamilias fuit factus sit paterfamilias morte patris *d. l. certum est 13. C. famil. ercisc.* Dices, Etiam mortuo filiofamilias, atque ita extincto peculio, non eo minùs superesse actionem de peculio intra annum, perinde acsi

ret emancipationem exiisset de potestate, *Ex d l. 1. & tot. tit. Quand act. de pecul. est annal.* Debuisse igitur hunc saltem casum à Paulo excipi, permissa marito actione rerum amotarum etiam mortua filia, saltem de peculio & intra annum contra patrem. Respondeo posse non incommodè Paulum sic accipi vt deneget mortua filia actione rerum amotarum de peculio aduersus patrem post annum, at non etiam intra annum. Nec enim hæc interpretatio tollit antithesim illam quam Paulus ponit inter eos casus duos, si viua filia De peculio pater conueniatur, & si rerum amotarum actione post mortem filiæ, siquidem actio De peculio quæ viua filia exercetur perpetua est, non vt ea quæ post filij mortem, annalis *d. l. 1. §. 1. l. 1. & 3. D. quand. act. de pecul. est annal.* Sed tamen probabilius videtur, vt supradictis verbis Paulus ex Proculi sententia excludere voluerit tam actionem rerum amotarum, quæ in solidum contra patrem post obitum filiæ danda videbatur, quàm actionem De peculio, De qua sicut dubitari vix poterat quin salua esset intra annum, Ita nec de illo, quin extincta esset post annum. Id enim conuenientius est ei quod proximè dictum fuerat De filia per patrem in solidum defendenda iudicio rerum amotarum, si pater adiuncta filia de dote agere vellet. Et ob hoc ipsum benè Paulus subiecit aduersatiuè *sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere* cùm dubitari alioquin pereleganter potuisset an non perinde hoc casu danda esset rerum amotarum actio in solidum contra patrem, atque si pater de dote ageret coniuncta filiæ persona. Siquidem non minùs consequitur pater ad quem tota dos redit mortua filia, quàm si ea viuente, & adiuncta ipsius persona dotem repetiisset. Imò tantò plus, quòd sibi dotem totam hoc casu retinet, quam viuenti filiæ ad causam secundarum nuptiarum seruare cogeretur Cur ergo melior ipsius conditio esse debebit, quàm si coniuncta filia dotem reposceret? Ratio tamen afferri non ineleganter illa potest, quòd cùm ob mortem filiæ tota dos redit ad patrem, aut actio de dote in persona patris, vt loquuntur nostri tota consolidatur, nõ ideò acquirit quicquam pater ea persona filiæ, aut per eius occasionem, sed amouetur tantùm obstaculum quod erat impedimento ne viua filia dotem repetere pater solus posset. Mutatúrque in melius causa patris per mortem filiæ, vt qui ea viua non nisi patriæ potestatis iure dotem repetere poterat, eadem mortua totam dotem solus habere debeat ratione miserationis. *l. iure succursum 6. D. de iur. dot.* Nulla igitur ratio est cur ob eam causam debeat pati iudicium rerum amotarum, cùm filiæ non solùm hæres non sit, sed neque successor ne quidem in dote. An ergo actione rerum amotarum conueniri nullomodo poterit? Imò poterit, sed neque in solidum, neque directa actione; At de eo tantum quod ad ipsum peruenerit ex rebus amotis, Id est non peculio tenus & actione de peculio si plus ad patrem peruenit, quàm in peculio sit, sed supra peculium & actione De in rem verso, quæ semper competit de eo quod peruenit, & ex omni causa ea qua competit actio de peculio, Adeóque interdum etiamsi actio de peculio in effectu nulla sit ob annalem exceptionem, vt in specie *l. 1. D. quand. act. de pecul est annal.* Formula enim actionis de in rem verso semper actionem perpetuam facit. Itaque sicut in secunda specie quam Paulus tractat *in d. l. 3. §. vlt.* de patre dotem repetente cum filia, vult ille teneri patrem vt in iudicio rerum amotarum defendat filiam in solidum, ad differentiam præcedentis speciei, in qua dixerat ex Melæ & Fulcinij sententia dandam contra patrem duntaxat actionem De peculio, sic & in tertio casu de patre dotem repetente post mortem filiæ, cùm negat Paulus teneri patrem iudicio rerum amotarum nisi in quantum locupletior factus est, Excludit tantùm condemnationem solidi, non etiam actionem de peculio quæ sit de in rem verso.

E R R O R X.

De variis actionibus, quæ competunt contra patrem ob res amotas per filiamfamilias. Et ad l. contrà 6. in princ. & §. quoties D. rer. amot.

AT quid si plus sit in peculio filiæ defunctæ, quàm in rem patris versum fuerit? Vt plenior hoc casu futura sit De peculio actio quàm de in rem verso. Non erit hoc casu exclusa de peculio actio dummodo intra annum à die mortis filiæ proponatur. Eadem namque subest æquitas & iuris prætorij ratio, ad dandam contra patrem de peculio actionem supra quàm in rem patris versum sit, cùm plus est in peculio quàm in eo quod in rem versum est, quæ subest ad dandam actionem de in rem verso, cùm plus in rem versum est quàm sit in peculio. Nec differentia inter hos casus vlla est, nisi quod priore casu actio de peculio est annalis, Posteriore verò est perpetua: Cæterùm vtraque actio præsupponit aliquod fuisse viuentis adhuc filiæ peculium, Alioqui non magis de in rem verso actio post annum contra patrem superesse potest præmortua filia, quàm simplex intra annum actio de peculio, cùm peculium nullum est nec de peculio nec de in rem verso agi possit, vt sæpiùs diximus. Quid ergo si peculium quidem viuentis filiæ aliquod fuit, sed annus tamen præterierit intra quem de peculio agi debuit? Sola supererit actio De in rem verso, cui nunquam obest quòd simplex & annalis actio De peculio extincta sit *dict. leg. 1. de in rem vers.* Quid si peculium nullum fuerit, & tamen ex rebus amotis aliquid ad patrem peruenerit? Non magis de in rem verso quàm de peculio actio salua erit, quia neutra competit sine peculio. Ergóne locupletabitur impunè pater ex delicto filiæ? Quando nec directo rerũ amotarum iudicio conueniri potest, nec simplici actione de peculio, nec de in rem verso. Verùm cessantibus his omnibus, alio tamen remedio adhuc succurri marito potest contra patrem, Dato scilicet aduersus eum vtili rerum amotarum iudicio, Nam si verum est quod ex Papiniano subiicitur *in leg. 5. eod. tit.* Viua quoque filia quod ex rebus amotis ad patrem peruenit vtili rerum amotarum iudicio petendum esse, quidni etiam mortua filia idem admittemus? An non eadem æquitas est dandæ vtroque casu actionis vtilis, ne pater ex aliena iactura impunè locupletetur? Præsertim verò cùm facilius sit, vt viua filia succurratur alio remedio contra patrem, Scilicet per actiones illas, quas diximus, aut de peculio, aut de in rem verso si peculium aliquod sit. Est enim facilius vt viuentis filiæ peculium sit, quod mortuæ nullum esse potest, ac proinde vt de peculio sit actio & quidem perpetua, quandiu filia viuit dum ne sit emancipata; quàm vt post mortem filiæ: quo tempore non nisi annalis esse potest. Nec sanè dubitandum arbitror quin id quod Papinian. scripsit *in d. l. 5.* de dando vtili iudicio rerum amotarum in patrem viua quoque filia de eo quod ad patrem peruenit, ad eum casum referri debeat, quo filia nullum peculium habuerit. Quid enim necesse esset inducere vtilem actionem rerum amotarum, sufficiente ordinaria actione de peculio, aut De in rem verso? Nisi for-

tè

rè probabilius quis putet Papinianum Iuliani hac parte sententiam secutum, vt aliàs ferè solet, non admisisse quod Mela & Fulcinius volebant, dandam esse in patrem actionem De peculio ex causa rerum amotarum, vt neque ex alia vlla causa quæ ex delicto proficisceretur, Nec eo magis tamen dedisse eum Iuliano condictionem aduersus patrem in peculium, vt *in leg. penultim. D. de condict. furt.* quòd condictio illa quamuis non ex delicto nascatur, sed potius ex eo quòd rerum amotarum possessio penes filiam sit non ex iusta causa, non tamen competat ex contractu: quod ad inducendam actionem De peculio regulariter exigitur, induxisse vt ex ea causa teneatur pater iudicio ipso rerum amotarum, at non directò, cùm nihil ipse deliquerit, sed vtili, Neque in peculium, id est ad quantitatem vsque peculij si sit in peculio quàm ad patrem ex rebus amotis peruenerit, Sed tantùm De eo, quod ad patrem peruenit, siue plus peruenerit, siue minus: Quæ tertia ac veluti media inter Iuliani & aliorum opiniones sententia est; tantóque probabilior quanto minus recedit à regulis iuris. Rursúmque tanto magis recipienda, cùm post mortem filiæ agitur aduersus patrem qui eo tempore de peculio conueniri nullo modo possit neque de in rem verso, quòd viuens filiæ nullum peculium habuerit. Solet enim vtilis actio contra patrem vel dominum tunc dari cùm actio de peculio deficit *l. ex facto 52 in fine princ. D. de pecul.* Nec audiendi sunt qui in contrarium sic argumentantur ex Paulo *in d. l. 3. §. vlt.* vt quia deneget mortua filia directam actionem rerum amotarum in patrem sub illa exceptione *Nisi quatenus pater ex ea re locupletior sit*, hoc ipso videatur concedere directam in casu exceptionis, hoc est, cùm ex rebus amotis pater locupletior factus est. Nihil enim vetat denegari actionem directam rerum amotarum in patrem omni casu, Vtilem tamen aduersus eum concedi ex æquitate & necessitate vt quod ex rebus amotis ad eum illicitè peruenit, ei extorqueatur. Neque verò directam duntaxat actionem Paulus in patrem denegat iis verbis *sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere*, sed omnem penitus, id est etiam vtilem extra casum exceptionis. Nihil ergo aliud inferre ex eo possis, Nisi quod in casu exceptionis actionem aliquam, & quidem rerum amotarum contra patrem dari oporteat. Datur porrò aliqua cùm vtilis conceditur, licèt directa denegetur Quæ si contra patrem non competit viua filia, ne quidem de eo quod ad ipsum peruenit, multò minus potest competere post mortem filiæ cuius scilicet defunctæ non magis hæres aut successor pater est quàm viuentis, Si enim vel hæres, vel hæredis loco esset, vtique directa actione teneretur non minùs quàm hæres furis directa condictione furtiua *l. contra 6. §. item hæres mulieris eod. tit. rer. amot.* An verò futurum ideò esset vt in solidum teneri deberet ac supra quàm ad ipsum peruenisset, quomodo euenit in causa condictionis furtiuæ, alia inspectio est, de qua tractandum erit in sequentibus Non idem tractatus erit si quæratur, An ob res à muliere amotas filiofamilias cui dos data sit competat socero actio rerum amotarum aduersus mulierem. Certum enim est competere, & quidem directam, id est illam ipsam quæ filiofamilias cui res amotæ sunt, competeret, si per filium patri quæsita non esset, itavt ne momento quidem temporis in persona filij substitisse dici possit *l. placet 79. D. de acquir. hered l. 1. D. si à parent. quis manum. sit l. filiusfamilias 9, D. de oblig. & act.* Et hoc est quod sit Paulus *in d. l. contra* ex Attilicini & Fulcinij sententia, Contra nurum quoque hoc iudicium socero dari. Non enim de vtili iudicio id accipiendum est, de quo solo actum fuerat in *l. prox. præced.* quæ non Pauli sed Papiniani est, & ad casum longè diuersum pertinens, sed de directo, de quo potissimùm locutus fuerat Paulus *in l. 3.* sumpta ex eodem Pauli libro septimo ad Sabinum. Idque subiecta etiam Pauli ratio demonstrat, quòd quoties filiæfamilias non ipsi patri dos data est, socer ob res diuortij causa amotas furti agere non possit, quomodo agere posset, si non filiofamilias sed ipsi patri dos data fuisset. Nec enim quod patris & filij persona iure ciuili eadem propemodum esse existimatur ob vinculum patriæ potestatis, facere potest vt idcirco vxor filij etiam vxor patris existimetur, quæ nec reuera talis est, nec fieri vnquam potest. Quia tamen non tam filij quàm patris periculum in eo agitur, qui solus de dote restituenda tenetur *l. si cùm dotem 22. §. transgrediatur D. solut. matrim.* Soli patri actio quæritur licèt nomine filij, & eadem illa quam haberet filius si sui iuris esset, vt & in *l. patri 27. D. de minor.* Quæ porrò actio cùm furti esse non possit, quia competit ex persona filij, qui si ipse sui iuris esset furti agere non posset contra eam quæ vxor fuisset *l. nihil 15. §. 1. eod.* necesse est vt sit Rerum amotarum & quidem directa non vtilis. Atque ita explicandus est *versic. quoties d. l. contra*, vt non distinctam sententiam faciat, & distinctum § quemadmodum vulgo accipitur, sed vt rationem contineat præcedentis sententiæ quam ex Attilicino & Fulcinio Paulus proposuerat, & à quibus eam rationem allatam fuisse ex eo intelligimus quod tota illa periodus *Quoties filiofamilias dos data est, socerum ad res diuortij causa amotas furti agere non posse*, si terminetur per verbum hoc infinitiui modi nullum ex se perfectum sensum habitura sit, ideóque regi necessariò debeat à verbo *aiunt* quod in fine præcedentis clausulæ positum ad hanc quoque referri commodissimè potest. Quam ob causam valde probarem vt sic potiùs legeremus *quotiès enim filiofamilias dos data est*, aut interposita particula *nam* ante dictionem *quoties*, vt in *l. 2. D. quemadmodum seruit. amitt.* cùm aliter benè construi textus non possit. Etsi non ignoro aliis plerisque iuris nostri locis euenire, vt prudentes sententiæ suæ rationem exprimant, non expressa tamen figura rationis, Cuius rei accommodatissimum exemplum est, & huic nostro simillimum *in leg. in fideicommissaria 18. D. ad SC. Trebell.* vbi posteaquàm scripsit Vlpianus, In fideicommissaria hæreditatis restitutione non venire fructus nisi ex mora (nam quod additur *facta est* superuacuum certè est) aut cùm quis specialiter fuerit rogatus & fructus restituere: quamuis fructus in quartam imputentur, subiungit rationem eleganti syllogismo conclusam *in vers. quoties*, qui similiter vulgo malè accipitur pro distincto §. *Quoties quis rogatur*, inquit, *hæreditatem restituere id videtur rogatus reddere quod fuit hæreditatis, Fructus autem non hæreditati sed rebus ipsis accepto feruntur.* Quid enim huic syllogismo deest nisi conclusio illa ex initio legis repetenda, *Ergo in fideicommissaria hæreditatis restitutione fructus non veniunt.* Sed non quemadmodum locus hic quem nunc tractamus, its & iste emendandus est. Habet enim perfectam ex se sententiam non addita dictione *enim* quia conceptus est per verbum indicatiui modi *id videtur rogatus reddere* à quo tota clausula regi & constructionem recipere potest quod in hoc loco diuersum est. Hoc verò nec ab Accursio, nec ab interpretibus aliis benè intellectum fecit vt Pauli sententiam *in d. l. contra 6. & dict. vers. quoties*, non rectè perceperint. Negant enim ob res diuortij causa amotas quæ filiofamilias in dotem datæ fuerant, dandam esse socero contra nurum actionem rerum amotarum, siue directam siue vtilem, neque alio præterea vllo casu, nisi

nisi cùm res quas mulier amouit ad socerum ipsum spectant iure dominij, nec filius fuit emancipatus. Quasi verò non spectent ad socerum res dotales tum quoque cùm filiofamilias dos data fuit: & quidem iure dominij bonitarij quod ipsi filio si sui iuris esset, vt & alij marito cuilibet, acquireretur *l. quamuis 75. D. de iure dot.* & quod per mediam filij personam patri volenti sibi acquiri, omnino & immediatè acquiritur *d. l. placet 79. de acquirend. hared. d. l. 1. si quis à parente manum. fit.* Sed si nihil iuris haberet pater in bonis dotalibus filio traditis, Non tamen esset bona consecutio vt eo minus actio rerum amotarum adeóque directa competere patri deberet, Ea persona scilicet filij, per quam actiones non minùs quàm rerum dominia cæteraque omnia quæ in iure non in facto consistunt patri acquiruntur *l. 1. C. per quas personas nob. acquir. & apud Iustin. tit. per quas person. nob. acquir. lib. 3. Et tit. per quas pers. cuique acquir. lib. 2.* Perperam igitur Accurs. Bart. & cæteri Paulum sic intelligunt *in dict. vers. quoties*, vt socero denegent rerum amotarum actionem ob res diuortij causa amotas, cùm filiofamilias dos data fuit, ob id solùm quòd eo casu deneget illi Paulus actionem furti. Nam quod furti agere non potest, tanto magis induerit actionem rerum amotarum, quam vtique furti actio excluderet si competere posset. Vnus tantùm casus explicandus superest ne quid huic tractationi desit, & qui tamen non alienus est ab iis quæ tractauimùs ex Paulo nostro *in d. l. 3. §. vltim.* Si filiafamilias quæ mariti res amouit conuenta sit directo iudicio rerum amotarum & post litem contestatam decesserit superstite patre, An in patrem transferendum sit iudicium rerum amotarum quod in filiam ipsam dum viueret exercebatur. Ad hunc enim casum respexisse videtur, & respondisse Paulus cùm posteaquàm scripsit, Si pater adiuncta filia de dote agat non aliter ei dandam actionem quàm si filiam rerum amotarum iudicio in solidum defendat & cum satisdatione, subiicit *sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait*, Verùm probabilius est denegari à Paulo actionem rerum amotarum contra patrem mortua filia, eo casu quo vel nondum fuerit acceptum iudicium cum ipsa filia, vel peculium nullum filia viuens habuerit Nam si filia & iudicium accepit de rebus amotis & peculium aliquod habuit, Certum est ita iuri esse, vt ea post litis contestationem defuncta transferendum sit iudicium in patrem, non quidem in solidum, sed duntaxat de peculio & de eo quod in rem patris versum est *l. tam ex contractibus 57. D. de iudic.* vbi hoc ipsum disertè scriptum est, non tantùm si ex contractu aliquo filiusfamilias conuentus sit, sed etiam si ex delicto conuersa scilicet causa delicti in causam iudicij & quasi contractus *l. 3. §. idem scribit. D. de pecul.* Sicuti neque distinguendum illud est an dotem aliquam filiafamilias habuerit, an nullam, quia vt suprà diximus non ob id quòd dos nulla sit, actio rerum amotarum minùs competit *l. si cùm dos 8 D. rer. amot.* At quia iudicium rerum amotarum acceptum cum filia non potest transferri in patrem nisi de peculio & de in rem verso, Consequens est vt si filiæ peculium nullum fuerit, nulla quoque in patrem iudicij translatio fieri possit, etiamsi ex rebus amotis aliquid ad eum peruenerit, ideóque necesse sit hoc casu ad vtilem actionem rerum amotarum recurrere, quam Papinianus viua quoque filia in patrem dabat de eo quod ad ipsum peruenisset, Multóque magis post mortem filiæ quoties alia actio deficeret, siue de peculio, siue de in rem verso, vt suprà explicauimos. Prudenter itaque & cautè Paulus noster tractans de actione danda omnimodo contra patrem post mortem filiæ de omni eo quod ad patrem peruenerit, nullum exprimit actionis nomen, Vt intelligeremus non tantùm pro casuum diuersitate aliam atque aliam actionem eo nomine competere, sed etiam pro variis prudentum sententiis, quæ in eodem etiam casu non modò variæ sed etiam pugnantes fuerunt, Cùm tamen omnes in eo consenserint, vt quod ex furto filiæ ad patrem improbè peruenisset, omnimodo eripi ei & extorqueri oporteret.

ANTONII FABRI I.C.

Decas Septuagesimanona.

ERROR PRIMVS.

De actione furtiua contra eam quæ vxor est vel fuit. Ad l. 3. §. 1. D. rer. amot.

VALDE nouum est & inauditum quod ex paulo scriptum legimus *in l. 3. §. 1. D. rer. amot.* Possibile esse vt maritus furti agat cum ea, quam vxorem habet, Scilicet si ei cui hæredes sumus furtum illa fecerit, Vel nobis antequam nuberet. Etsi enim post multas veterum interpretum dissensiones tandem obtinuit vxorem perinde furtum facere marito, vt filium vel filiam patri, Displicuit tamen eam furti obligari, & non tantùm recepto ac commentitio, vt nostri loquuntur, sed etiam constituto iure inductum fuit vt cum ea furti agi nullomodo possit: Ob eámque causam necesse fuit induci à prætore singulari quodam iure actionem rerum amotarum qua experiri maritus posset, at non contra eam quæ vxor adhuc esset, sed aduersus illam quæ vxor antea fuisset. Adeò æquum & conueniens visũ est in honorem matrimonij turpé actionem aduersus vxorem denegari, vt idem Paulus & Caius ratiocinantur *in l. 1. & 2. eod. tit.* Actionem enim furti non modò turpem, famosam & pœnalem esse constat, sed turpium famosarum & pœnalium omnium turpissimam, famosissimam, & pœnalissimam *l. furti 6. D. pass. D. de his qui not. infam. l. infamem 7. D. de public. iud. l. si pro fure 7. §. 1. D. de condict. furt.* Proinde nihil potest interesse an ei cui hæredes sumus furtum

tum mulier fecerit, an nobis, Nec rursum si nobis, an priusquam nobis nuberet an posteà. Nullo enim istorum casuum possibile est vt legis verbo vtar, furti agere maritum cum vxore, Præsertim verò constante matrimonio. Esset enim longè tolerabilius hanc actionem marito post diuortium permittere earum rerum nomine quas vxor constante matrimonio amouisset quàm tempore matrimonij ob eas res quarum vxor vel alij quàm marito, vel ipsi marito ante contractas nuptias furtum fecisset, Est namque maiore honore digna mulier quæ adhuc vxor est, præsénsque souet matrimonium, quam quæ vxor fuit, nec si memoriam ostentare potest malè ac infeliciter transacti matrimonij. Quare nec in hoc Paulus conquiescit *in dict. l 3. §. 1.* vt dicat, Posse maritum his duobus casibus agere furti contra vxorem durante adhuc matrimonio, sed quasi seipsum corrigens adhibet temperamentum, subiiciens in hæc verba *Tamen propter reuerentiam personarum in vtroque casu furtiuam tantùm condictionem competere non etiam furti actionem dicimus.* Temperamentum hoc sanè aliquod esse videtur, quia non sicut furti actio, ita & condictio furtiua vel pœnalis est, vel famosa. Non pœnalis quia non pœnam legitimam, sed rem ipsam persequitur & corpus rei furtiuæ *d. l. si pro fure 7. §. 1. & leg. seq. D. de condict. furt.* Nam famosa quoniam generale illud Ius est condictionum omnium vt cesset in iis ignominia quamuis ex famosis causis pendeant *l. cessat 36. D. de oblig. & act.* Et tamen si propiùs & subtiliùs intueare, non minùs nouum est & inauditum dari condictionem furtiuam quàm actionem furti aduersus vxorem etiam soluto matrimonio, Quanto magis eo adhuc durante? Alioqui nulla certè subesset necessitas inducendæ per Prætorem actionis rerum amotarum, nuptiis per diuortium solutis si condictio furtiua dari eo casu potuisset, Quippe quæ actori longè fauorabilior est quàm actio rerum amotarum, habétque pleniores præstationes, Vel in hoc saltem quod semper datur in solidum nec minùs contra hæredem & successorem furis quàm contra furem ipsum *dict. l. si pro fure §. 1. l. in condictione 9. D. de condict. furt.* Cùm tamen actio rerum amotarum plerumque detur de eo tantùm quod peruenit, vt puta contra patrem qui ex rebus per filiamfamilias amotis locupletior factus est *d. l. 3. §. vltim. & l. 5. D. rer. amot.* adeóque contra hæredem ipsum *l. vlt. C. eod.* de cuius interpretatione ac ratione noua in sequentibus dicemus. Cur verò etiam condictio furtiua denegatur aduersus non eam solùm quæ nunc vxor sit, sed illam etiam quæ antea fuerit, & esse desierit? Si verum est quod diximus & omnes fatentur ingenuè si Cuiacium hæsitantem ac fluctuantem excipias, neque pœnalem esse, neque famosam? Nempe quia licèt neque pœnalis, neque famosa sit, turpis tamen est: hoc ipsum autem non ideo tantùm quod turpem & famosam causam habeat (idem enim dici posset de actione rerum amotarum, quæ simpliciter pendet ex furto *l. si mulier 21. §. vltim. rer. amot.*) sed etiam quia furti nomen & exprobrationem præfesert, cùm non condictio simpliciter dicatur, sed adiecto perpetuo illo, turpique epitheto *furtiua*. Nec abs re, cùm habeat pleraque singularia quæ non habent condictiones cæteræ solóque furum odio comparata, quale inter cætera illud est, ne singula nunc recenseamus, quòd & soli domino competit, & contra solum furem furísve hæredem *l. 1. l. ex furtiua 5. D. de condict. furt* Itaque quisquis agit condictione furtiua, hoc ipso affirmat contenditque aduersarium furem esse vel hæredem furis, quod fieri certè non potest, quin turpitudo ei qui conuenitur obiiciatur, tantóque maior cùm iis contra quem proponitur, furis hæres non est. Illud enim vnum relinquitur vt fur ipse affirmetur. Et ideo bene Caius *in d. l 2. rer. amot.* cùm rationem reddit actionis rerum amotarum inductæ adeò singulari iure contra vxorem quæ furtum reuera fecit, denegata furti actione vt leniùs illa coërceretur, Non si eam concipit vt dicat famosam aut pœnalem actionem viro aduersus vxorem denegari debuisse, sed turpis tantùm actionis meminit, vt cùm actione furti excluderet etiam furtiuam condictionem, quæ quamquam nec pœnalis nec famosa, turpis tamen est, haud secus acsi maritus contra vxorem agens, furem illam esse apertioribus verbis asseueraret. Quid, quod in cæteris personis facilius est vt ipsa quoque furti actio detur etiam contra non furem, quàm condictio furtiua? Exemplum illustre est ac propemodum singulare in eo cuius ope consilio furtum alicui factum esse dicatur, is enim quoniam reuera fur non est condictione furtiua nullomodo tenetur, quod ego sic intelligo, Nec si rem furtiuam possideat, siquidem ad causam condictionis furtiuæ nihil refert an is qui conuenitur possideat necne *§ vlt. Inst. de oblig. quæ ex delict.* Et tamen perinde tenetur actione furti, sic constituto per legem duodecim tabul. iure, acsi furtum fecisset *l. proinde 6. eod. tit.* Quis igitur ferat, vt vxor in iis ipsis casibus in quibus actione furti conueniri non potest, propter reuerentiam personarum, vt lex ait, condictione tamen furtiua conueniatur? Neque verò Interpretes nostri negare aut dissimulare possunt, esse hoc alienum à principiis iuris, postquàm placuit iure constituto neque furti, neque alia vlla turpi actione conueniri posse illam quæ vxor vel est, vel fuit. Sed dicunt esse singulares & speciales casus illos, qui ponuntur *in d. §. 1. l. 3. rer. amot.* A qua sententia nec abhorret vir doctissimus Iacob. Cuiac, ad Papinianum *in l. vina quoque 5. eod. tit.* nullam tamen afferens specialitatis & tam singularis iuris rationem, quàm nec alius vllus ex Interpretibus affert, nec Papinianus ipse vt puto si viueret afferre posset. Fateamur ergo quod res est, non Pauli nostri sed Triboniani meram esse duplicémque inscitiam illam, Et quod ait possibile esse vt contra vxorem furti agatur constante matrimonio, Et quod concludit tanquam melius, & mollius quiddam, Condictionem furtiuam contra vxorem dari debere. Quid verò esse potest, quod Tribonianum in iure tam aperto fefellerit? Vnum illud, vt puto, quod initio *d. §. 1.* scriptum vidit, & verè, si seruus vxoris meæ furtum mihi fecerit posse me cum ea furti agere, & quidem constante quoque matrimonio. Sic enim sententiam illam accipiendam esse constat, Quamuis in alia specie quæ initio legis posita est, de muliere quæ post diuortium contrectauit res mariti, quas constante matrimonio amouerat, non eadem interpretatio capi possit. Nam ex contrectatione quæ post diuortium facta sit, potest quidem nasci actio furti, sed non durante matrimonio, Nisi poneres redintegratum matrimonium, Quo tamen casu non solùm furti agi non posset, sed neque rerum amotarum si non iterum diuortium secutum esset *l. redintegrato 23. & l. vlt. D. eod. rer. amot* Credidit autem Tribonianus aut finxit primum se credere casum illum quo seruus vxoris furtum marito fecerit, similem esse duobus sequentibus. Si vxor ei furtum fecerit cuius hæres maritus est, aut si marito ipsi priusquàm nuberet vt non magis dubius his posterioribus casibus quàm priore absurdum sit furti actione vxorem conueniri etiam quæ adhuc sit vxor. In quo tamen euidentissimè per imperitiam iuris lapsus est. Nam priore illo casu nihil impedit quominus vxor ex furto serui sui & conueniatur & condemnetur actione furti etiam constante matrimonio,

monio, Ratione illa quod neque famosa aut pœnalis, neque turpis sit actio quæ ex furto serui contra dominum noxalis competit, Per quam scilicet non ipsius domini sed serui factum dolusque designatur, Et quæ licèt per se & sui natura pœnalis sit, cuitatur tamen facillimè per noxæ deditionem etiam quæ post condemnationem offeratur, quia facultas illa dedendi noxæ condemnato quoque datur ex legibus *l. inter 6. §. 1 D. de re iudic.* Denique nec famosa, nec turpis est actio furti nisi cùm aduersus eum instituitur qui suo nomine conuenitur non si aduersus eum qui alieno *d. l. furti 6. §. si quis alieno De his qui not. infam. l. seruus 14 cod. tit.* vbi eleganter Paulus scribit, Si dominus seruum cuius nomine iudicium noxale acceperat, postea liberum & hæredem instituerit, deinde seruus ipse liber iam factus ex eodem iudicio damnatus sit, non fieri eum infamem quamuis idem ille sit qui & furtum fecit, & ex causa eius fuit damnatus est, quia, inquit Paulus, non suo nomine condemnatur. Quippe cùm initio lis in eum contestata non sit, sed in dominum, quoniam nec cum seruo fieri litis contestatio potuit. At posterioribus illis duobus casibus quos de suo ingenio tanquam similes addidit Tribonianus *in d. l. 3. §. 1.* id est si maritus hæres extiterit ei cui mulier furtum fecit siue ante, siue post contractas nuptias, Aut si marito ipsi furtum fecerit mulier antequam nuberet, Non potest mulier conueniri & condemnari actione furti, quin hoc ipso fiat infamis, quia vtroque casu conuenitur, & condemnatur suo nomine cùm ideò condemnetur, quòd illa ipsa sit quæ furtum fecit. Quanam igitur ratione possibile est, si Triboniani verbo contra Tribonianum vti liceat, vt furti actio ex his causis danda sit contra mulierem etiam post diuortium? Quantò minùs autem constante adhuc matrimonio? Et hoc Tribonianus quoque tandem & ipse vidit: cùm ad sententiam adeò ineptam corrigendam addidit temperamentum illud de furti actione propter reuerentiam personarum his casibus contra vxorem deneganda, sic tamen vt furtiua condictione aduersus eam agere permittatur. Quod tamen æquè ineptum, nec minùs falsum esse suprà probauimus.

ERROR II.

De condictione furtiua quam dant interpretes contra vxorem cuius seruus furtum marito fecit, aut ex contrectatione quam ipsa fecerit ante matrimonium, Et ad l. si quis vxori § 2. in princ. D. de furt.

SVaues verò mehercule sunt interpretes, qui Triboniani errore non contenti dant marito condictionem furtiuam aduersus vxorem, non modò duobus illis casibus, sed etiam tertio, quem lex primo loco ponit, Cùm seruus vxoris furtum marito fecit, Etsi enim verum est, Quoties seruus furtum commiserit, condictionem furtiuam aduersus dominum competere, quæ contra seruum ipsum exerceri non possit *l. si seruus 4. D. de condict. furt.* Habet tamen ea condictio naturam propriam, & longè dissimilem ab illa quæ est cuiuslibet alterius condictionis furtiuæ non nisi aduersus furem ipsum, furisve hæredem competentis. Hoc siquidem casu sic datur condictio furtiua contra dominum, vt tamen non possit condemnari præcisè ad dandum nisi id quod ad ipsum peruenit, In residuum autem noxæ seruum dedere possit, dedendóque liberari *d. l. 4.* Estque huius actionis ius valde singulare quod ex parte noxalis actio est, ex parte verò non noxalis, vt explicauimus in præcedentibus. Ideóque non solùm famosa vel pœnalis non est, sed neque turpis cùm aduersus dominum non ex domini, sed ex serui delicto exerceatur. Qua ex causa nec furti actio quæ tamen turpior est turpis esset. Nam quo casu actio furti proposita famosa non esset, eo casu neque condictio furtiua turpis esse potest, sicut è contrario quibus casibus condictio furtiua turpis est, iisdem actio quoque furti non modò turpis, sed etiam famosa vt sit necesse est, Et verò quænam turpitudo in eum cadere potest qui non ex suo sed ex serui sui facto, nec nisi ex necessitate iuris conuenitur? At duobus illis posterioribus casibus in quibus iam ostendimus furti actionem dari contra mulierem non posse, neque constante, neque soluto matrimonio, si condictio furtiua contra eam daretur, non posset non esse turpis actio quæ & in solidum, & ob proprium ipsius delictum exerceretur. Separandi ergo sunt posteriores illi casus à priore, non minùs cùm de condictione furtiua quæritur, quam cùm de actione furti. Nec illud quoq; ferre possum quod ab interpretib. apud Accursium controuerti video, An mulier eo casu quo res diuortij causa amotas post diuortium quoque contrectauerit, condictione furtiua teneatur. Nam si verum est quod Paulus ait, teneri eam actione furti quæ non tantùm turpis, sed etiam famosa & pœnalis est, Quidni etiam condictione furtiua teneri debeat, quæ licet turpis sit, attamen nec famosa est, nec pœnalis, Aut si quis negaret dandam hoc casu condictionem furtiuam soluto quoque matrimonio, quòd turpis actio sit ex ratione posita *in d. l. 2. cod. tit.* quo tandem colore posset defendere nihilominùs actionem furti dandam esse? Nimirum quod dicimus in honorem matrimonij denegandam esse turpem actionem aduersus eam quæ vxor fuit, tunc demum obtinet cùm agitur ex causa eius furti quod constante matrimonio factum sit. Quamuis.n. non minùs verè furtum illud sit, quàm si extra tempus matrimonium factum esset, leniùs tamen coërcendum est quia societatem illam vitæ quæ per matrimoniũ contrahitur, quodammodo pro casu habet, *l. 1. & pen. cod. l. si rerum 52. D. de re iud.* At cùm furtum factũ est ante matrimonium contractum vel post diuortiũ non potest facere honor & memoria transacti matrimonij vt eo minùs conueniri mulier possit actione furti, quamuis futurum sit vt ex ea condemnatione infamis fiat, quia prætextus societatis vitæ neque causam neque colorem huic furto dare potuit. Incóque melioris conditionis est mulier, quæ adhuc vxor est, quàm illa quæ fuit & esse desiit. Quæ enim vxor adhuc est etiamsi furtum fecerit ante nuptias & eo tempore quo vxor nondum erat, non magis tamen conueniri potest aut furti actione aut condictione furtiua, quàm si contracto iam & adhuc constante matrimonio furtum fecisset. Ita scilicet ferente honore matrimonij qui sanè violaretur si turpis tantummodò nedum famosa actio per maritum aduersùs vxorem institueretur eo tempore, quo vniuersalis illa vitæ societas, coniuges arctiùs in honore coniungit, quàm in dominio bonorum *§. patitur autem, Inst. de iniur.* Proinde cùm de actione furti & condictione furtiua coniugi aduersùs coniugem danda, vel deneganda disputamus, non est adhibenda distinctio. Quonam tempore furtum factum sit: quæ tamẽ adhibenda necessariò est cùm de alterutra huiusmodi actionum quæritur soluto iam matrimonio. Nam ob furtum factum siue ante contractum, siue post dissolutum matrimonium etiam furti agi potest, vt diximus ex *d. l. 3. in princ.* multò magis igitur condictione furtiua, quæ paulò lenior est. Ob id verò furtum quod constante matrimonio factum sit nec

furti

furti agi potest nec furtiua condictione vllo casu sed tantùm actione rerum amotarum, Neque tamen hoc perpetuò, sed ita demùm si diuortij causa & consilio res amotæ proponantur, vt postea dicemus. Adeò autem verum est quod volumus, condictionem furtiuam, quia semper turpis est, nisi cùm ex serui furto competit, aduersus eam quæ adhuc vxor sit dandam non esse, tametsi furtum extra nuptias & societatem illam vitæ admissum esse dicatur, vt si post res diuortij causa amotas redintegratum sit matrimonium, non aliter tamen salua maneat rerum amotarum actio quàm si nouum diuortium fiat *dict. leg. redinteg.* iunct. *leg. vlt. eod.* quod vtique non esset necesse si ad dandam actionem furti vel condictionem furtiuam in vxorem, sufficeret quòd furtum alio quàm matrimonij tempore factum probaretur. Præsertim cùm actio rerum amotarum, quæ non magis turpis quàm famosa est, faciliùs concedenda fuerit quàm cæteræ, Maximè autem eo casu quo negari non possit quin iam aliquando competierit, vt *in dict. l. redinteg. & d. l. vlt.* Hoc enim addendum est, ne quis fortè nos putet adeò incautos, vt omni casu quo & actio furti & condictio furtiua inter coniuges potest competere, actionem quoque rerum amotarum dari posse arbitremur, quàm è contrario scimus nunquam posse cum actione furti vel cum furtiua condictione concurrere, Idque est quod sibi vult Paulus noster *in d. l. 3. in princ.* cùm ex iis quæ dixerat *in l. 1.* sic infert *& ideo si post diuort. easdem res contrectat, etiam furti tenebitur.* Nempe vt perinde excludat actionem rerũ amot. eo casu quo nouum furtum factum sit post diuortium, atq; excluserat prius actionem furti eo casu quo factum fuerit constante matrimonio. Nec dictio illa implicatiua *etiam* sic accipienda est vt actionem rerum amot. includat, quasi scriptum sit non modò actionem furti, sed etiam actionem rerum amotarum eo casu competere, quod falsissimum est, sed per exaggerationem, & vt nostri loquuntur augmentatiuè hoc sensu, Vt ob nouam contrectationem post diuortium factam non iam actione rerum amotarum quæ mitior & lenior est, sed ipsam etiam furti actione, quantumuis famosa & pœnalis illa sit, mulier teneatur. Quo magis mirandi sunt interpretes illi quos Accurs. refert & refellit, qui quod de furtiua condictione scripsit Tribon. *in d. l. 3. §. 1.* ausi sunt interpretari de actione rerum amotarum Etsi .n. benè viderunt non posse defendi quod scriptum est *in d. §. 1.* Condictionem furtiuam duobus illis casibus dandam esse aduersus vxorem constante licèt matrimonio; in eóque rectiùs senserunt quàm qui Pauli nomine & authoritate decepti rationem iuris tam manifestè hac parte violari patiuntur, Errant tamen & ipsi non minùs grauiter, qui adeò impropriè ac ineptè Paulum locutum esse sibi persuadent, vt condictionem furtiuam dicere potuerit pro actione rerum amotarum, quæ nec condictio est, vt infra videbimus nec furti mentionem aut exprobrationem vllam continet. Præter id quod vt Accurs. contra eos ratiocinatur actio rerum amot. neq; constante matrimonio competit *l. 2. C. eod.* neque aliis rebus quàm quæ causa diuortij amotæ sint diuortio postmodum secuto *l. rer. quod. 25. D. eo.* Adeò vt etiam si mulier cùm de viri vita desperasset subreptis quibusdam rebus diuerterit, posteà verò vir conualuerit non directa rerum amotarum actio competat sed vtilis tantùm danda sit *l. si mulier 21. in princ. eod.* quod hoc casu non tam diuortij quàm mortis causa res amotæ esse videantur. Nec pro Accursij aut potiùs Triboniani errore tuendo quicquam facit, quod affert idem Accurs. ex *l. cùm quis 38. §. 1. D. de solut.* vbi Africanus & condictionem & actionem furti dat marito post diuortium de eo quod à muliere subreptum fuerat constante matrimonio, Nam quod ad condictionem attinet de qua illo Afric. non furtiua condictio illa est, sed ea quæ competit ei ex coniugibus qui durante matrimonio donationem contulit in coniugem illicitè & contra quàm prohibitum sit moribus populi Rom. quoties id quod donatum est extare desiit, & consumptum fuit *l. 1. 2. 3. & tot. tit. De don. int. vir. & vx.* & de qua *in l. si sponsus 5. alias l. si mulier in fi. cum l. seq l. vxor 58. & pass. ill. tit.* Quod verò additur de actione furti in proposito danda necessariò referendũ est ad priorem illius §. speciem quem Afric proposita fuerat, & de qua consultus eo loco respondet, non ad posteriorem, quam sibi fingit ille vt argumento inde sumpto confirmet id, quod circa priorem speciem responderat, De quo nemo dubitaret nisi Odofredum interpretem & alios omnes decepissent ea verba *post diuortium* quæ haud dubie delenda sunt, & malo interpreti adscribenda, Vt pluribus ex professo docui *l. 3. Coniect. c. 19.* Cæterùm neque actionem furti, neque condictionem furtiuam dari posse aduersus vxorem, ne quidem solutó matrimonio, præter ea multa quæ iam attulimus apparet eleganter ea Vlp. *in leg. si quis vxori 52. in princ. D. de furt.* vbi ait ille, Si quis res mariti subtrahenti opem consiliumve accommodauerit, furti eum teneri, quemadmodum etsi furtum cum ea fecerit, quamuis ipsa furti non teneatur. Deinde adiicit, Ipsam quoque si opem furi tulerit, furti non teneri, sed rerum amot. Postremò addit, non esse ambigendum quin serui sui nomine furti teneatur, Nempe quia, vt suprà diximus, neque pœnalis, neq; famosa, neque turpis actio illa est quæ ex furto aut alio delicto serui contra dominum instituitur. Illud verò præcipua obseruatione dignum videtur apud Vlp quod ait, Mulierem quæ opem furi tulit mariti res subtrahenti, iudicio rerum amotarum teneri, Nouum .n. hoc videtur, cùm is qui furi opem tulit aut consilium dedit non ideò fur sit aut furtum fecisse dici possit, quamuis per legem 12. tab. nihilominus furti obligetur *§. interdum quoque Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Propter quam causam placuit nec furtiua condictione hunc teneri cuius ope consilio furtum factum est licèt furti teneatur, Nimirum quia nunquam condictione furtiua tenetur alius quàm qui furtum ipse fecit, aut hæres eius *l. proinde & cum l. praeced. D. de condict. furt.* Cur ergo vult Vlp. teneri tamen hanc mulierem actione rerum amotarum? An vt duriùs coërceatur quàm cæteri qui ex simili causa condictione non tenerentur? Imò quia rerum amotarum actio quo lenior & mitior est quàm condictio furtiua, eo faciliùs concedenda est, Vt vel ex hoc maximè appareat actionem rerum condictionem non esse, vt vulgò creditur, Tantùm abest vt condictioni furtiuæ in omnibus similis sit, quomodo Iacobus Cuiacius existimauit. Sed de eo plura & ex proposito in sequentibus. Hoc prætermittere non possum, sicut ex iis quæ hoc capite disputauimus inscitia Tribon. manifestè detegitur, ita & manum ipsius non obscurè agnosci in illis verbis *sed & cum vxore furti agere possibile est*, itémq; in iis sequentibus *propter reuerentiam personarum.* Simili enim propemodum locutione vsum eum video ad Pauli sententiam corrumpendam *in l. Caius 45. solut. matr.* in postremis illis verbis *& maximè propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est*, vt scripsi in posterioribus libris Coniecturarum. Sed multò ineptiùs *in d. l. 3. §. 5. rer. amot.* vbi propter reuerentiam istam personarum dat condictionem furtiuam inter coniuges, quasi salua reuerentia fieri possit vt tam turpis actio nec nisi contra furem aut furis hæredem competere solita, inter eos exerceatur.

ERROR III.

De sententia & emendatione l. si concubina 17. in princip. D. rer. amot.

CVm inter vxorem & concubinam dignitate magis quàm affectione intersit *l. item legato 49. § paruì autem refert de leg. 3 l. cùm tabulis 16. §. 1. D. de his quæ vt indign.* Mirum non est aliud iuris esse in actione rerum amotarum si agatur de vxore quæ furtum marito fecerit, Aliud verò si agatur de concubina: Quandoquidem actio rerum amotarum non ob affectionem coniugalem comparata fuit, quæ affectio nulla certè est post diuortium, & eo tempore quo ij qui antea fuerunt coniuges inimici existimantur *l. cum in fundo 78. §. quòd si mulier in fin.* illis verbis *quàm relinquere apud inimicum. D. de iur. dot. l. Cicero 39. D. de pœn.* Sed ob honorem & dignitatem maritalem & in memoriam transacti matrimonij *l. 2 D rer. amot.* Itaque quamuis dici soleat parui referre an vxori tuæ, an concubinæ legaueris quæ eius causa parata sunt *dict. §. parui.* quoniam legata non nisi affectionis causa relinquuntur, *l. nec adiecit 9. D pro socio* Multum tamen interest an vera vxor tua an concubina res tuas subtraxerit. Nam si vxor fuit, licèt verè furtum tibi fecerit, furti tamen agere cum ea non potes, sed tantummodò actione rerum amotarum, cùm præcedentis vitæ societas non patiatur, vt ob furtum in matrimonio factum possit illa furti conueniri, sed suadet potiùs vt leniùs illa & leuiùs puniatur *d. l. 1. & 2. l. pen rer. amot.* Adeò vt neq; vllo casu permittendum sit vt contra eam detur condictio furtiua, quemadmodum superiore capite aduersus Tribonianum disputauimus. Sed si concubina tua res tuas amouerit & subtraxerit, hoc iure vtimur, & extra omnem penitus controuersiam est vt furti teneatur, *l. si concubina 17 in princ. eod.* Vbi addit generaliter Vlpianus, Consequenter dicendum esse, Vbicunque cessat matrimonium vt puta in ea, quæ tutori suo nupsit, vel contra mandata conuenit, vel sicubi alibi cessat matrimonium, cessare quoq; rerum amotarum actionem, Mox affert rationem *quia*, inquit, *competit diuortij causa.* Quæ tamen ratio quomodo explicanda sit vt vera esse possit, difficile videtur dicere, Ego certè non intelligo. Quamquam.n. video Accursium cæterósq; interpretes vulgò sic explicare quasi Vlp. ita ratiocinetur, vt actio rerum amotarum non competat nisi causa diuortij: Nullum autem diuortium esse possit vbi nullum est matrimonium, Et consequenter neque actio rerum amotarum competere queat iis casibus quibus matrimonium nullum est, Nemo tamen rationem affert quæ probare possit verum esse quod ea Vlpiani verbis interpretes omnes præsupponunt, actionem rerum amotarum competere diuortij causa: Quod ego contrà puto esse falsissimum. Scio rerum amotarum iudicium non aliter locum habere, quàm si diuortij consilio res amotæ fuerint, & secutum diuortium sit, vt loquitur Marcianus *in l. rerum quidem 25. eod. tit.* Idque esse quod aliis locis scriptum est *diuortij causa* vt *in l. si rem 20. & l. seq. §. 1.* id est animo & consilio diuertendi, Ad excludendum casum, illum quo mortis causa res amotæ fuerint, quo casu si posteà mortuus sit maritus antequàm diuortium vllum sequeretur, non actione rerum amotarum, sed vel hæreditatis petitione vel actione ad exhibendum agere debet hæres mariti, vt consequatur id quod amotum est *l. si propter 21. §. 1. eod.* Dixi *antequàm diuortium vllum sequeretur*, quia si mulier cùm de viri vita desperasset subreptis quibusdam rebus diuertisset, deinde vir conualuisset, vtilis rerum amot. actio ei contra mulierem danda esset *l. si mulier 21. in princ.* Cessante nimirum directa ob id quod non diuortij consilio sed mortis speratæ causa res amotæ proponebantur. Cæterum cum actio vtilis soleat eiusdem esse potestatis cuius & directa, eundemq; habeat effectum *l. act. 47. D. de neg. gest.* Consequens est vt si ad effectum rei respiciamus, non tam necesse sit res diuortij causa amotas esse, quàm diuortium esse secutum. Nullo.n. secuto diuortio, inauditum est vt actio rerum amotarum siue directa, siue vtilis vnquam detur, cùm tamen danda sit vtilis etiamsi mortis non diuortij causa res amotæ sint si modò diuortiū postea sequatur, Enimuerò tum quoq; cùm diuortij causa res amotas fuisse constat, nemo tamen bene dixerit, Rerū amotarum actionem competere diuortij causa. Sunt.n. ista longe differentia, Competere actionem rerum amot. ob res amotas diuortij causa, Et competere diuortij causa, Prius verum, at posterius falsum est, cùm diuortij causa non ad rerum amot. actionem referenda sit, sed ad rerum amotionem ipsam quæ actionis materia est, non forma. Nec rursus diuortij, sed furti puniendi gratia rerum amotarum actio comparata est, vt cessante furti actione furtum tamen mulieris hoc vno quamuis leniore remedio coërceretur *d. l. penultim. rerum amotarum.* Ergo apud Vlpianum *in d. l. si concub* tollenda omnino sunt verba illa *diuortij causa* ne falsa sit ea ratio *quia competit diuortij causa*, Sed non ideò tamen delenda: at potiùs reponenda *in §. seq.* cuius initium tale sit *Diuortij causa res amotas dicimus*, &c. Nam cùm actio rerum amotarum detur non ob res amotas quaslibet, sed ob eas tantùm quæ causa diuortij amotæ sint, Explicandum sanè fuit quænam res diuortij causa amotæ dici possent, An eæ tantùm quæ diuortij consilio amotæ essent, vt Marcianus loquitur *in d. rerum quidem 25. eod.* An verò etiam aliæ, puta quas nupta mulier necdum de diuortio cogitans amouisset si cùm discederet eas celasset. Quod Vlpianus magis probat, Et rectè quia licèt amotæ sint priusquàm diuertendi consilium susciperetur, ac proinde non diuortij causa, secuto tamen postea diuortio iisdémque rebus celatis, cœpit mutari causa amotionis, & in diuortij causam transire consilium quod ab initio aliam causam habuerat quasi ex noua contrectatione & amotione. Itaque hoc casu directa rerum amotarum actio competet non vtilis, tanquam rebus amotis diuortij causa, licèt diuertendi consilium ab initio nullo interuenerit, Nec rarò similia errata in libris nostris occurrunt, vt verba quæ in fine præcedentis alicuius §. leguntur, ad initium §. sequentis referenda sint, Aut contra, Vt quæ initium §. sequentis constituunt, ad finem præcedentis reuocari debeant, vt *in l. filiusfamilias 114 §. vt quis hæredem*, In cuius fine verba illa *secundum vulgarem formam iuris* malè in vulgatis & antiquis codicibus initium præbent §. sequentis. Verùm statim occurrit quod quis obiiciat nobis, Si ea verba *diuortij causa* tollantur ab initio legis vt ad §. 1. referantur mancam & mutilam nulliúsque sensus futuram esse rationem illam quam afferre Vlpianus voluit, vt ostenderet cessante matrimonio, cessare quoque actionem rerum amotarum. Illa enim tantùm supererunt *quia competit*, quæ si ad actionem rerum amotarum reuocentur de qua sola proximè locutus fuerat Vlpianus, falsam & ineptam efficient totam Vlpiani sententiam, his verbis expressam *cessare rerum amotarum actionem, quia competit*, Quomodo enim cessat si competit? Aut quænam ratio hæc est vt ideò cesset quia competit? Grauius igitur mendum hîc subesse fatendum est, propter sublatam dictionem *furti* quæ omnimodo restituenda est, & quæ restituta suam Vlp. elegantiā restituit

vt

vt optima, & accommodatissima ratione vsum eum esse intelligamus. Non enim alia vel melior, vel accommodatior ratio reddi potest propter quam inter personas quæ matrimonium iustum contrahere non possunt, cesset actio rerum amotarum, quàm quia inter easdem personas furti actio competit. Idque est quod in ipso legis initio Vlpianus postquàm scripsit, si concubina res amouerit, hoc iure nos vti vt furti teneatur, subiicit, *& consequenter dicemus, vbicunque cessat matrimonium, cessare rerum amotarum actionem*, Vt intelligamus bonam esse consecutionem, Vt quoties actio furti competit cessare debeat rerum amotarum actio. Quippe quæ non nisi singulari iure introducta sit & contra iuris communes regulas ac quodammodo in subsidium deficientis actionis furti & condictionis furtiuæ. Verisimile autem est sublatam ab imperito aliquo interprete dictionem illam *furti*, quàm nos restituimus, quasi esset illa non modò superuacua, sed etiam absordè addita, cùm iam per eiusdem aut alterius librarij imperitiam accidisset, vt ea verba *diuortij causa* quæ nos *in § seq.* relegamus, suo loco mota essent, & ad hoc legis initium malè applicata. Nisi fortè probabilius quis putet tollenda esse verba illa *quia competit* tanquam intrepitia & ab eo interprete addita, quia cum sequentia *diuortij causa* iam transposita videret & in hunc § deducta, nullam satis commodam recipere interpretationem, putauit locum mancum esse supplendùmque additis in speciem rationis duobus illis *quia competit*, vt iuncta cum sequentibus rationem plenam facerent propter quam rerum amotarum actio in illis casibus cessare deberet. Non vidit malus interpres aut imperitus librarius Vlpianum explicare voluisse & debuisse non tam quæ res amotæ essent quàm quæ diuortij causa amotæ dici deberent. Quænam enim res amotæ dicantur nemo non intelligit, Eæ scilicet omnes quæ inter alias personas furto subtractæ dicerentur, & furtiuæ. Nam & inde est quod res quas mulier amouit non magis vsucapi possunt quàm furtiuæ res cæteræ, *d.l.pen.rer. amot.* Non alia vtique de causa, quàm quòd ipsæ quoque furtiuæ sint, furtiuarum autem rerum vsucapio districtè prohibita sit tam per leges duodecim tabularum, quàm per legem Atiniam *§. furtiuæ Inst. de vsucap. l. non solùm 33. in princ. eod.* quamuis eæ leges nihil de rebus amotis dixerint. At quænam res diuortij causa amotæ dici debeant non tam facilè sciri poterat, cùm probabiliter potuisset quis credere solas eas videri amotas causa diuortij quæ suscepto iam diuertendi consilio amotæ fuissent, vt *d.l. rerum quidem 25. rer. amot.* nisi aliter Vlp. docuisset. Ideóque prudentibus nostris familiaribus & frequentius est, vt cùm tractant de actione rerum amotarum, loquantur potiùs de rebus amotis diuortij causa, quàm de amotis diuertendi consilio, vt ea dictione quæ latiorem habet significationem omnes casus comprehendant. Plus enim est dicere *diuortij causa* quàm *diuortij consilio*. Diuortij causa fit quicquid fit diuortij consilio. At non è contrario diuortij consilio amouetur quicquid tandem diuortij causa amotum inuenitur. Consilium namque necessariò præcedit amotionem, At causa diuortij potest sequi, & eo demum tempore induci quo perficiatur actus amotionis, celatis rebus à muliere discedente & diuertente quas amouerat, priusquàm de diuortio cogitaret.

ERROR IV.

De donationibus inter eos factis, qui iniustas nuptias & aduersus mandata contraxerunt. Ad l. cùm hic status 32. §. vlt. D. de donat. int. vir. & uxor.

Addimus hunc tractatum, capta occasione ex eo quod ad illum Vlpiani locum, quem nos superiore capite explicauimus *in l. si concubina 17. rer. amot.* Accursius noster notat, In actione quidem rerum amotarum differentiam esse maximam. Vtrum constante matrimonio res amotæ sint ab vno ex veris coniugibus, An verò ab ea persona, cum qua matrimonium ex Romanis legibus constare non potuerit. quòd priore tantùm casu non etiam posteriore actio rerum amotarum habere locum possit, In quo omnes consentiunt, Sed quod ad liberalitates & impudicitias pertinet, nihil interesse an matrimonium constiterit, necne. Perinde namque & liberalitates impediri, & impudicitias puniri, atque si matrimonium constaret. Quam in rem affert quod scriptum est ex eodem Vlp. *in l. cùm hic status 32. §. vlt. de donat. int. vir. & uxor.* Si Senator libertinam desponderit, vel tutor pupillam, vel quis alius ex his qui matrimonium copulare prohibentur, & duxerit, donationem non ideò valere quasi in sponsalibus factam, sed sponsalia quoque improbanda & quasi ab indignis ea quæ donata sunt, ablata fisco vindicari. Item quod ex Marciano *in l. 2. §. 1. D. de his quæ ut indign.* rescriptum esse à Diuis Seuero & Antonino, Si quis contra mandata duxerit vxorem ex ea prouincia in qua officium aliquod gerit, non posse illum retinere quod ei ex testamento vxoris acquisitum est, Tanquam si tutor pupillam contra decretum amplissimi ordinis in domum suam duxisset, Vtroque ergo casu etsi ex asse institutus adierit hæreditatem fisco locum fore, Nam quasi indigno ei auferri hæreditatem. Postremò affert Accursius, quod scriptum est *in l. si uxor vers. planè D. ad leg. Iul. de adult.* Siue iusta, siue iniusta vxor fuerit posse virum instituere accusationem ex lege Iulia, propterea quòd illa lex ad omnia matrimonia pertineat tam iniusta, quàm iusta, id est ad ea quoque matrimonia, quæ verè non sunt matrimonia. Ego tamen etsi non improbo, quod ait Accurs. non magis valere donationes factas in prohibitis nuptiis quàm si in licitis & iustis factæ essent, ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt, vt Vlp. ratiocinatur *in l. 3. § 1. D. de donat. vir. & uxor.* Non possum tamen probare quod sub eiusdem Vlpiani nomine scriptum video *in d. l. cùm hic status §. vltim.* Ea quæ malè & contra leges donata sunt auferenda esse donatario, & fisco vindicanda. Nam si verum est, vt est, donationes huiusmodi ratas esse non posse, non video certè qua ratione fieri possit vt quod ab iniusto coniuge donatum est iniusto coniugi, auferatur ei tanquam indigno, & fisco vindicetur. Siquidem prius est vt acquisitio consistat in persona indigni, quàm vt ei quidquam auferri possit: Ne alioqui eueniat vt non tam illi qui indignus dicitur, lucrum eripiatur quod nunquam habuit, quàm ei qui non deliquit, si quod in ipsius bonis mansit ab eo auferatur, vt fisco applicetur. Atqui certum est ex donationibus factis inter coniuges siue veros, siue prohibitos nullum transferri dominium, Obstante videlicet iuris constituti potestate quæ donationes has

valere non patitur siue per traditionem, siue per stipulationem fiant *l. 1. 2. & pass. sd. tit.* Constat autem nunquam ex nuda traditione transferri dominium, sed ex ea tantum quæ iustam causam habeat, id est iure ciuili cognitam & approbatam *l. nunquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin.* Vnde fit vt in huiusmodi donationibus iure ciuili impeditis, sic reuocetur donum ab eo cave cui donatum est, vt si quidem res donata extet vindicari possit, si consumpta sit condicatur hactenus quatenus locupletior quis eorum factus est, vt idem Vlpianus scribit *in l. si sponsus §. alias l. si mulier in fi. De donat. int. vir. & uxor.* Cui iungenda est lex sequens, vbi ex Caio redditur ratio, quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intelligitur, ex quibus causis condictio nasci solet. Quod cùm ita sit, consequens est vt ex ea causa nihil vindicari fisco possit: Nec millies indignus sit is, in quem liberalitas illicitè collata est. Cùm enim id quod donatum est non possit acquiri donatario propter legis prohibitionem, quæ donationi resistit, necesse est vt eius dominium remaneat penes donantem *l. siue emancipatis 17. C. de donat. l. si quidem 11. & pass. C. de prad. minor. l. vlt. Cod. de reb. alien. nō alien.* ac proinde vt si quid fisco vindicetur, totum id eripiatur donanti non donatario: Quod tamen non modò ridiculum fuerit, sed etiam iniuriosum. Nemo enim ideò sit indignus quòd malè donet, & contra leges, sed ex eo tantùm quòd malè & contra leges accipiat, Neque rursus ex eo solo quòd malè & contra leges accipiat, nisi etiam illud concurrat vt accipiendo sibi acquirat, Indignum namque hoc in tractatu cum intelligimus non qui dignus non sit cui liberalitas acquiratur, sed qui dignus non sit, vt liberalitatem acquisitam retineat. Et ideò quoties quærimus An aliquid tanquam indigno auferendum sit non de illo disputauimus, An possit ille sibi acquirere, sed de hoc duntaxat, An possit sibi retinere, vt constat ex *d. l. 2 §. 1. l. rescriptum 6. l. in fraude 10. §. 1. l. heres 11. l. vlt. & pass. D. de his qua vt indign.* Ergo quod ex coniugib. qui aduersus leges coierunt alter alteri donauit, sicut acquiri nō potest donatario, non magis quàm si matrimonium iustum & secundum leges contractum esset, Ita neque auferri ei potest vt fisco acquiratur: Implicátque contradictionem vt donatio nō valeat, & tamen id quod donatum est fisco vindicetur perinde acsi quis diceret, Donationem non valere, Et nihilominus id quod donatum esset acquisitum donatario fuisse, cùm ius fisci ex persona indigni nullum esse possit, nisi in bonis ipsi indigno iam acquisitis. *d. l. 2. §. 1. de his qua vt indign.* in illis verbis *quod et ex testamento vxoris acquisitum est* & *l. hereditas 4. C. eod.* illo loco *merito eius portio non iure ad alium translata, fisco vindicata est. l. cùm fratrem 9. & pass eod. tit.* Quid ergo sibi vult Vlp. in *d. l. cùm hic status 32. §. vlt. de donat. int. vir. & vxor* cùm ait, Ea quæ contractis iniustis nuptiis donata sunt quasi ab indignis ablata fisco vindicari oportere? An fortasse id sensit Vlpianus vt quæ malè donata sunt auferenda sint non quidem donatario cui nunquam fuerint acquisita, sed donanti in cuius dominio manserunt, vt eo modo factum ipsius puniatur, non tamen eo, quod contra leges donationem acceperit (est enim hoc inculpatum & extra pœnam omnem, quia donare leges probibent non accipere) quàm ob id potiùs quòd contra leges & illicitè nuptias contraxerit? Atqui nulla prohibitarum nuptiarum pœna talis fuit olim, primúsque Iustinianus *in Nouell. 12. De incest. nupt* vnde sumpta est Auth. *incestas C. eod.* confiscationem bonorum inflixit, nec omnibus illicitas nuptias contrahētibus, sed iis tantùm qui incestas, quarum longè grauior & odiosior culpa est. Nulla igitur causa est cur donanti auferendum sit & fisco vindicandum quod ille perperam & contra leges donauerit ei personæ cum qua similiter perperam & contra leges matrimonium contraxerit. Alioquin hoc etiam admisso dicendum esset fisco locum fieri non propter illicitam donationem, sed propter iniustas nuptias: quod tamen ab Vlpiani mente alienum esset, qui non donantis aut vtriusque coniugis bona omnia fisco vindicanda esse ait, sed ea tantum quæ donata sunt, Ne possimus dubitare quin de bonis non donatis aliter ipse senserit, Quænam igitur ratio tam improbabilis sententiæ excogitari poterit? Frustra meo iudicio se torqueat quisquis in ea inuestiganda diutius laboret: Cùm nihil facilius sit quam videre non solum postrema illa verba, sed integram totius §. sententiam Triboniano non Vlpiano adscribi oportere. Siue verborum ineleganriam attēdas, præsertim illorum *qui matrimonium copulare prohibentur*, itemque sequentium inuolutionem *& quasi ab indignis ea qua donata sunt ablata*. Siue quæstionis propositæ ineptitudinem non paruam, sed responsionis longe maiorem. Quæstionis materiam sumpsit Tribonianus, ex ea quæ proposita fuit in §. præcedente, Si quis sponsam habuerit deinde vxorem eam duxerit cùm non liceret, an donationes quasi in sponsalibus factæ valeant. Quam quæstionem ait Vlpianus a Iuliano tractatam fuisse in minore duodecim annis, si in domum quasi mariti immatura sit deducta. Hanc enim sponsam esse certum est, tametsi vxor non sit. Et concludit verius esse quod & Labeoni & Papiniano visum est, Vt si quidem præcesserint sponsalia durent, quamuis iam vxorem esse putet qui duxit. Si vero non præcesserint, neque sponsalia sint quia non fuerunt, neque nuptiæ, quòd nuptiæ, esse non non potuerunt. Ad propositam vero dubitationem de validitate donationis respondet, si sponsalia antecesserint valere donationem, Si minus nullam esse, quia, inquit, non quasi ad extraneam sed quasi ad vxorem fecit, & ideò nec oratio locum habebit. Inde vero quæritur & subiicitur *in §. vlt. eiusd. legis*, quasi non dissimile quidpiam, licet facti; & personarū circunstantiis diuersum. Si Senator libertinam desponderit, vel tutor pupillam, vel quis alius ex his qui matrimonium copulare prohibentur, & duxerit, an donatio valeat quasi in sponsalibus facta. Hanc ego quæstionem primum ineptam esse dico, Supponit enim pro certo valere sponsalia inter personas istas, At nuptias non valere. Alioqui si non magis valerent sponsalia quam nuptiæ, quis obsecro esset color dubitandi an valeret donatio tanquam facta in sponsalibus, quam certum esset non valere si sic acciperetur quasi in nuptiis facta. Atqui certissimū est sponsalia hoc casu non magis valere quam nuptias, quia oratio Imperatorū Antonini & Cōmodi, quæ nuptias quasdā in Senatorum personis prohibuit, licet de sponsalibus nihil locuta sit, rectè tamen a prudentibus omnibus sic accepta est vt sponsalia quoque in his casibus nullius sint momēti, vt interpretatione suppleatur quod orationi deest, inquit idem Vlp noster *in l. orat. 16. D. de Sponf.* Nihil ergo simile habet hęc species cū illa quę ex Labeone, Iuliano & Papiniano tractata fuerat §. præcedēte, in qua non erat eadē ratio sponsaliorū & nuptiarum, Sponsalia enim contrahi possunt cum puella minore 12. annis, dummodò septennium excesserit, Nuptiæ non possunt. Multum proinde referebat in ea specie an donatio facta esset quasi in sponsalibus, an quasi in nuptiis, Cū tamē nihil penitus intersit quoties sponsalia nō magis valere possunt quàm nuptiæ. Quod verò ad propositā dubitationē respondeint iia verbis *& patem etiam sponf. improbāda* adhuc ineptius est. Non enim de illo erat

dubitatio,

dubitatio. An ſpolia valerent necne, vt de hoc reſpunderi quicquam debuerit, Sed ſupponebat pro vero, quod Tribonianus cogitur fateri falſiſſimum, Sponſalia valere, Vt proinde fateodum etiam illud ſit quod modo dicebamus, ineptam fuiſſe dubitationem. Sed & omnino abſurdè ſic concepta reſponſio eſt *& putem etiam ſponſalia improbanda* quaſi non de eo ius certum eſſet, ac de quo inter prudentes omnes iam ante Vlpianum conſtitiſſet, Aut quaſi non eſſent ea ſponſalia iam tum improbata: Nam ſi erant improbata, quid attinebat dicere Eſſe improbanda? Debuerat ergo Tribonianus ſic potiùs ſcribere, *Et putem quia etiam ſponſalia ſint improbata, quaſi ab indignis ea quæ donata ſunt, ablata fiſco vindicari.* Sed neque bonum ſenſum habuiſſet ea ratio. Ex eo namque quod inter Senatorem & libertinam, itémque inter tutorem & pupillam improbata ſunt ſponſalia non minùs quam nuptiæ. Inferendum potiùs erat non valere donationem, quæ non quaſi in extraneam, ſed quaſi in ſponſam collata eſſet, ſi bona eſt ratio poſita in §. præcedente. Aut ſi quis putet ob id quod ſponſalia improbata ſint, tanto magis valere donationem ſiue tanquam collatam in perſonam extraneam, quo caſu ab initio quoque omnimodo & irreuocabiliter valeret, ſiue hactenus ſaltem, vt ex oratione Diui Marci & ex Senatuſconſulto quod ad eam factum eſt, morte ac ſilentio donantis confirmetur, Tantò minùs vera & accommodata eſſe poterit ratio illa, ad probandum quod ſequitur & concludıtur ea quæ donata ſunt tanquam ab indignis ablata fiſco vindicari oportere. Ad quid enim prodeſſet dicere donationem aut ab initio valere, aut confirmari morte, ſi non ad alium finem valeret aut confirmaretur, quàm vt hoc ipſo id quod donatum eſſet eriperetur donatario, & fiſco vindicaretur? Ergo ſiue dicamus valere donationem hanc, ſiue non valere, fieri nullo caſu poteſt vt vindicetur fiſco, neque eius ſententiæ ratio vlla reddi poteſt. Differentia tantùm in eo eſt an donatio valeat necne, quòd cùm donatio non valet, competit donanti vindicatio directa rerum donatarum ſi extent, aut ſi conſumptæ ſint, directa quoque earundem condictio *l. ſi ſponſus §. aliàs l. ſi mulier in fin.* iunct. *l. ſeq. eod. tit. D. de donat. int. vir. & vxor.* At cùm donatio valet ipſo iure, nec tamen æquitas patitur valere illam cum effectu vt in propoſita ſpecie perinde quidem vindicatio & condictio donanti concedenda eſt, ſed vtilis non directa *l. ſi ex voluntate 7. C. eod. titul.* vbi extat reſcriptum in hanc rem perelegans Alexandri Seueri, quo reſcripto hæc tota quæſtio non ſolùm deciditur ſed etiam aptiſſimè explicatur.

ERROR V.

Ad l. ſi ex voluntate 7. C. de don. int. vir. & vxor.

VErba legis hæc ſunt, *Si ex voluntate patris tui, filio tutoris nupta es, collata in maritum donatio ipſo iure irrita eſt. Sed ſi matrimonium iure non valuit, licèt donatio ipſo iure tenuerit, qui tamen indigna perſona eius fuit, qui nec maritus dici poteſt, vtiles actiones ſuper reuocandis his tibi competunt.* Prioris partis reſponſi nulla in textu ratio affertur. Sed tamen colligitur non obſcure ex eo quod ſequitur in ſecunda parte. Cùm enim ex voluntate patris filia nubit filio eius qui tutor fuit, valent ſine dubio nuptiæ *l. ſi patris 6. Cod. de interd. matrim. int. pupill. & tutor eius l. non eſt matrimonium 66. D. de rit. nupt.* Et conſequenter non valet donatio, quippe quæ moribus populi Romani diſtrictè prohibita eſt inter veros coniuges, niſi quantum ad hoc vt donantis morte confirmari poſſit. At cùm patris voluntas non interuenit, matrimonium interdictum eſt, Proinde ipſo iure tenet donatio, quæ ſcilicet non niſi inter coniuges prohibita eſt, Coniuges autem non ſunt qui aduerſus leges vel mandata Principum conuenerunt *§. ſi aduerſus. Inſt. de nupt.* Sed quoniam abſurdum eſt meliorem eſſe illius conditionem, qui deliquit, quàm futura eſſet ſi non deliquiſſet *d. l. 3. §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor. l. non ſolùm 13. D. de noxal. act. l. Seruius 4. D. quod vi aut clam*, indignus ſanè eſt hic tutoris filius qui nec maritus dici poteſt, vt donationem ſibi poſſit acquirere, quam non poſſet ſi verè maritus eſſet. Et ideò æquum eſt teneri eum vel vindicatione ſi res donatæ extent, vel condictione ſi conſumptæ ſint, & ita tamen conſumptæ vt donatarius ex iis locupletior factus ſit. Sed erunt hæ actiones vtiles non directæ, quia licèt non contra iuris rationem deficiente tamen iure dantur ex ſola æquitate: Dantur autem non fiſco, vt Tribonianus ſcripſit *in d. l. cùm hic ſtatus, §. vlt.* Sed vt lex ait mulieri quæ donauit, quamuis fateatur Imperator, quod ſummopere notandum eſt, perſonam illius cui tanquam marito donatum fuerat indignam fuiſſe. Indignam enim debemus intelligere non ad retinendum, ſed ad acquirendum: quia res non facit locum fiſco, vt ſuprà diximus. Iis enim ſolis aufert fiſcus tanquam indignis, qui indigni ſunt, vt permittatur iis retinere quòd illicitè ſibi quæſiuerunt. Sed iis qui indigni ſunt vt acquirere ipſis permittatur, nihil aufert fiſcus, quoniam nec habent quicquam iſti quod iis auferri poſſit. Pugnat igitur ex diametro reſcriptum illud Imperatoris Alexandri, quem refert Lampridius Vlpiani potiſſimùm conſilio vſum fuiſſe, cum ea Triboniani ſententia quæ ſub Vlpian nomine propoſita eſt *in d. l. cum hic ſtatus §. vlt.* Nec habet Accurſius quod pro conciliatione afferat, Niſi vt dicat in ea ſpecie ad quam reſcripſit Imperator putauiſſe donantem, quòd valeret donatio. Apud Vlpianum verò ſciuiſſe quòd non valeret. Quaſi duriùs agi debeat cum donatore qui ſciuit donare ſe illicitè, quàm cum eo qui ignorauit. Quod tamen ſi ad factum reſpicias planè commentitium & diuinatorium eſt, Sin ad ius, ineptum prorſus & impertinens. Quemadmodum enim falſa opinio donatoris exiſtimantis donationem valere quæ iure non valeat, rationem iuris non immutat, nec eo magis facit vt valeat donatio, Ita neque ſcientia donatoris eum iure conſentiens, validam facere donationem, quam & ipſe ſcit, & leges volunt eſſe inualidam. Quid enim hic peccat, qui ſcit quod leges ſciunt, nec aliud vult quàm quod leges volunt? Aut quis vnquam ad ius illud conſtitutum & certiſſimum De donationibus inter virum & vxorem improbandis, exceptionem illam addidit, Niſi donationem non valere donator ſciat? An non verò præſumendus eſt quilibet id ſcire quod ſit iuris & certiſſimi & notiſſimi, atque ex ipſis populi Romani morib. Inducti? Cùm nec Principum conſtitutiones ignorare quemquam aut diſſimulare permittatur *l. pen. C. de iur. & fact. ignor.* Dices, Nullam ei iniuriam fieri qui rem ſuam contra leges donatam voluit, ſciens non valituram donationem, parúmque referre an fiſcus, an verò donatarius eam rem habeat quam donator omnimodo à ſe abdicatam & in alium tranſlatam voluerit. Imò, inquam, noluit abdicare à ſe, & in alium transferre id quod donauit, cùm ſciuerit donationem non valere, Ex donatione autem inualida transferri dominium non poſſe, Potiúſque dicendum eſſet voluiſſe illum facere, actum illuſorium, & inanem, qui licèt tantò magis con-

tra leges factus videri debeat, quòd factus sit à sciente, tantò minùs tamen ea legibus accipere vires potest, vt non solùm aduersus leges, sed etiam contra voluntatem facientis, effectum sortiatur. Sed &, si bonæ esset obiectio, sequeretur non donatario sed donatori auferenda esse per fiscum bona quæ donata essent contra leges, cùm donatario nunquam fuerint acquisita, nec possit ei auferri, quod ipse nunquam habuit. Atqui nec Tribonianus ipse hoc diceret, qui vult ea vindicari fisco ablata à donatario tanquam ab indigno. Indignus enim est donatarius, Non quia donationem contra leges vel bonos mores acceperit, Sed quia matrimonium iniit contra leges, ita vt nec coniugis nomen mereatur *d. l. si ex voluntate.* Qui verò donauit, licèt in eadem culpa sit quod contra leges nuptias contraxerit, nec magis dignus sit coniugis nomine, indignus tamen dici non potest, neque ad acquirendum, neque ad retinendum, quia nec de acquirendo certat nec de retinendo. Proinde nihil est quod ei auferre fiscus possit tanquam indigno, quia nec indignus est, Aut si dicas indignum eum esse ob nuptias illicitè contractas, vt nec bona sua retinere possit, consequens fiet vt nulla quoque per eum facta donatione, omnia tamen ei auferre fiscus debeat & vindicare. Cum secuta donatio neque augeat nuptiarum crimen, neque minuat. At neque verum generaliter esse potest quod nimia generalibus illis verbis Tribonianus complexus est, *vel quis alius ex his qui matrimonium copulare prohibentur.* Nam qui officium in prouincia aliqua administrat licèt inde oriundam vel ibi domicilium habentem ducere non possit, sponsam tamen accipere non prohibetur *l. si quis officium* §8. *D. de rit. nupt.* Itaque non potest in eius persona verum esse quod sequitur apud Tribonianum *etiam sponsalia esse improbanda.* Nec enim bona semper consecutio est vt qui matrimonium contrahere prohibetur, etiam sponsalia contrahere prohibeatur. Agnoscendus igitur est hac quoque parte insignis Triboniani lapsus, qui non æque Vlpiano contigisset.

ERROR VI.

Ad §. si quis sponsam pen. l. cùm hic status 32. & ad l. quod vir 65. De donat. int. vir. & vxor. & ad l. 2. §. 1. De his quæ vt indign.

CVm verò ex his quæ hucusque diximus manifestissimum sit Triboniani esse quicquid sub Vlpiani nomine scriptum est *in d. §. vlt.* ab iis verbis *sed si Senator*, quæ omnino connexa sunt præcedentibus, Facilè mihi persuadeo eiusdem Triboniani esse quicquid est in § præcedente, à primis illis verbis, si quis sponsam, vsque ad finem. Cùm ob alia multa quæ in hanc rem tractari possent, nisi iam longior esset hic tractatus, & quæ commodiùs referri poterunt in Rationalia, Tùm ob id maximè quòd non puto defendi posse distinctionem eo loco positam, vt si sponsalia præcesserint nuptias puellæ nondum viri potentis, & in quam tamen sponsus donationem contulerit, valeat donatio, Si verò nulla præcesserint, nullius quoque momenti donatio sit. Repugnat enim Labeo *in l. quod vir 65. eod. tit.* Vbi disertè scribit, Quod vir ei quæ nondum viripotens nupsit, donauerit, ratum esse oportere, Nisi cum Accursio velis comminisci de eo casu Labeonem sensisse, quo sponsalia præcesserint, Quod tamen nullomodo colligi potest ex verbis Labeonis, quamuis eius authoritatem obtrudat Tribonianus, itemque Papiniani *in d. §. pen. & in leg. quæsit. 9. D. de sponsal.* ad confutandam Iuliani sententiam qui contrà putabat puellam quæ in domum quasi mariti immatura deducta sit, hoc ipso sponsam esse licèt non sit vxor, Ratio autem qua mouetur Tribonianus vt nullam faciat donationem quæ collata sit in puellam immaturam nuptam cùm sponsalia nulla præcesserunt, nec apte concepta est nec satis vera. Ait enim *quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad vxorem fecit.* Nam neque latinè dicimus Donationem facere ad aliquem, Neque ob id quòd nec sponsa sit ea, quam donator etiam vxorem esse credidit, minùs valere debet donatio, quam ille contulit quasi in vxorem, cùm verè vxor non fuerit. Imò tantò magis quod quæ nec sponsa nec vxor est, propiùs accedit ad extraneam. Extraneæ autem donari posse si aliud nihil impediat, certum est. Aut cur præcedentibus sponsalibus donationem valere volumus quæ nec quasi in sponsam collata fuit, sed quasi in vxorem? Sicut enim quæ iam sponsa est, dici penitus extranea non potest, Ita neque vxor, quæ non solùm vxor nondum est, sed nec adhuc esse potest. Proinde non eo magis valere potest donatio, quæ in eam collata fuit non quasi in sponsam, sed quasi in vxorem, licèt fuerit verè sponsa, si hoc vnum inspiciendum est quod quasi in vxorem collata donatio fuerit. Denique mala ideò ratio est, quia cùm Titius donat Mæuiæ nondum viripotenti quam tamen vxorem suam esse putat, non tam ad nomen vxoris respicit quàm ad personam ipsius puellæ, quæ non eo minùs illa ipsa puella est cui benè vult facere, quod neque extranea penitus sit neque verè vxor. Magis ergo prodesse debet ad validandam donationem, quod illa vxor nondum sit, quàm nocere quòd nec sit penitus extranea. Quod verò sequitur *& ideò nec oratio locum habebit* valde indiget explicatione. Nam quemadmodum cùm ab initio valet donatio, non est tractandum de oratione Diui Seueri, vt donatoris morte confirmetur, quia eæ solummodo confirmantur ex oratione donationes quæ moribus & iure ciuili impediuntur *dict. leg. cùm hic status, §. sine autem* alia & omnes illæ, quæ ne valeant impediuntur ob matrimonium, valent ex oratione *d. §. sine autem.* Sed quæ ex alia quàm matrimonij causa impediuntur, id est quæ inter alias etiam personas quàm inter coniuges factæ non valerent, eæ ad orationem Seueri non pertinent, Vt puta si inter virum & vxorem societas vel emptio contracta sit donationis causa: quia cùm nulla societas nullàque emptio sit quæ donationis causa interponitur, nec inter cæteros, Propter hoc nec inter virum & vxorem valere potest, etiam subducta causa matrimonij vt Vlp. ratiocinatur *in d. l. cùm hic status §. si inter virum & vxorem & seq.* Vbi addit, Si tamen ex minoris venierit donationis causa, vel posteà pretium sit remissum, admittendum esse donationem ac Senatusconsultum, id est hactenus non vt valeat ipso iure inter virum & vxorem, sed vt ex Seueri oratione & Senatusconsulto quod ad eam factum est confirmetur. Ex quo intelligimus separandam esse donationem quæ iure ciuili impeditur, ab ea quæ nulla sit. Quæ impeditur aliqua est licèt inualida propter iuris prohibitionem, At quæ nulla est cùm nihil sit, confirmari nullomodo potest. Et ad hoc Tribonianus respexisse videbitur, cùm ita scripsit *si minùs, nulla est, & ideò nec oratio locum habebit.* Non dixit, Nullis præcedentibus sponsalibus non valere donationem. Ineptæ enim fuisset consecutio illa *& ideò nec oratio locum habebit.* Sed scripsit donationem nullam esse, id est non modò inualidam, sed etiam pro non facta habendam: Vt inferat, Non modò simpliciter non valere, sed nec quod ad orationem & Senatusconsultum,

Id

Id est ne quidem donatoris morte ac silentio confirmari eam posse. In quo ipso tamen vereor ne rursum Tribonianus errauerit. Etenim constat matrimonium quod cum puella nondum viri potente contractum est licet non sit matrimonium, antequam illa duodecimum annum impleuerit, tamen legitimum fieri eamque vxorem legitimam solo temporis lapsu postquam illa duodecim annos apud virum expleuerit, neque nouo in eam rem consensu opus esse, *l. minorem 4. D. de rit. nupt.* Quidni ergo etiam donatio valere incipiet, hactenus saltem, vt ex oratione confirmari possit defuncto quandoeunque postea donatore non mutata voluntate, si aliud nihil impediebat effectum orationis quàm quod donatio non quasi in extraneam collata esset, sed quasi in vxorem quæ tùm vxor non erat? Verùm longè probabilior Labeonis sententia est *in d. l. quod vir*, vt etiamsi nulla sponsalia præcesserint valeat tamen donatio in puellam nondum viripotentem post immaturas nuptias collata, ita vt nec vlla indigeat confirmatione, tanquam collata vel in sponsam si cum Iuliano immaturas illas nuptias pro sponsalibus habeat, vel in extraneam si cum Labeone & Papiniano putet nuptias huiusmodi præmaturas ne quidem pro sponsalibus haberi debere. Non enim qua affectione sed cui personæ donatum sit inspici oportet, Alioqui eo tandem absurditatis paulatim decurrendum erit, vt dicamus valituras esse quascunque inter virum & vxorem donationes si modò is qui donat, protestetur donatum se velle coniungi non tanquam coniugi, sed tanquam alteri cuilibet personæ. Quod tamen dicere stultum fuerit, & ad fraudem legibus faciendam accommodatissimum. In summa non potest ratio iuris immutari ex sola donantis opinione, non solùm si per iuris imperitiam putauerit valere donationem quæ reuera non valeat, vt suprà diximus, Sed etiam si eam cui donauit, iustam esse sibi vxorem putauerit cùm non esset. Nec probè potest dicere non fuisse se donaturum, si eam vxorem non esse sciuisset, Nam præter id quod nimis crassa supinaque est tam aperti iuris ignoratio, potèstque merito ei obijci si cui vnquam alij, quod regula iuris habet, Eum qui cum alio contrahit non debere ignarum esse conditionis eius cum quo contrahit, An non ridiculus est, qui dicat, non alij quàm iustæ vxori donaturum se fuisse, cùm si iusta vxor illa fuisset, tantò minùs valere donatio potuisset, Quam e contrario valere nihil prohibet cùm facta est in non vxorem, siue responsa fuerit, siue penitus extranea illa quæ vxor esse putabatur. Fatendum sane est fuisse Tribonianum hac parte non modò parum acutum Iureconsultum, sed etiam plus æquo & solito puellis ante legitimam ætatem nuptis iniuriosum, Quibus tamen prudentes quoque fauendum esse etiam puberibus existimarunt, quasi quas deceptas esse credibile sit tùm quoque cùm de prohibitis nuptiis tractarunt, vt *in l. vlt. de legatis. d. l. 2. §. per contrarium. D. de his quæ vt indign.* Quid enim possis imputare puellæ quæ nondum viripotentem fortassis pater ipse aut mater viro collocarit? Aut cur tam inhumaniter cum ea agas, vt donationem quæ in eam licèt quasi in vxorem à marito collata est neque ab initio valere, neque ex silentio confirmari patiaris? Sed hæc sufficiant ad *d. § si quis sponsam*. Reliquum est vt moneamus quod pertinet *ad §. vlt.* quem totum Triboniani esse docuimus, non aliunde Tribonianum errandi causam & materiam sumpsisse, quàm ex eo quod scriptum vidit *in d. l. 2. §. 1. De his quæ vt indign.* Siue contra mandata vxorem quis duxerit ex ea prouincia in qua officium aliquod gerit, Siue tutor pupillam suam contra decretum amplissimi ordinis vxorem duxerit non posse illum retinere quod ei ex testamento vxoris acquisitum est, Sed vtroque casu etsi ex asse institutus hæreditatem adierit, fisco locum fieri, & quasi indigno hæreditatem auferri. Non enim animaduertit vir bonus, quàm diuersa sit hac parte causa donationis inter viuos, & institutionis hæreditariæ, aut alterius cuiuslibet vltimæ voluntatis. Ex donatione inter viuos nihil potest acquiri iniusto coniugi, eo casu quo nec si iustus esset acquiri tamen ei quicquam posset ne alioqui melior sit conditio eorum qui deliquerunt, vt diximus. At ex testamento & qualibet vltima voluntate acquiri quidlibet potest, quia etiamsi iustum matrimonium esset, nihil tamen acquisitionem impediret. Delictum enim quod in prohibitis nuptiis contrahendis admissum est, non in eo punitur vt per se acquisitionem impediat, sed hactenus tantùm obest quod pertinet ad acquirendum, ne melior sit delinquentis conditio quàm si non deliquisset, non etiam vt deterior esse debeat. Inde fit vt ea quæ iniusto coniugi donata sunt cùm ipsi acquiri non possint remaneant in dominio donatoris, atque ita vindicari ab eo possint si extent, aut condici si extare desierint & ex iis locupletior donatarius factus sit. At quæ iniusto coniugi testamento iusto relicta sunt, ea verò perinde acquiri ei possunt acsi cuilibet alij extraneo essent relicta, neque in hoc differentia vlla est inter coniugem iniustum & extraneum, id est in acquirendo. In quo igitur? Nemo enim non videt differentiam aliquam esse oportere inter extraneum hæredem institutum qui nihil deliquit, & iniustum coniugem qui contra leges matrimonium illicitum contraxit. Nimirum different in retinendo, quia quod extraneus licitè quæsierit, licitè quoque retinebit, Qui verò iniustas nuptias contraxit, quod ex iniusti coniugis testamento quæsiuit, licèt iusto titulo nullaque prohibente lege quæsiuerit, quia tamen occasione nuptiarum quæsiuisse credendus est, quasi non fuerit vxorem institutura si maritum non putasset, eumve pro marito non habuisset, Indignus sane est qui hæreditatem sibi quæsitam retineat, Ideóque auferenda ei hæreditas est tanquam indigno, & fisco vindicanda. Et ita debeat accipi quod scriptum est in *d. l. vlt. de legat.* 1. tutorem ex testamento pupillæ quam vxorem duxerit capere nihil posse, Vt non prima ratione id intelligatur, sed cum effectu, quomodo loquitur Vlpianus in *l. 2 §. peruenisse D. de her. vel act. vend.* id est vt acquisitio non impediatur, sed retentio, Bonis fisco vindicatis *d. l. 2. §. 1. D. de his quæ vt indign. iunct. l. aliud est capere 71. De verb. sign.* Præsertim cùm nulla in eo fiat iniuria, neque testatrici cui potest imputari cur indignum hæredem elegerit, & cuius tamen voluntati satisfactum est in eo quod hæredem habuit illum quem voluit, Adeò vt nec hæres esse desinat posteaquàm fiscus bona vindicauit, *l. ex facto 43. §. vltim. D. de vulg. & pupill. subst.* Neque legitimis successoribus, quos testatrix exclusos voluit per testamentum: Nec denique illi ipsi cui aufertur, quia omninò indignus est. Ex quo magis intelligimus, quàm falsa sit ratio illa quæ tantopere à nobis iam exagitata est *in d. §. si quis sponsam in fin. quia non quasi ad extraneum, sed quasi ad vxorem fecit.* Eadem enim ratione dicendum esset, non magis posse valere institutionem si mulier eum instituerit hæredem tanquam maritum qui tamen maritus esse non possit, quia contra leges contraxit. Siquidem perinde dici posset non fuisse illum institutum quasi extraneum sed quasi maritum. Sed ea res non impedit validitatem dispositionis, aut acquisitionem, Nec si constet testatricem non fuisse instituturam virum si eum virum non putasset, At potiùs aperit locum fisco vt ei qui sub

falsa illa opinione institutus est, hæreditas quasi indigno auferatur, *l. si pater tuus 4. C. de hered. instit.* Idem ergo & in donatione collata quasi in vxorem, quæ vxor esse non potuit, dicendum est, vt quàmuis non quasi in extraneum sed quasi in vxorem facta sit, non eo minùs tamen valere debeat non solùm ipso iure, sed etiam cum effectu, si modò collata sit in personam non indignam puta in puellam quæ in mariti domum deducta fuerit ante duodecim annos impletos, ita vt nullo Senatusconsulti vel orationis auxilio indigeat vt donantis morte confirmetur. Quòd si in personam indignam collata sit, id est in eam quæ aduersùs mandata Principum aut amplissimi ordinis decreta nuptias contraxerit, tunc quoque valere quidem debeat ipso iure donatio tanquam inter non coniuges facta, Sed tamen reuocanda sit propter indignitatem donatarij, Reuocanda verò per vtiles actiones donatori ipsi dandas non fisco *d. l. si ex voluntate 7. C. de donat. int. vir. & vxor.* Ne alioqui fiat iniuria donatori si quod propter legis prohibitionem alienare non potuit, deuoluatur ad fiscum ex persona indigni, cui nunquam fuit quæsitum & tanquam ablatum ab eo qui nunquam habuit. Cæterùm illud etiam obseruatione dignum est, quod in donationibus inter coniuges iniustos factis, Oratio Diui Seueri locum nunquam habet. Nam vel donatio valet ab initio & cum effectu vt quæ in puellam minorem duodecim annis post immaturas nuptias collata est, nec proinde indiget confirmatione, *d. l. quod vir 65. D. de donat. int. vir. & vxor.* Vel valet quidem ipso iure, sed ita vt quod donatum est acquiri non possit donatario tanquam indigno, Et tunc frustrà de confirmatione quæratur, quoniam quæ indignitatis ratio facit, ne ab initio possit quicquam sibi acquirere donatarius ex eiusmodi donatione quamuis valida ipso iure, eadem ipsa impedit confirmationem, cuius potestate fieret vt acquireretur.

ERROR VII.

De actione rerum amotarum an sit condictio, necne. Ad legem vigesimamsextam, D. rer. amotarum.

Rerum amotarum actionem condictionem esse disertis verbis scriptum est ex Caio *in l. rerum amotarum 16. D. rer. amot.* & tam apertè vt nec de eo quisquam dubitauerit ante nos, nec nos ipsi quoque cùm de furtiua condictione aduersùs hæredem furis in solidum danda disputauimus contra Cuiacium *lib. 4. Coniect. cap. 1.* Nam cùm inter cætera argumenta quibus motum se profitetur vt condictionem furtiuam aduersùs hæredem in solidum dari neget, potissimum illud sit, quod sumpsit ex similitudine actionis rerum amotarum, quòd non minus quàm condictio furtiua, condictio quoque illa sit & rei habeat non pœnæ persecutionem, nec eo magis tamen in solidum contra hæredem detur, sed in quantum duntaxat ad hæredes peruenit *l. vlt. C. d. tit. rer. amot.* Nos tam facilè admisimus pro vero, quod nunc falsum esse ostendemus, Actionem rerum amotarum esse condictionem, Quàm quod apud omnes in confesso est, præterquàm apud Cuiacium, & Cuiacianos, Nihil eam nisi meram rei persecutionem continere. Accursius verò & eum secutus Bartolus etsi benè sciuit actionem rerum amotarum non posse dici condictionem eo sensu quo furtiuam condictionem appellamus, cùm tamen verbis Caij tam apertis conuictus negare non posset esse condictionem, coactus fuit dicere, Condictionem quidem illam esse, sed eo sensu vt sit actio in personam, quia omnes in personam actiones condictiones appellamus, *§ appellamus. Inst. de act. l. 1. Cod. de donat. quæ sub mod.* Quamquam quod fortè duriusculam esse hanc interpretationem videret, aliam subijcit non multò probabiliorem. Ait enim rerum amotarum actionem dici condictionem, non tam quod condictio sit, quàm quòd similis condictioni in eo quod non infamat, sicut nec cæteræ condictiones, licèt ex famosis causis pendeant, *l. cessat ignominia 36. D. de oblig. & act.* At Cuiacius verbis Caij mordicus inhærens defendit tam esse condictionem illam verè, quàm illa est quæ furtiua appellatur, indéque factus audentior concludit tandem esse illam vt in nomine generis ita in cæteris omnibus persimilem condictioni furtiuæ: Adeò vt nec dubitet quin quodammodo & quasi pœnalis famosáque sit, quoniam & condictionem furtiuam quodammodo pœnalem & quasi famosam esse contendit, Ego sicut neutram ex Accursij interpretationibus probo, ita neque possum mihi cum Cuiacio persuadere, vel condictionem eam esse, vel à Caio alióve vnquam Iureconsulto sic dictam fuisse. Ac de Accursij quidem interpretationibus primùm videamus. Prior manifestè erronea in eo est, quod supponit actiones omnes personales, vno eóque generali nomine condictiones appellari, quod verum non est. Ita quidem olim fuit, quoniam in omnibus actionibus personalibus, quibus intenditur dare aduersarium, vel facere oportere, præcedebant denuntiationes quæ prisca lingua condictiones dicebantur: Sed postquam denuntiationes istæ in vsu esse desierunt, quemadmodum non nisi valde impropriè, & abusiuè condictionis nomen ex vetere ritu mansit, Ita & alium sensum habere cœpit quàm olim haberet. Coarctatum enim fuit ad eas solas in personam actiones quibus actor intendit dari sibi oportere, vt expressim Iustinianus docet *in d. § appellamus.* Cùmque dare nihil aliud sit quàm dominium transferre, *l. vbi autem 75. § vlt. D. de verb. oblig.* res autem quæ iam actoris est, magis eius fieri non possit, *l. non vt ex pluribus 159. De reg. iur.* Illud quoque per consequentias immutari necesse fuit, vt rem suam condicere nemini liceret, quod olim licebat, quemadmodum idem Iustinianus ratiocinatur *in § sic itaque de act.* Sola excipitur condictio furtiua, quam placuit, speciali quodam iure non solùm domino dari contra furem, vel furis hæredem, sed etiam quod magis mirum est, soli domino, cui res furto subtracta sit, *l. 1. D. de condict. furt. l. vlt. in fin. D. vsufr. quem. caueat.* vel vi abrepta *l. 1. § vlt. D. de cond. tritic.* Hoc enim addendum est, quoniam qui bona immobilia vi rapuit fur improbior est, licèt rei immobilis furtum fieri non possit, *l. si cùm exceptione 14. § qui vim intulit D. quod met. caus. l. 2. § damni vers. cæterùm & § pen. & vlt. D. vi bonor. raptor.* Ex quibus locis, iunct. *l. quam rem 38. D. de vsucap. § quod autem. vers. abolita est enim, Inst. eod. tit.* apparet, vt hoc obiter moneamus ne fortassis excidat, corruptum esse Vlpiani contextum *in d. l. 1. § vlt. De cond. tritic.* in postremis illis verbis, *vel vi mobili abrepta.* Legendum enim est *immobili* non *mobili*, Errore nato ex more librarij Florentini, soliti repetendas literas semel tantùm, sed maiusculo charactere notare quod hîc fieri potuit & debuit in literis I. M. Ideò autem placuit condictionem furtiuam domino dari, non quod egeat translatione vlla dominij, cùm per furtum nemo dominus esse desinat, Nec quod desit actio per quam persequi dominus rem suam possit, cùm habeat vindicationem, Nec denique quod commodior sit ad agendum condictio quàm vindicatio,

tio, cùm vtraque perinde probationem dominij exigat quæ semper & omni casu æquè difficilis est, I d solu furis odio, vt non modò pluribus, sed etiam contrariis actionibus teneretur, vt scriptum est *in d.§.sic itaque*. Ergo cum non aliæ in personam actiones hodie condictiones dicantur, quàm quibus dari oportere intenditur, Non potest illa interpretatio admitti vt actio rerum amotarum ob id solùm dicatur condictio quod sit in personam: cùm per eam non intendatur dari quicquam, sed tantùm restitui & reddi oportere, *l.si cum dos 8. §.1. D.rerum amot.* siue rerum amotarum dominus ille sit qui eam actionem exercet, siue non sit. Nam & pro iis rebus quas pignori datas viro mulier amouerit, ac proinde quæ alienæ sint constat rerum amotarum actionem competere, *l.si concubina 17. §. vlt. D.rer. amot.* pro quibus tamen nemo diceret condictionem furtiuam dari posse cùm eo soli domino, vt diximus, competat. Quæ vna est eaque præcipua ex tam multis differentiis quas posteà congeremus aduersùs Cuiacium, inter actionem rerum amotarum, & condictionem furtiuam. Nec quod etiam domino rerum amotarum actio datur, facere potest vt in eo dici debeat similis condictioni furtiuæ. Alioqui erunt perinde similes actiones cæteræ omnes personales vt puta depositi, commodati, locati, empti & similes, quoties à domino rei exercebuntur: quod tamen non ita est, quia scilicet per eas non intendit actor sibi rem dari, sed tantùm restitui oportere, Quam ob causam benè Paulus scribit *in l. si quis inficiatus sit 13.§ 1.D.depositi.* Competere quidem condictionem etiam rei depositæ nomine, sed non antequam quid dolo admissum sit. Non enim quisquam hoc ipso, inquit, quod depositum acceperit condictione obligatur, verùm quòd dolum malum admiserit, id est quod rei depositæ furtum fecerit. Furtum enim fieri incipit statim atque depositarius incipit rem depositam contrectare inuito domino *§. furtum autem fit. Instit.de oblig quæ ex delict. nascunt.* Vt appareat non de alia condictione quàm de furtiua sentire Paulum eo loco quod & apertiùs constat ex Pomponio *in l. qui furtum 16. de condict. furt.* Igitur neque actio rerum amotarum licèt in personam sit, ideò tamen condictio dici potest, quia per eam non intenditur dari res amotas, sed restitui tantum debere. Nec quod res motæ sint perinde furtiuæ, atque si à quolibet alio, quàm coniuge subreptæ essent, facere potest, vt eo magis condictio dici debeat, exemplo condictionis furtiuæ. Non enim odio furti comparata est iure ciuili condictio furtiua, sed, vt diximus, odio furis *d §.sic itaque.* Is porrò ea enimuerò qui alterius res amouet diuortij causa etsi furtum verè facit, fur tamen nec verè est nec esse dicitur: propter societatem illam vitæ quæ per matrimonium inter coniuges contrahitur, *l. 1. & pen. D. rer. amot.* alloqui haud dubiè teneretur etiam actione furti qua fures omnes tenentur, adeòque interdum etiam ille qui fur tamen non est, & qui nec furtiua condictione ideirco tenetur, Puta is qui opem & consilium furi dedit, *l. proinde 6. cum l. praeced. D.de condict.furt.* Cùm itaque nec iuris ratio patiatur, nec odium vllum coniugis, qui rerum amotarum actione conuenitur inducat, vt possit ille condictione obligari, consequenter fatendum est rerum amotarum actionem dici condictionem nullomodo posse. Non magis quàm personales actiones cæteras. quæ non ad translationem dominij pertinent, sed ad restitutionem, Nec me mouent verba illa, *d.l.1.C.de donat quæ sub mod.condictio quidem in hoc casu, id est in personam actio tibi iure procedit.* Est enim illa interpretatio haud dubiè mali Interpretis, vt pluribus docui *in Errore vltima Decad. 44.* cùm certissimi iuris sit condictionis nomine non de alia actione sensisse Impp.quã de ea quæ condictitia actio dicitur *in l.3.cod.& de qua in tit. De cond.ob caus. dat. caus. non secut.* ac proinde quæ cùm sit repetitio dominij nunquam domino dari potest nisi contra furem *d.§.sic itaque.* Posterior verò Accursij interpretatio, quæ vult actionem rerum amotarum dictam esse à Caio condictionum, non iam quòd sit condictio, quàm quia sit similis condictionibus cæteris in eo quod non infamat, prorsus improbabilis est. Alioquin nihil prohibebit quominùs etiam vindicationem dicamus esse condictionem, quia nec vindicatio famosa est, neque rursum interdicta *l.neque vnde vi 13.D.vnde vi*, quæ tamen nemo vnquam dixit condictionis appellatione contineri, licèt actionis contineantur, *l. actionis 37. De oblig. & act.* Sed neque verum est actionem rerum amotarum esse nominò hac etiam parte similem condictioni furtiuæ, quia tametsi neutra sit famosa, Condictio tamen furtiua turpis est, quòd furti mentionem & exprobrationem contineat, vt docuimus in præcedentibus. At rerum amotarum actio non solùm famosa non est, sed neque turpis, Alioqui non magis daretur aduersùs eam quæ vxor fuisset, quàm si famosa esset, Honore scilicet matrimonij hoc non permittente, *l. 2. D. rer. amot.* Atque hæc quidem aduersùs Accursij interpretationes sufficiant. Quod verò Cuiacius tam pertinaciter d fendit actionem rerum amotarum verè condictionem esse, adeòque per omnia similem condictioni furtiuæ multò improbabilius est. Nam præter ea quæ iam disputauimus, quis nescit actionem rerum amotarum prætoriam esse, & ex perpetuo Prætoris edicto descendere? *l.1.C.eod.* Quis autem vnquam dixit vel audiit condictionem vllam esse prætoriam? An non sunt omnes iuris ciuilis, vt & vniuersæ actiones cæteræ, etiam quæ causam & originem habent à iure gentium, nisi quas vel Prætorum vel Ædilium iurisdictio introduxit? *l.2.§.deinde ex his legib. De orig.iur. §. sed istæ quidem Inst. de act.* Rursum, nemo est, qui non fateatur condictiones omnes stricti iuris esse, ob idque nunquam in iis fieri condemnationem ex bono & æquo vt in bonæ fidei actionibus & arbitrariis *§.in bonæ fidei 30. & seq. eod.tit.* sed summo & stricto iure, Nisi quod etiam fructus veniunt in condictionem tanquam accessiones naturales, cùm condictio naturalis est, & habet æquitatem naturalem, *leg.indebiti 15. D.de condict.indebit.l videamus 38 D.de vsur.* At non vsuræ quia sunt ciuiles accessiones non naturales, nec tam natura quàm iure percipiuntur, vt Papinianus loquitur *in leg. si nauis 62. D.de rei vind.* quàm ob causã nec in condictionibus iuratur vnquam in litem ne quidem in condictione furtiua quamuis iuretur in actione furti, vt ostendimus *lib. 16.Conject.* Atqui actio rerum amotarum arbitraria est, Conuenit enim definitio actionis arbitrariæ proposita *in §.præterea Inst.de act.* cùm ea arbitrio iudicis pendeat, quoniam si arbitrio iudicis non satisfaciat persona quæ conuenitur, vtpote si res amotas non restituas, condemnatio facienda est ex bono & æquo, Ita vt etiam in litem iurari ex hac causa possit & debeat, *l.si cùm dos 8.§ 1.& l.seq. D. rer. amot.* Actio igitur rerum amotarum condictio dici non potest. Nec enim qui eam exercet intendit dari sibi rem aliquam oportere, vt in condictionibus omnibus adeòque in condictione etiam furtiua tametsi ea soli domino competat *d. §.sic itaque Inst de act.* sed reddi sibi & restitui *d.l.si cùm dos §. 1.* quod arbitrariarum actionum proprium est. Vnde fit vt etiam rerum illarum nomine quarum dominium neque penes maritum fuerit cui amotæ sunt neque penes mulierem hodie sit quæ amouit, actio

rerum

rerum amotarum competat, puta si res illæ fuerant viro pignori datæ *d. l. si concubina 17. §. vlt. eod.* quas tamen non nisi frustra & ineptè posset vir intendere dari sibi oportere, quandoquidem fieri nequeat vt det ac dominium transferat is qui non habet: aut vt per rerum amotarum actionem plus iuris nanciscatur actor cui res amotæ sunt, quam esset habiturus si amotæ res non fuissent. Est enim actio illa comparata vt damnum repræsentet, quod ex amotione illatum est, etiamsi postea dotis exactio competat. *l. si mulier 21. §. rerum amotarum eod.* non etiam vt lucrum actori afferat, quamuis commodi quoque quod rebus amotis vir amiserit habenda ratio sit, vt ibidem subijcitur, quia totum id in damno, non in lucro est. Obseruandum verò est quod post illam Vlpiani sententiam quæ extat *in d. leg. si concubina §. vlt.* & qua habet, Mulierem quæ res viro suo pignori datas amouerit eo iudicio teneri subijcitur statim ex Paulo *in l. seq.* Sed & domino condictionem competere, ita tamen vt non vtrique sed alterutri tantùm agere permittendum sit. Quibus verbis an non apertè significatur actionem rerum amotarum condictionem non esse, cùm ei condictio opponatur? nec vtramque simul exerceri quamuis diuersis personis ratio iuris patiatur? Etsi enim de condictione furtiua Paulum loqui constat, quippe qua conueniri etiam illam quæ vxor fuerit absurdum non est, dum ne à marito, sed ab extraneo conueniatur, hoc ipso tamen quod actio rerum amotarum non condictioni furtiuæ nominatim, sed condictioni simpliciter opponitur, intelligimus non habuisse illam prudentes neque pro condictione furtiua, neque pro alia vlla specie condictionis. Quod & manifestiùs docet Vlpianus *in d. l. si concubina 17. §. pen. eod.* vbi posteaquam dixit, Non solùm eas res quæ extant in rerum amotarum iudicium venire, verùm etiam eas, quæ in rerum natura esse desierunt, Subiungit, *similimodo etiam certi condici eas posse.* Quid enim potuit aut Vlpianus aut Iulianus cuius ille sententiam refert, apertius dicere vt ostenderet actionem rerum amotarum condictionem non esse, nec sub certi condictione quantumuis generali comprehendi? Si qua enim species condictionis esset vtique sub certi condictione generali contineretur, sub qua furtiuam quoque condictionem contineri certum est *d. l. 1. §. vlt. D. de condict. triti. l. certi condictio 9. §. 1. D. de reb. credit.* Atqui duplex actio est quæ marito competit ob res amotas quæ extare desierunt, Rerum scilicet amotarum actio & certi condictio si Iuliano credimus & Vlpiano. Ergo rerum amotarum actio nullius generis condictio est. Quò etiam pertinet quod ex eodem Vlpiano scriptum legimus *in l. ob res amotas 24. eod tit.* Ob res amotas quæ vel viri propriæ sint, vel etiam dotales tam vindicationem quàm condictionem viro aduersùs mulierem competere. Sensus enim est non tantùm actionem rerum amotarum mulieri competere ex hac causa de quo dubitare nemo poterat, sed etiam vindicationem & condictionem, Quod ego sic intelligo *ex d. l. si concubina § pen.* vt earum quidem rerum, quæ extant, vindicatio competat, Earum verò nomine quæ extare desierint, condictio: Non etiam vt earundem rerum nomine quæ amotæ sint, & vindicatio simul & condictio exerceri possit. Nunquam enim id contingit extra causam condictionis furtiuæ quæ proprium ius illud habet, solo non tam furti quàm furum odio, vt suprà diximus *ex d. §. sic itaque. Inst. de act.* Iuris verò est ordinarij vt quæ res quandiu extant vindicari possunt, eædem si extare desierint condici debeant, quia nec vindicari amplius possunt. *l. rogasti 11. §. vlt. & legibus sequentibus, D. de reb. cred. l. si sponsus 5. aliàs l. si mulier in fin. l. vxor. 55. & pass. D. de donat. int. vir. & vxor.* Proinde quod loquitur *in d. l. ob res amotas* & *in potestate est qua velit actione vti*, sic accipiendum puto non vt in potestate viri sit cui res amotæ sunt vel propriæ vel dotales an earum nomine malit, agere vindicatione an condictione, Sed an actione rerum amotarum an vindicatione si res extent Aut si extare desierint, an actione rerum amotarum, an condictione. Concurrit enim actio rerum amotarum his duobus casibus cum vindicatione si res extent, aut cum condictione si extare desierint, *d. l. si concubina § penult.* At cum vtraque nunquam, quia nec fieri id posset quin vindicatio & condictio simul in eodem casu concurrerent, quod fieri nunquam potest nisi contra furem. Quod si res amotæ nec propriæ viri sint, nec dotales, quemadmodum certum est neque vindicationem eo casu competere tametsi res extent, quia non nisi domino competit, *l. in rem 23. D. de rei vindic.* neque condictionem etiamsi extare desierint, quoniam condictio non aliis casibus competit re peremptа, quàm quibus competeret vindicatio si res extaret, Ita dubitari non potest quin actio rerum amotarum omnimodo competat, quam competere certum est ob res amotas quaslibet dummodo & diuortij causa sint amotæ, & diuortium posteà secutum sit, *l. rerum quidem 25. eod* quippe quæ nihil commune habet cum causa dominij, vel proprietatis, quia nec per eam intenditur dari quid sed tantùm reddi vel restitui oportere, *d. l. si cum dos §. 1.* Nemo autem negauerit æquum esse res omnes quæ viro amotæ sint ei reddi etiam quarum nec proprietatem nec dominium habebat, puta quas vel pignoris, vel depositi, vel commodati alióve simili titulo ab alio tenebat *d. l. si concubina §. vlt.* Separo dominium à proprietate, quomodo & Vlpianus *in d. l. ob res amotas*, in illis verbis, *vel proprias viri vel etiam dotales*, quia latiùs patet dominij causa quàm proprietatis, vt cernere est in rebus dotalibus, quæ licet sint propriæ mulieris, sunt tamen in bonis, & dominio bonitario mariti, *lege quamuis septuagesima quinta, Digest. de iure dotium, lege rem in bonis quinquagesima prima, Digest. de acquirendarum rerum dominio*: idcóque dicuntur alienæ quod ad maritum pertinet *in lege si constante vigesimaquarta, paragrapho si maritus D. solut. matrimon.* Dominium enim duplex est, Bonitarium & Quiritarium, At proprietas bonitaria nulla est, nec maritus vllo iuris loco dicitur esse dotis proprietarius. Et Interpretes quoque nostri, qui absurdam illam duplicis dominij directi & vtilis distinctionem induxerunt, vtilem tamen proprietatem nullam agnoscunt. Porrò qui neque dominium, neque proprietatem habet, is vindicare non potest res extantes, nec similiter consumptas eas condicere, quia dominium quod nunquam habuit nunquam amisit. Est igitur actio rerum amotarum generalior vindicatione, & condictione, & sicuti competit tum quoque cùm nec vindicatio nec condictio dari potest, Ita fatendum est si quando competat eo casu quo etiam vindicatio, aut condictio dari possit, differre tamen illam à condictione perinde atque à vindicatione, nec magis dici posse condictionem, quàm vindicationem.

***

ERROR VIII.

De ſententia legis rerum quidem vigeſima quinta, D.rer.amot.

ADdamus quod ex Marciano ſequitur *in l. rerum quidem 25.eod.* Si in matrimonio vxor marito res ſubtraxerit ceſſare quidem rerum amotarum actionem quæ ſcilicet non aliter habere locum poteſt quàm ſi diuortij conſilio res amotæ fuerint, & ſecutum diuortium fuerit, Sed tamen poſſe maritum ipſas res condicere, quia iure gentium poſſint condici res ab his qui non ex iuſta cauſa poſſident. Quibus verbis docet Marcianus, Non ſolùm id quod volumus Actionem rerum amotarum condictionem non eſſe, ſed etiam ita comparatum eſſe ius actionis rerum amotarum, vt minùs latè pateat quàm certi condictio illa generalis *non ex iuſta cauſa* de qua Marcianus eo loco, & quæ licèt poſſit concurrere cum actione rerum amotarum, vt cum alia qualibet *d. l. contra nuram 6. §. ſed ſi morte*, tamen etiam in ſubſidium competit ob res amotas, & eo quoque caſu quo ſingulare illud iudicium quod Prætor ex hac cauſa introduxit exerceri nullomodo poteſt, cùm non eo magis æquum ſit res amotas impunè remanere penes eam perſonam quæ amouit, Quod in propoſito caſu contingeret ſi poneres conſtante matrimonio amotas fuiſſe res quæ nec propriæ fuerint viri nec dotales, Earum namque rerum nomine cùm nec vindicatio competere viro poſſit etiamſi extent nec condictio tametſi extare deſierint, vt proximè diximus, nec denique actio rerum amotarum, quia non diuortij conſilio amotæ ſunt, conſequens eſſet vt penes mulierem remanere deberent, nec ab ea vllo actionis genere auocari poſſent, niſi generalis illa condictio ſubſidio eſſet, quæ ex iure gentium ideò perfecta dicitur, quòd ex naturali illa æquitate omninò pendeat, quæ non patitur vt quis ex aliena iactura locupletetur *vulg. l. nam hoc natura 14. & l. ſeq. D. de cond. indeb. leg. ſi & me & Titium 32. in fin. Digeſt. de rebus credit. lege perpetuo ſexta, Digeſt. de cond. cauſ. dat. l. 1. §. vlt. De cond. ſin. cauſ.* Hic verò caſus eſt quem videtur tractare Marcianus *in d. l. 25.* In quo ſcilicet, neque vindicatio, neque condictio dominij rerum amotarum poſſit competere, id eſt quo mulier eas res amouerit, quæ nec viri propriæ fuerint, nec dotales: Alioqui minùs neceſſarium eſſet recurrere ad condictionem illam generalem cùm poſſet ſufficere vindicatio aut condictio certi ſpecialis, vt *in l. præced.* Quamquam ea diſtinctio, An amotæ res propriæ viri fuerint, aut dotales, non eſt neceſſaria cùm tractatur de condictione illa generali *non ex iuſta cauſa*, ſed tunc tantùm cùm tractatur de ſpeciali condictione aut de certi condictione generali quæ & ipſa ſpecialis eſt ſi cum ea de qua nunc agimus conferatur quæ multò generalior eſt. Nam vt quis rem ſuam condicat à non fure, impoſſibile eſt non minùs in generali condictione certi quàm in ſpeciali *d. l. 1. §. vlt. D. de cond. tritic.* Scilicèt cùm res ipſa extat quæ condicitur. Nam cum extare deſiit iam dominus non eſt, qui condicit, licèt anteà fuerit. Nunquam verò ob id ſolùm quod dominus aliquis fuerit condictionem ei denegamus, ſed illi demum qui dominus adhuc eſt eo tempore quo condicit. Tam enim neceſſarium eſt vt dominus aliquando fuerit actor & dominium amiſerit ad hoc vt poſſit certi condicere, quàm impoſſibile eſt condictionem illam ei competere qui dominus adhuc ſit. Nam qui nec hodie dominus eſt, nec anteà immediatè fuit, is condicere certi nunquam poteſt. Nimirum ſi de dominij, non etiam de ſolius poſſeſſionis condictione quæramus. Eſt namque etiam poſſeſſionis condictio quæ ad hoc ſolùm competit vt rei poſſeſſio reddatur, & quidem etiam ei qui dominium nunquam amiſerit quod nunquam habuit ſi modò nec eo tempore habeat quo inſtituit condictionem, Vtputa ſi quis alienos nummos indebitè ſoluiſſe proponatur quemadmodum in ſpecie *d. l. indebiti 15. D. de cond. indeb.* aut ſi non dominus vi deiectus de poſſeſſione fundi, poſſeſſionem indicat, vt *in l. 2. D. de cond. tritic.* Et errant ſanè, qui putant etiam domino permittendam eſſe certi condictionem, dum ne dominium ipſum condicat, ſed poſſeſſionem ſolam quæ facta ſit aliena. Nunquam enim domino niſi contra furem datur ea condictio ne quidem poſſeſſionis, aut contra raptorem. vt *in l. 2.* Et quamuis condictionum omnium, excepta furtiua, ius illud commune eſſe videatur, vt neque domino competant, neque contra alium quam contra dominum, quia nec alius quam qui dominus ſit, dare hoc eſt dominium transferre poteſt, Longe tamen facilius eſt, vt contra non dominum quam vt domino dentur quia domino ſemper conſultum eſſe poteſt actione aliqua ſaltem vindicatione, aut ad exhibendum, At contra non dominum fieri facile poſſet vt nulla actio competeret ſiue ei qui dominus aliquando fuiſſet, ſiue ei qui nunquam, ſi condictio non daretur. Nam & qui rem meam indebitè acceptam conſumpſit, atque ita vindicandæ eius facultatem mihi præripuit, non magis dominus ſit rei meæ conſumptæ, quàm ſum ego qui anteà dominus fui, quoniam, vt alibi ſcripſimus, Conſumptio modus eſt amittendi dominij non acquirendi. Sicut & illi errant qui poſſeſſionis condictionem, incerti condictionem vocant, Neque enim fieri poteſt vt certæ rei poſſeſſio incerta ſit, nec proinde vt certæ rei poſſeſſio incerti condictione petatur, vt in ſequentibus oſtendemus, cùm de incerti condictione furtiua tractabimus Porrò Marcianum *in d. l. rerum quidem 25. D. rer. amot.* loqui de condictione rei extantis, conijci poteſt non ſolùm ex illis verbis *tamen ipſas res maritus condicere poteſt*, ſi emphaſim conſideremus, quæ eſt in dictione illa *ipſas* (Nam & res quæ extare deſierunt dicuntur condici, & quidem condictione certi, licèt non res ipſæ petantur, ſed earum æſtimatio quæ per rerum naturam ſemper certa eſt *d. l. ſi cõcubina §. pen.*) Verùm etiam ex ratione quam ſubijcit Marcianus, quod iure gentium condici poſſint res ab his qui non ex iuſta cauſa poſſident. Nec enim aut ex iuſta aut non ex iuſta cauſa poſſideri poteſt id quod extare deſiit. Fatendum igitur eſt ſi Marcianum de certi condictione ſiue generali, ſiue ſpeciali intelligas eum caſum à Marciano tractari quo amotæ res neque mariti propriæ fuerint, neque dotales ita vt de ſola earum poſſeſſione condicenda agere maritus poſſit. Non enim ideò minùs res ipſa condici dicitur, licèt ad hoc tantùm detur condictio, vt poſſeſſio reddatur *d. l. indebiti §. 1. iunct. d. l. 2. De cond. tritic.* Quemadmodum etiam res extare deſierunt condici dicuntur, adeóque condictione certi licèt earum æſtimatio ſola veniat in condictionem *d. l. ſi concubina §. pen.* Cùm tamen magis diſtet æſtimatio rei quàm poſſeſſio à re ipſa. Siquidem aliud eſt res, aliud rei æſtimatio, *l. ſi alij 42. §. 1. D. de vſufr.* At poſſeſſio eſt quodammodo pars rei, & vt Seneca conqueritur, poſſeſſionem à proprietate non tam natura quàm cæca hominum cupiditas ſeiunxit, Ita vt poſſeſſionẽ pro fundo ipſo plerumque in legibus noſtris dici videas, vt à nobis alio loco obſeruatum eſt. Quòd ſi quis velit Marcianum generaliùs intelligere de reb. amotis quibuſlibet, ſiue mariti propriæ ſint aut dotales, ſiue non ſint, ego quidem non valdè repugnabo

(nec

nec enim soleo probare interpretationes istas quæ generalia legis verba restringunt, nisi cùm aliud nihil est quod melius dici possit, sed eo contendam intelligendum esse de iis rebus quæ extare desierint, & quas ideò certi condici necesse sit quòd vindicari amplius non possint, Vt eadem condictio sit de qua Marcianus *in d.l.25.* & illa de qua Vlpianus *in d.l. ob res amotas, & in d.l. si concubina § pen.* cuius postrema illa verba *similis modo etiam certi condici eas posse ait*, non puto referenda esse generaliter ad res amotas quaslibet, vt etiam illæ quæ extant comprehendantur, nec si restringas eam condictionem ad causam possessionis, vt diximus, sed ad eas solas de quibus proximè dictum fuerat, id est quæ extare desierunt, In quas distinctio non cadit an mariti propriæ aut dotales fuerint, necne quia hoc ipso quod extare desierunt, etiam propriæ dotalésve esse desierunt, nec eo minùs tamen verum est & amotas esse & reddi debere quamuis extare desierint, quia perierunt, non viri periculo esse debet, sed mulieris, quæ amouit & quæ in rebus amotis non minùs quàm fit in re furtiua moram perpetuò facere intelligitur sicut & furtum reuera fecit *l. pen. D. eod.* vbi hanc ob causam scriptum est, Rerum quidem amotarum æstimationem ad tempus quo amotæ sunt referri debere, Sed tamen si pluris factæ non restituantur, crescere æstimationem vt in condictione rei furtiuæ. Nisi quod in condictione furtiua præstanda est æstimatio quanti plurimi *l. in re furtiua 8. §. 1. de cond. furt.* non etiam in actione rerum amotarum, quomodo contra Bartolum disputauimus *lib. 16. Coniect. c. 11.* Itaque in reb. amotis quæ extare desierunt si quæramus an earum nomine actio rerum amotarum cõpetat, nihil aliud inspiciendum est nisi quod inspici oporteret si extarent, id est an diuortij consilio amotæ fuerint, & diuortium posteà secutum sit, an non, Nec illud præterea inquirendum est an extent necne. Sed si quæramus an vindicari quoque possint vel certi condici, necessariò omninò est illa distinctio, An mariti propriæ fuerint vel dotales necne, Et rursum si propriæ vel dotales fuerunt subdistinctio adhibenda est, an extent adhuc an verò extare desierint quoniam extantes vindicari possunt, consumptæ verò nõ nisi condici. At si neque mariti propriæ fuerint, neq; dotales nullus subdistinctioni supradictæ locus relinquitur: quia quemadmodum nullo casu vindicationẽ habere vir potest, id est nec si extent, quoniam dominus non est, Ita omni casu habet certi condictionẽ siue res extent, siue extare desierint, sed diuerso fine, Nimirum ad hoc vt possessio reddatur si extent, vt *in d.l. indebiti §. 1. & d.l. 2. De cond. trit.* aut vt earum æstimatio præstetur si desierint extare: *d.l. si concubina §. pen. & vlt.* Et ita intelligi Marcian. debere *in d.l. 25.* vel ex eo maximè apparet, quòd si de iis reb. amotis loqueretur quæ viri propriæ vel dotales fuissent, & quæ tamen extarent, non minùs debuerat meminisse vindicationis quàm condictionis. Quin etiam si de his solis ageret, solius vindicationis mentio facienda erat, cùm extra causam condictionis furtiuæ nunquã sit danda condictio certi domino ne quidem ad solam possessionem auocandam, quamuis è contrario detur condictio furtiua etiam non domino dum ne aliud quam possessionem condicat *d.l. 2. De cond. trit.* Simile est quod Paul. scribit *in l. contra nurum 6 sed si morte eod. tit.* Si morte mariti solutum sit matrimonium, ex eáque causa mulier res amouerit, hæredem mariti vel hæreditatis petitione vel ad exhibendum actione quæ vindicationis præparatoria est, & consequenter multò magis directa rei vindicatione si exhibeantur, & fuerint in dominio mariti, consequi eas posse, sed præterea etiam condici mulieri eas res posse quia ex iniusta causa apud eam essent. Quæ ratio cùm non multum differat ab illa, qua vtitur Marcian. *in d.l. 25.* quòd iure gentium condici possint res eis qui non ex iusta causa possident, non obscurè innuit de eadem condictionis specie vtrumque locum intelligendum esse, Præsertim cum vtroque etiam loco ea species proponatur, in qua rerum amotarum actio exerceri non possit: Eadem ergo vtriusque loci interpretatio facienda est, Et illud etiam ex ea lege notandũ quod iam adnotauimus *ex d.l. 25.* actionem rerum amotarum non esse condictionem, cùm vtraque lex dicat posse condici eo quoque casu quo tamen non possit agi rerum amotarum. Etsi non ignoro responsuros eos qui actionem rerum amotarum condictionem esse volunt, latiùs patere appellationem condictionis, quàm actionis rerum amotarum, propterea quod cõdictio sit genus, Et actionem quidem omnem rerum amotarum esse condictionem, sed non è conuerso condictionem quamlibet posse dici actionem rerum amotarum: Sed quamquam ex hypothesi bona esset responsio, negare tamen non possunt quin supradictis locis quibus actio rerum amotarum sic denegatur vt tamen condictio detur, apertè probetur actionem istam rerum amotarum condictionem non esse, Obscurum tamen & difficile videtur dicere, Cur tam Marcian *in d.l. 25.* quàm Paul *in d.l. 6. §. sed si morte*, adeò simpliciter, & generaliter dent condictionem potiùs quàm vindicationem, Ratio fortassis petenda est ex eo quod iam diximus, Vindicationem rerum siue diuortij, siue mortis causa, siue denique constante matrimonio amotarum, non aliter posse competere quàm si duo illa concurrant, vt & mariti propriæ vel dotales fuerint res quæ amotæ sunt & extent, Condictionem verò competere omni casu præterquàm vno illo, quo res amotæ propriæ fuerint viri vel dotales & adhuc extent perinde atque omni casu & indistinctè competeret actio rerum amotarum, si diuortij postea secuti causa res amotæ probarentur. Perpetuò enim verum est, quod toties inculcauimus certi condictionem nullam siue generalem siue specialem ei dari posse qui sit dominus extra causam condictionis furtiuæ. Et ob id nimirum necessarius est vsus condictionis illius generalis, de qua suprà diximus, quæ latiùs patet quàm non solùm actio rerum amotarum, sed etiam cæteræ condictiones omnes. Sicuti enim nihil refert an res amotæ propriæ fuerint mariti vel dotales, an penitus alienæ ad hoc vt rerum amotarum actio competat, sufficítque marito vt probet amotas fuisse diuortij causa, Ita & cessante iudicio rerum amotarum sufficit ad causam condictionis illius generalis siue ob solam possessionem auocandam rerum extantium, siue ob consequendam æstimationem earũ quæ extare desierunt, vt probet maritus amotas quoquomodo eas fuisse & subtractas, siue constante matrimonio, siue mortis adeóque diuortij etiam causa, Cùm omni casu hoc ipso quod probantur amotæ, probentur etiam penes mulierem esse non ex iusta causa: quod vnum exigitur, vt condictioni illi generali locus fiat. Et quamuis mulier quæ condictione illa conuenitur probare ipsa vellet res quæ amotæ dicuntur vel proprias viri fuisse vel dotales: Non tamen assequetur vt condictionem nullo iure institutã fuisse appareret, Nec si res adhuc extarent quæ vindicari commodè potuissent, aut alia actione peti, puta hæreditatis petitione, vt *in d. §. sed si morte & §. seq.* Nam præter id quod absurdum videtur si quis dicat cogi posse maritum vt hanc de causa dominij disputationem suscipiat si non tanquam dominus, sed tanquam maritus cui res amotæ sunt, actionem instituere velit, Illud etiam certum est condictioni huic generali non posse mulierem obijcere exceptionem dominij, Cùm probato dominio mariti tantò magis futurum sit vt appareat ex iniusta causa penes ipsam

esse

esse res quas amouit, & consequenter non posse illam recusare quominus teneatur hac generali condictione, quæ scilicet non tam ex agentis quàm ex rei conuenti persona æstimatur, id est non tam ex dominio vel non dominio actoris, quàm ex non iusta possidendi causa ex parte iniusti possessoris. Atque hoc sensu poterit generalius intelligi id est de condictione illa generaliore, quod scriptum est *in d. l. 6. §. pen. & d. l. 35.* si eoi supradictæ interpretationes nostræ minùs probabuntur, quas attulimus circa condictionem certi, siue specialem siue generalem. Obseruamus enim duplicem condictionem generalem: Vnam quæ certi condictio dicitur quam solam Accurs. obseruauit, & de qua Vlp. *in d. l. certi condictio 9. D. de reb. cred.* per quam actor intendit sibi dari tantum oportere, Generaliorem alteram non certi, vt diximus, nec triticariam, de qua *in l. 1. & tit. De cond. trit.* (sunt enim illæ quidem generales, sed per quas tamen nihil nisi dari oportere intenditur *d. l. 1 in princ. & §. vlt. de cond. trit.* nec eam quæ sine causa dicitur, quæ species non genus condictionis est, plures quidem casus sub se complectens, sed non plures condictionis species, Vt & illa quæ ob turpem vel iniustam causam, vel ex indebiti causa datur, sed eam quæ cæteras condictiones omnes tam generales quàm speciales sub se continet quam diximus appellari *non ex iusta causa*, Per quam intendit actor non præcisè dari, sed aut dari sibi quid aut fieri oportere, quæ fuit olim definitio, & natura omnium condictionum, *d. §. appellamus*: Vnde fit vt vindicatio quamuis non possit concurrere cum certi condictione, siue generaliter, siue specialiter sumpta quandoquidem is qui iam dominus est, magis dominus fieri non potest, Possit tamen concurrere cum illa condictione generaliore, quæ non tam ex iure & dominio actoris, quàm ex non iusta rei conuenti possessione, vt diximus, æstimanda est. Nam & qui vindicat licèt hoc potissimùm intendat, rem suam esse, hoc tamen quoque per consequentias saltem intendit, Restitui sibi rem oportere. Hoc verò non repugnat condictioni generali quæ non minùs ad faciendum competit quàm ad dandum: Ac proinde æquum est accommodari eã actori cuilibet siue dominus ille sit, siue non sit, dummodo amiserit ipse possessionem rei quæ penes alium esse cœperit non ex iusta causa. Oportet enim amissum aliquid esse vt condictio hæc generalis possit competere. Amissum autem nihil esse potest, nisi quod vel dominium sit vel possessio. Cæterùm quocunque tandem sensu velis intelligere quod de condictione ex causa rerum amotarum danda scriptum est *in d. l. 6. §. sed si morte d. l. 17. §. pen. & d. l. 24. & 25. rer. amot.* (parum enim refert, quod ad disputationem nostram attinet dum ne intelligas eum Accurs. de condictione furtiua) Semper verum erit probari ex omnibus iis locis actionem rerum amotarum non esse condictionem. Tantum abest vt possit dici similis condictioni furtiuæ. A qua etiam in eo differt quod cùm is qui opem furi tulit non teneatur condictione furtiua quia fur non est, licet furti actione conueniri possit, *l. proinde 6. D. de cond. furt.* tenetur tamen actione rerum amotarum si modò diuortij postea secuti causa id fecerit, *leg. si rem 20. D. rer. amot. iunct. §. 5. l. seq. eod.* Quod cùm ita sit, quis credat Tribonianum voluisse post tot aliorum prudentum sententias subiungere ex Caio *in d. l. rer. 26. eod. titul.* Rerum amotarum actionem condictionem esse? Fateamur ergo potiùs scripsisse Caium, quomodo ex iuris ratione scribere omninò debuit addita negatione *Rerum amotarum actio condictio non est*. Nam nec alius iuris locus est quo vel in argumentum probari possit actionem illam aut condictionem esse, aut à prudentibus pro condictione habitam fuisse, si vnum Pauli vel potiùs Iuliani locum excipias *in l. pen. D. de cond. furt.* De cuius quoque sententia quia diu malè me habuit, & pessimè ab Interpretibus omnibus, ni fallor, accepta fuit, subijciendum separatim aliquid est *in cap. seq.* in quo erimus tantò breuiores quantò longiores hic fuimus, ad tot leges explicandas, de quarum interpretatione nihil apud Accurs. aut Bart. reperire possis quod vel cum earum verbis, vel cum iuris ratione consentiat.

ERROR IX.

De sententia & ratione legis penultima, D. de condict. furt.

HIc vnus locus est qui maximè videatur probari posse, & ex quo vir doctissimus Cuiacius probare nititur, Actionem rerum amotarum esse condictionem. Scribit enim Paulus ex Iuliano, Ex persona filiæ quæ res amouit dandam in patrem condictionem in peculium Iulianus respondit. Quæ verba necessariò sic accipienda esse videntur, vt vel de condictione furtiua, vel saltem de rerum amotarum actione intelligantur. Prior interpretatio vulgaribus Interpretibus communiter magis placet, Posterior autem Cuiacio. Nos neutram probare possumus. Priorem ratio illa iuris refellit, quòd fieri nullo modo, nullóque casu potest, vt pater ex persona filij filiæve familias condictione furtiua teneatur, cùm possit ea actio contra filium ipsum aut filiamfamilias exerceri, quandoquidem ex omnibus causis, siue ex contractibus, siue ex delictis, sed multò magis ex delictis filiumfamilias perinde ac patremfamilias & obligari & conueniri posse constat, *l. filiusfam. 49. D. de oblig. & act. l. tam ex contractib. 17. D. de iud.* Id enim est quod idem Paulus noster scribit *in l. ex furtiua 5. De cond. furt.* Ex furtiua causa filiofamilias condici posse: Acsi esset adjectum, quod necessariò supplendũ est *non etiam patri*. Quis enim dubitare poterat quin ipsi filio qui furtum fecisset condici posset? Et ob id rationem illam statim Paulus subiungit non quæ probet condici posse filiofamilias, sed quæ probet Condici non posse patri. Nunquam enim ea condictione, inquit, alius quàm qui fecit tenetur aut hæres eius. Pater autem filijfamilias qui furtum fecerit, neque fur ipse est, neque hæres furis, ne quidem mortuo filio, ac multò minùs eo viuo, vt docuimus iam olim *lib. 4. Comect. c. 1.* vbi etiam obseruauimus differentiam perelegantem inter filiumfamilias & seruum, & consequenter inter patrem & dominum. Nam si seruus furtum commiserit, condictione furtiua necessariò agendum est non cum seruo cum quo nulla actio est, vt habet iuris regula, *l. cum seruo 107. De reg. iur.* sed cum domino, Et quidem præcisè & sine vlla exceptione quantum ad id quod ad eum peruenit, In residuum verò hactenus vt tamen seruum noxæ dedere dominus possit, vt scriptum est *in l. si seruus 4. eod.* vbi quod post prima illa verba legis additur, *vel filiusfamilias* quasi eadem sit hac parte ratio filijfamilias & serui, proculdubio irreptitium est, & ex glossa inepti alicuius Interpretis, quem vel hic Pauli & Iuliani locus fefellerit, Vel alius ille Triboniani sub Vlpiani nomine *in l. 3. §. pen. D. de pecul.* vt docuimus *in Error. 2. Decad. superior.* Nullo igitur casu verum esse potest quod Interpretes volunt teneri patrem condictione furtiua ex persona filijfamilias furis, At multò minùs ex persona filiæfamilias, quæ mariti res amouerit, cùm nec filia ipsa possit huiusmodi

tis. Et ideò nunquam condictionem dant domino, excepta condictione furtiua: Nec est quod cum Curacio quis excipiat etiam condictionem, vt ille loquitur, rerum amotarum. Nam vel ex hoc maximè intelligimus actionem rerum amotarum non posse condictionem dici quòd competat viro etiam ob eas res quæ ipsius propriæ aut dotales fuerunt, quarum tamen nomine certi condictionem cōpetere non posse certum est. Hoc vnum ergo relinquitur, vt dicamus de ea condictione Iulian. sensisse, quæ extra causam rei furtiuæ domino dari possit. Ea verò alia non est quam de qua prius dc diximus, quæ generalior est cæteris omnib. & per quā repetimus quicquid alius non ex iusta causa possidet, quod reddi nobis & restitui æquum sit. Denique per quam intendimus non præcise dari quid nobis, sed vel dari vel fieri oportere, Quæ fuit olim generalis & communis natura omniū condictionū. Nec enim dubitandū est, quin cum actione rer. amot. etiā condictio hæc possit concurrere. vt & cum aliis actionib. quibuslibet, vt suprà ostendimus *ex l. contra nurum 6. § pen. & l. rer. quidem 25. D. rer. amot.* Voluit ergo Iulian. si filiafam. mariti res amouerit, ex eius persona conueniri posse patrem non actione directa rerum amot. de peculio, neque actione vtili, sed cōdictione illa generali, quæ *non ex iusta causa* appellatur. & in qua nunquam de delicto quæritur, licet possessio iniusta non aliā causam quam delictum habuerit. sed tantùm de eo, An eum actor habeat iustam causam repetendi, seu vicissim qui conuenitur nullam habeat iustam causam possidendi: Quia certe nullā habet is, qui rē alienā sine causa detinet, vt neque de illo quærendum sit, an res amotæ sint necne, dummodò probet actor sua interesse ex iusta causa, siue quòd res illæ quas cōdicit ad ipsū pertineāt iure dominij, siue quod eas ex qua alia iusta causa possideret, aut quod ad earu possessionē alteri restituendā teneretur. Vt contingeret si eæ res amotæ viro essent, quas vir ab alio pignori accepisset, *l. si concubina 17. § vlt. D. rer. amot.* In sūma sicut actio rer. amot. competit viro ob res amotas quaslibet etiam quæ sint propriæ viri, sic tamen vt de dominio neque probandum neque tractandum quicquam sit, sed tantū de illo disputandum, An diuortij postea secuti causa amotæ sint, necne. Ita & propter res amotas competit generalis illa condictio aduersùs mulierē quæ amouit, siue dominus earum rerū sit maritus, siue non sit, nisi quod nec amotas fuisse res dicere necesse est, quo nomine delictū significaretur, sed sufficit dicere & probare res illas nō ea iusta causa à muliere possideri. Quod ipsum probatur hoc solo, quod mulier nullā possessionis suæ iustā causam probare potest. Quā n. habere posset ea quæ res amouit? Mirū igitur nō est dari ea hac causa condictionē nō modò aduersùs mulierē quæ amouit, sed etiā ex persona ipsius si filiafam. fuit contra patrē, sed in peculiū, quia licet condictio hæc non veniat ex contractu, ex qua potissimùm causa solet dari actio de peculio, *d. l. 1. § si filiusfam. D. de his qui deiec. vel effud.* Tamen neque ea delicto pendet vt actio rer. amot. Sed ex eo solo quòd nullā iustā causā habeat filiafam. id possidendi, quod maritus antea iustè possidebat. Verū hic adhuc scrupulus ille superest, quod cū ea condictio nō solū ex contractu nullo descendat, sed neque ex negotio aliquo quod inter coniuges gestum sit quæ res posset sufficere vt actio de peculio in patrē dari deberet quomodo datur in dominum in specie, *d. l. vlt. § 1 D. de aleator.* Nulla ratio vlla reddi potest, Cur de eo quod ex nō iusta causa penes filiamfam. sit. actio de peculio in patrē dari debeat. Neque enim pater dādo peculiū filiæfam. hoc etiā ei mandasse aut permisisse videtur, vt mariti res amoueret, aut vt res alienas nō ea iusta causa inciperet possidere. Hac nimirū ratione victus cogor dicere, non eā Iuliani sententiā fuisse, vt ob res mariti à filiafam. non ex iusta causa possessas possit pater conueniri de peculio, si nihil ipse possideat, sed hāc potiùs, vt quod ipse ea rebus per filiam amotis sine causa possidet in causam peculij, id est quod ex reb. amotis in peculio est, illud demùm possit ei condici ea ipsa cōdictione qua filiafam. ipsa tenetur, Hac sola differētia quòd teneatur illa in solidū. pater verò nec in solidū nec de peculio, sed quatenus ex facto & delicto filiæ in peculio est, quomodo loquitur idem Paul. *in d. l. vlt. § 1. in fin. D. de aleator.* Ideóq; puto sic Iulian. locutū esse vt diceret *dandā in patrē condictionē in peculiū* nō autē *de peculio*: Ita significās non tā teneri hoc casu personā patris propria actione de peculio, quā ipsum peculiū, hactenus scilicet quatenus peculiū locupletius factum est. Quasi per actionē hāc repetatur nō quod amotū est, aut quod nō ea causa iusta penes filiā ipsā reperitur: quæ scilicet tenetur rer. amot. de omni eo quod ipsa amouit licèt nihil ad eā peruenerit, *l. sed etsi 19. D. rer. amot.* Sed quod non ex iusta causa penes patrē ipsum est, Penes quē potiùs id omne esse intelligitur quod ex reb. amotis est in peculio, quia licet peculiū propriè sit filiæ, magis tamen est patris, *l. patri 2 ... D. de minor.* Atque ita Accurs. quoq; noster intelligit, Errans tamen in eo quod Iulian. de condictione furtiua sensisse putat, de qua fieri nequit vt senserit, cùm nec filia ipsa quæ amouit, & deliquit eiusmodi condictione teneatur, & absurdū sit duriore actione & turpiore teneri patrē ea persona filiæ qui nihil ipse deliquit quā filiā quæ deliquit. Sed errat grauiùs Bart. qui Iulian. sic intelligit vt cōdictio furtiua detur etiā contra patrē eū adiectione illa De peculio: Quasi nihil intersit an ex causa condictionis furtiuæ ob furtum quod filia fecerit conueniatur pater de peculio, An verò ea aliquo filiæ contractu, Cùm tamē hactenus intersit etiā circa rer. amot. actionē quòd si ex cōtractu cōueniretur, vtiq; in solidū peculiū teneretur, id est ad finem vsque peculij, tametsi vel nihil vel minùs ea reb. amotis in peculiū peruenisset. Ex causa verò rer. amot. nō tenetur nisi quatenus ea reb. amotis in peculio est, idque ita demum si non actione rer. amot. de peculio, sed condictione non ex iusta causa conueniatur, ac proinde nullatenus si locupletius peculiū ex iis reb. factū non sit, Ex causa verò condictionis furtiuæ nullomodo, id est ne quidē de eo quod ad peculium peruenerit. Sed hæc quidem ex Iuliani sententia, & ex iuris ratione verissimè dicuntur. Nā si Melæ & Fulcinij opinionē sequamur dicendum erit posse patrē ea persona filiæ conueniri actione rer. amot. de peculio solito quāuis nō sit locupletatū peculiū ex reb. amotis, neq; necessariū erit recurrere ad auxiliū cōdictionis illius generalis *non ex iusta causa* quæ plenior contra patrē nullo casu esse potest quā actio de peculio, at minùs plena esse potest. Si verò Papin. credimus, neq; actio rer. amot. directa de solido peculio contra patrē cōpetet, neq; cōdictio non ex iusta causa in peculiū, Sed actio vtilis rer. amot. dāda erit de eo tamen quod ad patrē peruenerit, etiāsi nullū fortassis filiæ peculium sit, quo casu manca sanè est Iuliani sentētia, quæ nullum auxilium marito tribuit contra patrē ne ea delicto filiæ impune locupletetur: At si Tribon. magis quàm prudentibus credimus, dicēdum est tā ex causa condictionis furtiuæ quā ex causa rer. amot dandam esse contra patrē actionē de peculio, nō tamē solido, sed quatenus ex furto filiæ locupletior pater factus est. Ita n. apertissime sub Vlp. nomine scriptum est *in d. l. 3. § pen. D. de pecul.* quē tamē locum esse totum Tribonianeum, & à vera rectàque iuris ratione non minùs quam à prudentum traditionibus alienum ostendimus in præcedentibus tam apertè vt nulla de eo dubitandi causa superesse videatur.

ANTONII FABRI I.C.

Decas octogesima.

ERROR PRIMVS.

De actione rerum amotarum an in solidum danda sit contra hæredem an non, Ad legem vltim. Cod. rer. amotarum.

QVANDO iam de actione rerum amotarum tam multa scripsimus, operæpretium est hanc quæstionem subijcere quæ in toto illo tractatu præcipua est, An actio illa in solidum danda sit aduersùs hæredem exemplo eius quod de condictione furtiua scriptum est *in l. condictione 9. D. de cond. furt.* An verò quatenus duntaxat ad hæredem peruenit, quomodo scriptum videtur *in l. vlt. C. rer. amot.* Nos priorem opinionem olim defendebamus contra Iacobum Cuiacium, & cæteros omnes Interpretes, Moti ex eo potissimùm quod scriptum videbamus *in l. contra maritum 6. § item hæres D. eod. tit.* hæredem mulieris teneri ex causa rerum amotarum, sicut condictionis nomine ex causa furtiua. Neque enim vnquam dubitauimus quin ius condictionis furtiuæ illud sit vt aduersùs hæredem non minùs quàm contra furem ipsum in solidum detur, quomodo disertè scriptum est *in d. l. 9. De cond. furt.* Item ex eo quod nullam differentiæ rationem videre poteramus inter condictionem furtiuam & actionem rerum amotarum, cùm Cuiacij errorem secuti, aut potiùs Caij verbis decepti *in l. rerum 26. D. rer. amot.* vtramque actionem putaremus esse condictionem, Sicut & vtramque fatentur omnes, & rei persecutoriam esse, & descendere tamen ex delicto. Quibus ipsis rationibus in contrarium errorem prolapsus Cuiacius non minùs pertinaciter defendit condictionem furtiuam non dari in solidum contra hæredem, sed de eo tantùm quod peruenit, Apertè contra non modò iuris rationem manifestam, sed expressa etiam verba *d. l. in condictione*, ad quam nihil habere se professus primùm quod posset respondere, tandem aliquid respondit, sed tale quid quod prorsus nihil est, vt in sequentibus ostendemus. Nec tamen multò nos meliùs aut feliciùs ad *dict. leg. vlt. C. rer. amot.* quæ vna certè virum doctissimum decepit, & quotquot eius sententiam contra nos sequuntur. Omnes verò decepti sumus ignoratione eorum quæ ad qualitatem & naturam actionis rerum amotarum pertinent, & ex quibus petenda est ratio eius diuersitatis quam nunc primùm agnoscere cogimur inter actionem rerum amotarum, & condictionem furtiuam: Quæ tamen ex iis quæ hucusque circa vtramque actionem diximus, intelligi facilè potest. Condictio enim furtiua exemplo cæterarum condictionum omnium stricta actio est, meramque rei persecutionem sui natura continet, Ideóque licet nascatur ex delicto in hæredem furis, competit in solidum, etiamsi vel nihil, vel minùs ad eum peruenerit. At actio rerum amotarum quemadmodum condictio non est, ita neque actio stricta dici potest, nec rursum bonæ fidei, cùm non nascatur ex negotio vllo bona fide gesto, sed potiùs ex malè contractu & ex delicto, vt loquitur Tryphoninus *in l. si rerum 52. D. de re iud.* Est igitur actio arbitraria, licèt à Triboniano per incuriam prætermissa *in §. præterea*, vbi inter cæteras enumerari debuerat, *Inst. de act.* Ei namque conuenit optimè definitio arbitrariarum actionum quæ illa est, vt arbitrariæ eæ sint dicendæ in quibus nisi actori arbitrio iudicis satisfiat, ex bono & æquo condemnatio fit. Nam in actione rerum amotarum præcedit arbitrium iudicis iubentis res amotas restitui & reddi ei cui amotæ sunt. Quis non enim id æquum putet siue fuerint res illæ propriæ coniugis, cui sunt amotæ, siue alienæ, vt *in l. si concubina 17. §. vlt. & l. seq. D. rer. amot.* & siue ad coniugem qui amouit fortassis per alios, res illæ peruenerint, siue non peruenerint *d. l. sed etsi 19. in fin. eod.* Quòd si eas reddere & restituere iussa mulier nolit arbitrio parere, tum verò condemnatio fit non quanti plurimi res vnquam fuerint quæ amotæ sunt, vt contingit ex rigore iuris in condictione furtiua, quia quolibet momento nouam moram facere fur intelligitur, *leg. in re furtiua 8. §. vlt. & l. vlt. D. de cond. furt.* sed ex bono & æquo, quanti actor in litem iurauerit sua interesse, quod æquum non sit vt cogatur inuitus res suas iusto pretio vendere, *l. si cum dos 8. §. 1. & l. seq. eod. tit.* iunct. *l. si filiofamilias 25. §. 1. D. solut. matrim. l. nec quasi 70. D. de rei vindic.* In quo vt in cæteris plerisque visum est minùs tractari debere coniugis personam etiam quæ furtum fecerit, quàm alium furem quemlibet, Hactenus scilicet, vt reddendo res quas amouit, euitet condemnationem, nec aliam pœnam subire vllam compellatur, cùm furti actione quæ tota pœnalis est conueniri non possit. Dices, Imò duriorem esse conditionem actionis rerum amotarum in eo quod ex ipsa condemnatio fit quanti actor in litem iurauerit, quàm si furtiuæ condictionis, in qua non fit condemnatio nisi quanti plurimi res fuit ex die furti, cùm multò grauior sit & amplior æstimatio quæ fit & crescit per iusiurandum, quàm quæ plurimi vnquam fuit, & quæ ex rei veritate constituitur, non ex agentis affectione. *l. 1. D. de in lit. iur. l. vlt. D. de fideiuss.* Verùm facilis responsio est, Non ideò duriorem esse actionem rerum amotarum, quòd in ea iuretur in litem, cùm non iuretur nisi in casum quo persona quæ conuenitur nolit arbitrio iudicis parere, ac res amotas reddere, quod vt faciat in ipsius potestate est, nisi ponas ipsius dolo præcedente factum esse ne amplius esset in potestate. Sic enim & Vlpian noster argumentatur *in l. item si cum 14. § in hac actione, vers. nec cuiquam iniquum videatur, D. quod met. caus.* Sed & obseruandum est, contra furem non minùs quàm contra coniugem ex causa rerum amotarum iurari in litem non quidem in condictione furtiua, licèt vulgò Interpretes, & Pragmatici aliter & malè sentiant, sed in actione furti, *l. cùm furti 9. D. de in lit. iur.* vt scilicet pœna dupli vel quadrupli lege duodecim Tabularum constituta possit certa fieri ex comparatione simpli, vt nos in 1. huius Chiliadis part. explicauimus: Actionem porrò rerum amotarum singulari quodam iure inter coniuges esse comparatam, vt esset

loco

loco non tam condictionis furtiuæ, (quæ per mediā iurisprudentiam meto furum odio introducta est) quam actionis furtis quæ iam per legem duodecim tabularum fuerat introducta: Aut saltem vt esset loco vtriusque cùm neutra inter coniuges habere locum possit. Est igitur semper longè durior conditio furis, quippe contra quem omnimodo iuratur in litem quoties pœnali actione furti conuenitur, ita vt nihil ei prosit ad impediendum iusiurandum in litem quod paratus sit rem furtiuam reddere, non magis quàm ad legitimam pœnam euitandam. Qoa etiam præstita nihilominùs tenetur adhuc condictione furtiua vt det rem furtiuam, vel præstet quanti plurimi res vnquā fuit, Vt in sequentib. dicemus ex *l. quivas 48. in pr. l. si pig. §. cùm furis l. si pig. 54. §. cùm furti l. qui re 76. in fin. D. de furt.* Hoc itaq; supposito quod negari certè non potest, vt actio rerum amotarum sit omnino & verè arbitraria, Intelligimus non dari eam præcisè & sui natura ad rerum amotarum restitutionem, quomodo diximus dari condictionem furtiuam ad hoc præcisè vt res furtiua si extat restituatur aut quanti plurimi vnquam res fuit, sed ad id quod interest agentis, & ita demum si arbitrio iudicis non pareatur, neque res amotæ restituatur. Arbitrium igitur iudicis dari præcedere necesse est, De rebus amotis restituendis, priusquàm ad condemnationem vllam ex vi & potestate huius actionis perueniri possit. Atqui mortua persona ipsa quæ res amouit, non potest arbitrium iudicis aut viri boni contra hæredem tale esse vt iubeatur ille reddere suprà quàm ex rebus amotis ad ipsum peruenerit, aut dolo eius malo factum sit quominùs perueniret. Neque enim aliter vir bonus arbitraretur, cùm nemo arctandus sit ad præstandum id quod præstare nullo modo possit, si modò nihil sit quod ei possis imputare; *l. mulier 22. §. sed enim* in illis verbis *placet non cogi eum reddere quod non habet D. ad SC Trebellian.* Inde igitur fieri dico vt actio rerum amotarum licèt meram rei persecutionem nec aliud præterea quicquam contineat, quia tamen eam ipsam non nisi arbitrio iudicis continet, non sit danda in hæredem nisi de eo quod ad ipsum peruenit, aut quod peruenerit dolo eius malo factum: Idem namque euenit in cæteris actionibus arbitrariis omnibus, id est quæ iudicia tantùm arbitrio rei persecutionem continet, vt in hæredem non dentur suprà quàm ad eum peruenerit. *l. 4. §. vltim. cum duab. seqq. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* iunct. *l. qui seruus 50. §. in iure interrogatus D. de interrog. in iur. fac. l. si fundus 16. §. in condemnatione D. de pignor.* Et hanc dico sententiam & rationem *legis vltima C. rer. amot.* vbi scriptum est, De rebus quas diuortij causa vxor marito abstulit, contra successores mulieris non in solidum, sed in quantum ad eos peruenit, agere maritum debere. Quòd si res extē etiam dominij vindicatione vti eū non prohiberi. Nec possum facere, quin alias ad eum locum interpretationes, quas in Coniecturis nostris attulimus, nunc improbemus, licèt malè consutata, ab iis qui contra nos scripserunt, quique nihil melius afferrent habuerunt, quia id ipsū quod dicēdum fuit, hoc est quod nunc dicimus, nunquā sciuerūt: Quo semoto certè in priore setētia & interpretatione nostra perstare cogeremur. Verùm hic illa insurgit noua contra nos dubitatio, quòd actio hæc rerum amotarum non minùs arbitraria est, cùm aduersus ipsam mulierem quę amouit, quàm cùm aduersus hæredem ipsius exercetur. Perinde enim necesse est vt præcedat arbitrium iudicis de rebus amotis per mulierem ipsam restituendis, antequàm possit perueniri ad condemnationem, quę scilicet in hoc iudicio fit nō tam ob id quòd res amotæ sint, quàm ob id potiùs quòd quæ amotæ sunt, & quæ arbitrio iudicis reddi debuerunt, non fuerint redditæ, Idque per cōtumaciam eius personæ quæ amouit *d. l. si cùm dos 8. §. 1. & l. sequ. D. rer. amot.* Neque tamen ex eo fit quin actio rerum amotarum contra mulierem quæ amouit in solidum detur, Adeóq; quod magis mirum est etiamsi nihil fortè ad eam ex rebus amotis peruenerit *d. l. sed et si 19 in fi. eod. tit.* Nō est igitur bona hęc nostra collectio, vt ob id quo actio rerum amotarum arbitraria est, minùs danda sit in solidū contra hæredē. Resp. apertè diuersam esse hac parte rationē mulieris quæ res amouit, & hæredū ipsius, Nā quæ amouit cū reuera furtū fecerit non potest carere dolo, nec videri dolo nō fecisse quominùs ad eam res amotæ peruenirent, & ideirco nō potest recusare quominùs arbitrio iudicis reddere iubeatur quicquid amouit, etiā quod ipsa non possideat. Dolus.n. pro possessione est vt habet iuris regula, nec quicquam interest vlla iuris parte an quis possideat, an dolo desierit possidere, an denique dolo malo fecerit vt nō inciperet possidere, ne quandoque dici posset desiisse dolo malo possidere, *l. 4 ead. tit. l. 2. §. sed et si quid D. de hered. vel act. vendit. l. quæsitum 8. §. vlt. D. de precar.* Proinde non distinguimus in persona mulieris quæ per alium vt furti contegendi gratia fieri solet, mariti res amouit, an amotæ res ad eam peruenerint, necne. At in hærede mulieris hæc distinctio necessaria est quia non sit successor doli defunctæ vt habendus sit pro possessore si non possideat, aut vt perinde condemnandus sit acsi res amotæ ad eum peruenissent si fortè ex rebus amotis vel nihil vel minus ad eum peruenerit. Itaq; non debet arbitrari iudex qui in huiusmodi actione datus est, vt hæres mulieris reddat marito res amotas suprà quàm ex iis ad hæredem ipsum peruenerit, Alioquin esset arbitrium iniquum & bono viro indignum *d. §. sed enim l. 22. ad SC. Trebell.* Et consequenter verum est quod ait *d. l. vlt. C. rer. amot* non posse hæredem ex ea causa condemnari, nisi in quantum ad eum peruenit. Neque hac parte distinctio illa adhibenda est quam olim adhibebamus, an vnus tantùm hæres si mulieris an plures, vt is quidem qui solus est condemnetur in solidum: si verò plures sint non teneantur singuli nisi in quantum ex hæreditate ad eos peruenerit, aut etiam ex rebus ipsis amotis dùm tamen omnes per viam hæreditatis ad hæredes omnes peruenerint. Nam tùm quoque cùm plures non sunt hæredes, sed vnus solus, negamus teneri eum in solidum si vel nihil, vel minus ad eum peruenerit. Cùm verò plures sunt, etiamsi res amotæ non omnes ad eos peruenerint, dicimus tamen perinde verum esse quod scriptum est *in dict. l. vltim.* teneri singulos in quantum ad eos peruenit, Nullo denique casu hæredem mulieris aut hæredes teneri in solidum, nisi cùm res amotæ ad eos in solidum peruenerunt, aut cùm ex rebus amotis, postea fortè distractis & venditis locupletiores in solidum facti sunt. Hæc enim separo quasi distincta, quia cùm dicimus res amotas peruenisse ad hæredes in solidum, ponimus eas adhuc extare, quo casu possunt hæredes mulieris non tantùm actione rerum amotarum, sed etiam dicta rei vindicatione pro qua quisque parte illas possidet conueniri: Cùm verò dicimus *in quantum ex rebus amotis ad hæredes peruenit* significamus potius Desiisse res amotas extare, nec proinde ipsas ad hæredes peruenisse, sed tamen aliquatenus locupletiores ex iis, id est ex earum pretio factos hæredes fuisse. Idque non obscurè demonstrat antithesis quæ in *d. lege vltim.* posita est inter actionem rerum amotarum & vindicationem, Itémque inter res amotas, extantes, & eas ex quibus aliquid ad successores peruenit. Cui non dissimiliter Iulianus *in l. eum autem 52. D. de rei vindicat* scribit, Cum possessor ante litem contestatam dolo

malo desiit possidere fundum cuius nomine in rem conueniebatur, hæredes eius in rem quidem actionem suscipere cogendos non esse, sed in factum actionem quæ vindicationis subsidiaria esse solet, aduersus eos reddi debere per quam restituere cogantur quantò locupletes ex ea re facti fuerint. Ea quo intelligimus neque dolum defuncti transire in hæredes nisi post litem cum defuncto contestatam, quæ contestatio pro contractu habetur, *l.3. §.idem scribit D.de pecul. l.delegare 11. §.1. l.aliam 29. D.de nouat. & deleg.* Neque eandem semper actionem contra hæredes competere, quæ aduersùs defunctum competebat, nec si iam cum defuncto fuerat instituta, sed plerumque minùs plenam. Interdum tamen etiam pleniorem, vt *in l.4. §.soli autem filio, D.quod cum eo qui in alien.potest. l.verum 63. § patri, D.pro socio l.si per imprudentiam 51 §.fin. D.de euic.* At in proposito minùs plenam: Defunctus enim qui viuens possidebat aut dolo desierat possidere fundum alienum, iure conueniebatur directa rei vindicatione vt eum restituere iuberetur: At hæredes eius, qui nec vere possident nec dolo desierunt possidere, licet ex eo fundo locupletiores facti sint, fortè quod pretium ex eius distractione redactum postea factum hæreditarium ad eos peruenerit, non eo magis directa vindicatione conueniri possunt, quæ non competit nisi contra verum possessorem, eúmve qui propter dolum suum proprium, habendus sit pro possessore. Sed necessaria est aduersùs eos subsidiaria in factum actio per quam coguntur reddere non solidam fundi æstimationem sed in quantum duntaxat locupletiorem & opulentiorem hæreditatem eius fundi occasione nacti sunt. In quo elegans differentia obseruanda est inter vindicationem & actionem rerum amotarum, de qua nunc tractamus, quæ cùm sit actio in personam non minùs contra hæredes mulieris competit, de eo quod ad ipsos peruenit etiamsi non possideant res amotas quæ carere desierint, quam contra mulierem ipsam quæ amouit, Nec vlla indiget subsidiaria in factum actione ad improbum illud lucrum hæredibus extorquendum: Quomodo indiget vindicatio quæ cùm in rem sit non nisi contra verum, fictumve rei possessorem exerceri vnquam potest.

[illegible]

ERROR II.

De iureiurando in litem in actione rerum amotarum, quando locum habeat contra mulierem aut eius heredem. Et ad legem sextam paragrapho item heres, & lege penultima, D. rer. amot.

Illud non minùs observatione dignum est, aliam longéque differentem esse rationem actionis illius rerum amotarum contra hæredes competentis. Aliam verò illius quæ contra mulierem ipsam si viueret, exerceri posset, Non in eo solùm, quod vt iam diximus, non competit ea actio contra hæredes nisi in quantum ex rebus amotis ad eos peruenit, quæ aduersùs mulierem ipsam competeret in solidum, Sed etiam in eo quod cùm iuretur in litem aduersùs mulierem si res amotas nolit reddere, attamen contra ipsius hæredes nunquam iuratur, nec si contumaces sint in reddendo eo quod ad ipsos peruenit, quia licèt ea contumacia proprius ipsorum dolus sit, quem vindicari æquum est, præsertim verò in actione arbitraria, Non tamen quilibet dolus rei contumacis etiam in actionibus arbitrariis inducit æquitatem iusiurandi in litem, cui scilicet non alter locus est, quàm si per contumaciam eius fiat vt actor cogatur carere re sua: quæ sola ratio est quam afferunt Iureconsulti cùm de iureiurando in litem disputant *d.l.non enim 9. D.rer.amot. leg.si filiusfamilias 35. § 1. D solut.matrim. leg nec quasi 70. cum leg.seq. D.de rei vind l.tutor 8. D. de in lit.iur.* Quod autem ea rebus amotis puta distractis à muliere peruenit ad hæredes pretij nomine, mariti non est, quia pretium non ex re sed ex negotiatione percipitur, *l.venditor 21. D.de hæred.vel act.vend.* Atque ita accipio quod scriptum est *in l.2. in princ. eod. tit.* iurari in litem siue quid nostrum petamus, siue ad exhibendum agatur, Scilicet cùm ad exhibendum agimus pro re nostra vindicanda, vt solet actio illa præparatoria esse vindicationis cuius gratia potissimùm est introducta, *l.1. D.ad exhib.* Licèt competat etiam ex aliis multis causis, si modò intersit agentis, *l.3 paragrapho sciendum eod.tit.* Nam cùm ex alia quam dominij causa intersit agentis, actio quidem ad exhibendum competit, sed in ea tamen non iurabitur in litem, nec si dolus malus non exhibentis interueniente proponatur, quomodo etiam circa furti actionem distinguit Papinianus *in l.si vendidero 80. in princ. & §.1. D de furt.* Quare nec contra mulierem ipsam quæ rerum amotarum iudicio conuenitur semper iurabitur in litem, sed eo tantùm casu quo amotæ fuerint res quæ propriæ sint viri, non quas vir ab alio habebat fortasse pignoris iure aut titulo depositi vel commodati, quarum tamen nomine rerum amotarum iudicio perinde agi potest, *l.si concubina 17. § vlt. D.rer.amot.* Adeò vt nec aliud dicendum putem si res dotales amotæ fuerint. Etsi enim sunt illæ in bonis viris, ita vt earum nomine non minùs vindicationem habeat si extent, aut condictionem si extare desierint quàm si propriæ eius fuissent, *l.ob res amotas 24 eod.tit. l doce 9. C.de rei vind.* Verum tamen est non esse illas proprias mariti, *d.l.ob res*, vbi dotales res iis opponuntur, quæ propriæ sunt mariti, *l.quamuis 75. D.de iur.dot. l.si constante 24. § si maritus in fin. D.solut.matrim.* Et consequenter in rebus dotalibus rationem illam deficere, quæ potissimùm facit vt aduersùs contumacem iurari in litem oporteat. Nam & cùm per occasionem rerum dotalium aliquid lucri peruenit ad maritum, cogitur soluto matrimonio id ipsum mulieri reddere, tum quoque cùm in dotem accepit res æstimatas quarum ille per æstimationem factus sit plenè ac verè dominus, *l.quoties 16. D.de iur. dot.* vbi elegans ratio redditur, *quia non simplex venditio sit, sed dotis causa, nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris. Sufficit enim maritum indemnem præstari, non etiam lucrum sentire.* Porrò cùm iuratur in litem de æstimatione rei quam non vult possessor reddere, res non fit pluris per hoc, sed contumacia æstimatur vltra rei pretium, *leg.1. D.de in lit.iur.* Itaque quod amplius est in iurata quantitate, quàm in iusto rei pretio merum iurantis lucrum est, cuius affectioni hactenus indulgetur. Non ergo permittendum est marito, vt ob res dotales per vxorem amotas iuret in litem, Non tamen quasi esset cogendus maritus actione de dote idipsum mulieri reddere, quod ab ea per iusiurandum in litem extorsisset [pœna enim est si quis condemnetur quanti aduersarius in litem iurauerit, cùm eo modo contumacia puniatur, *d.l.1.* pœnæ autem depensæ repeti non solent, *l pœna 42. De cond.indeb.* ideóque nec debitori cogitur restituere creditor pignoratitius, quod ipse ea furti actione præstiterit, *l.si pignore 21. D.de pign.act.*] Nec rursus, quòd prohibeatur maritus iudicio rer.amot idipsũ persequi quod posteà iudicio de dote sit mulieri redditurus (illa enim actio damnum repræsentat, licèt posteà dotis exactio competat, *d.l.si mulier 21 §.rer.amot. D rerum amotarum.*)

Sed

Sed quoniam nullum mariti damnum est, si modò iustam rerum amotarum æstimationem consequatur citra iusiurandum in litem, cùm non amplius cogatur iudicio de dote reddere, Actio autem rerum amotarum quæ pro rebus dotalibus competit, damnum duntaxat repræsentat, non etiam lucrum aliquod marito defert *d. §. rerum*, vbi non de qualibet actione rerum amotarum Paulus loquitur, sed de ea sola competit quæ ob res dotales, vt probant verba illa *etiamsi postea dotis ex actio competat* extra quam causam si neque dotales, neque omnino alienæ fuerint res quæ amotæ sunt, sed propriæ viri, plenior est actio rerum amotarum, vt non tantùm seruet eum indemnem, sed etiam lucrum ei afferat per iusiurandum in litem: Neque hoc casu repræsentat actio vel damnum, vel lucrum, quia ex eo quod maritus percipit, siue vt indemnitatem solam, siue vt etiam lucrum sentiat, nihil penitus restituit: quæ tamen restituendi necessitas verbo illo repræsentandi significatur. Ad quid ergo condemnabitur mulier quæ res dotales diuortij causa amouit? An ad solam verámque ipsarum æstimationem? Ita est, quemadmodum si res omnino alienas mulier amouisset *d. l. si concubina 17. §. vlt. eod.* quemadmodum & ex pœnalibus actionibus quæ alioqui dantur ad duplum mulier non nisi in simplum condemnatur *l. vlt. D. de seru. corrupt.* At non ad eam tantùm æstimationem quæ fuit illo tempore quo res amotæ sunt, sed etiam ad præsentem, si res illæ pluris factæ non restituantur, vt euenit in condictione rei furtiuæ, inquit Tryphon. *in l. penult. eo.* quia cùm mulier quæ res amouet, veritate furtum faciat vt eadem lex ait, non minùs in re amota, quàm fur quilibet in alia re furtiua singulis momentis facere moram intelligitur *d. l. in re furtiua 8. in fin. & l. vlt. D. de condict. furt.* In eóque bona comparatio est actionis rerum amotarum & condictionis furtiuæ, illis scilicet casibus, quibus non magis in litem iuratur in actione rerum amotarum quàm in condictione furtiua, id est cùm res amotæ, non viri propriæ, sed vel dotales, vel penitus alienæ fuerunt. Nam cùm in litem iuratur, non inquirimus ad quod tempus referatur æstimatio, an ad præteritum, an ad præsens, quia nec verum pretium quærimus sed quod iuratum est, nisi quando furti agitur, quo casu iurandum est, tanti rem fuisse non autem tanti nunc esse *l. cùm furti 9. D. de in lit. iur.* nempe quia necessariò referenda æstimatio est ad id tempus quo furtum factum fuit, vt legitima pœna dupli vel quadrupli certa constituatur *l. in furti 50 l. inficiando 67. §. infans D. de furt.* Porrò quemadmodum actio rerum amotarum similis est condictioni furtiuæ quod ad ineundam rei amotæ æstimationem pertinet, illis quoque casibus, in quibus non iuratur in litem, ita similis est actioni furti, cùm datur ob res proprias mariti, hactenus nimirum vt in ea hoc casu in litem iuretur, Dissimilis tamen in eo, quod non ad certum tempus refertur æstimatio, vt in actione furti, sed arbitrio & affectioni iurantis relinquitur, quia non ob taxandam pœnam aliquam iuratur in actione rerum amotarum, quæ scilicet pœnalis non est, sed ob hoc tantùm vt in ea actione condemnatio certa fiat, & quidem tanquam in actione arbitraria, in qua quoties iuratur, non aliam ob causam iuratur quàm ad puniendam eius contumaciam qui arbitrio iudicis reddere iussus, noluit parere, & ideò contumaciæ tempus inspiciendum esset, potiùs quàm illud quo res amotæ sunt, si iurandum esset relata ad certum tempus æstimatione. Itaque quod *in d. l. pen.* scriptum est de inspiciendo tempore quo res amotæ sunt, vel quo agitur si æstimatio creuerit, i. quanti plurimi res vnquam fuit vt in condictione furtiua, itemque in actione furti *d. l. inficiando 67. §. infans de furt.* licèt omni casu verùm sit, quia nihil vetat æstimationem quanti plurimi cum iureiurando in litem concurrere, *d. §. infans*, tamen magis pertinet ad eum casum quo in litem iurari ob res amotas non possit, hoc est quum non fuerint illæ agentis propriæ Quo casu de sola & vera earum æstimatione tractandum est quæ aliter probanda sit, quàm per actoris iusiurandum in litem: An quòd hoc casu actio rerum amotarum non sit æquè arbitraria? Imò semper & omni casu arbitraria est. Non enim ex eo æstimantur arbitrariæ actiones quod reo non parente arbitrio iudicis condemnatio tanti facienda sit, quanti actor in litem iurauerit, quod male sensisse videtur Accurs. ad *d. l. si cùm dos §. 1.* cùm ait hanc actionem sortiri naturam arbitrariæ, Quasi & in omnibus arbitrariis iuretur, & non in aliis quàm in arbitrariis, quod vtrumque falsum est: Sed ex eo quod si arbitrio iudicis non pareatur, ex bono & æquo condemnationem fieri oporteat *d. §. præterea. Inst. de action.* Non autem semper bonum & æquum est contumaciam eius qui arbitrio parere non vult, coërceri iureiurando in litem, sed iis tantùm casibus quibus alioqui futurum esset, vt actor rem suam iusto pretio vendere cogeretur: quod tunc euenit, cùm quis agit ad suam rem consequendam. Aliis casibus aliter atque aliter condemnatio fit, prout æquitas suggerere videtur. Interdum enim fit condemnatio ad id quod interest actoris, vt in hypothecaria, & in plerisque interdictis *leg. si inter 21. § vltim. D. de pignor. l. in interdicto 6. D. vnde vi l. 3. §. vltim. D. vti possid.* In quibus ideò non iuratur in litem, vt probauimus *lib. 16. Coniectur.* Interdum verò sufficit condemnationem fieri ad veram rei æstimationem siue inspecto præcisè certo tempore, siue quanti plurimi vnquam res fuit vt in actione rerum amotarum exemplo condictionis furtiuæ *d. l. penult. D. rer. amot.* Aut de pœnam aliquam, diuersam tamen à iureiurando in litem puta ad quadruplum, vt in actione Quod metus causa *l. item si cùm 14 § in hac actione & seq. D. quod met. caus.* Apparet igitur ex superioribus meliorem esse conditionem hæredum mulieris quæ res amouit, quàm sit ipsius mulieris. Non in eo solum, quòd arbitrio iudicis non iubentur res amotas in solidum reddere sed quatenus dumtaxat ex iis rebus ad ipsos peruenit, *d. l. vlt. C. rer. amot.* cùm tamen iubeatur mulier omnia reddere quæ amouit, licèt nihil ad ipsam peruenerit *d. l. sed etsi 19. in fin. D. eod.* Sed in eo quoque quod cùm aduersus mulierem quæ mariti res amouit, iuretur in litem si arbitrio iudicis parere eásque restituere nolit *d. l. si cùm dos 8. §. 1. & l. seq. eod.* tamen contra ipsius hæredes nunquam iuratur ex dolo defunctæ, vt neque contra hæredem tutoris ex dolo defuncti *l. pen. Cod. de in lit. iurand.* Nec si hæredes mulieris nolint reddere id quod ex rebus amotis ad eos peruenit, dum ne sint res ipsæ amotæ quæ adhuc extent, quia si fortè sint venditæ quod ex earum pretio redactum est, non dominij sed actionis tantùm personalis iure ad maritum pertinet, Ex qua causa, vt diximus, iurari in litem non solet, nisi cùm alia ratio nulla superest rei æstimandæ, vt *in l. in actionibus 5. versic. planè D. de in lit. iur.* Eodémque sensu accipiendum puto quod scriptum est *in d. l. pen. C. de in lit. iur.* etiam contra hæredes tutoris ex proprio eorum dolo iurari: Nempe si dolum admiserint non in eo quod reddere noluerint ea, quæ ex dolo defuncti ad ipsos peruenerunt, sed in eo quod recusent exhibere instrumenta pupillaria vel ipsa etiam pupilli bona quæ penes se teneant & quorum exhibendorum habeant facultatem, Non etiamsi dolo malo differant restitutionem eius quantitatis ex qua locupletiores facti sunt propter dolum defuncti. Id enim esset iurare in li-

tem pro pecunia, quod nunquam permittitur, quia nummorum certa semper est eadémque æstimatio *l. 3. D. eod* Supradictis verò non obstat vnus ille locus qui & nos ipsos & aduersarios nostros decepit vt eandem hac parte rationem constitueremus actionis rerum amotarum & condictionis furtiuæ, *in d. l. contra naturam 6 §. item hæres mulieris D. rer. amot.* vbi dicitur hæredem mulieris teneri ex causa rerum amotarum sicut ea causa condictionis furtiuæ. Ea quo sicut aduersarij nostri inferunt, Non esse igitur dandam in hæredem condictionem furtiuam in solidum sed de eo tantùm quod ad ipsum peruenit, quia & in actione rerum amotarum idem obseruatur, *ex d. l. vlt. C. eod.* Ita nos contrario errore inferebamus, Condemnari debere mulieris hæredem ex causa rerum amotarum non de eo quod ad ipsum peruenit sed in solidum, quoniam in condictione furtiua ita sine constitutum, siue receptum sit *d. l. in condictione 9. D de condict. furt.* Respondendum enim est, hoc tantùm sibi velle Paulum *in d. § item hæres*, non quod vulgò creditur, Ad eundem modum teneri hæredem in vtraque actione quod falsissimum est, sed actionem rerum amotarum licèt singulari iure introducta sit non minùs in locum condictionis furti quàm in locum condictionis furtiuæ, Non tamen extingui morte mulieris quomodo actio furti extingueretur, sed etiam post mortem durare exemplo furtiuæ condictionis quæ contra hæredem quoque competit, etiam furtiua re perempta *l. si pro fure 7. §. 1. d. l. in condictione 9. & pass. ill. tit.* Dices fortasse, Nullam tamen fore differentiam inter actionem rerum amotarum & actionem furti, si dicamus, non dari actionem rerum amotarum aduersus hæredem nisi de eo quod ad ipsum peruenit, Cùm pœnales quoque actiones etiam contra hæredes hactenus transeant vt lucra turpia eis extorqueantur *§. 1. Inst. de perpet. & tempor. action. l. in hæredem 5. D. de calumniat. l. vnic. C. ex delict. defunct.* At respondeo licèt in plerisque actionibus pœnalibus id verum sit, non tamen esse in omnibus, Inter cæteras autem excipi actiones furti Vi bonorum raptorum quæ contra hæredes nunquam dantur, ne quidem de eo quod ad ipsos peruenit, Non quòd furis aut raptoris hæredem æquum sit impunè ditari ex furti defuncti sed quia sufficit ad indemnitatem eius cui furtum factum est, aut eius bona vi rapta sunt vt contra furis vel raptoris hæredem locum habeat non modò vindicationem si res extent, sed etiam actionem ad exhibendum & condictionem *l. 1. D. de priuat. delict. l. 1. paragrapho pen ult. & vltim. D. vi bonor. rapt. l. furti 15. C. de furt.* Quid enim furti actione indiget is qui furtum passus est, vt improbum lucrum furis hæredi extorqueat, & id omne quod ad hæredem peruenit, cùm per alias actiones possit solidum consequi, præsertim verò per condictionem furtiuam suprà etiam quam ad furis hæredem peruenerit? Ea quo intelligimus verba illa quæ apud Vlpianum leguntur *in l. furti 6. paragrapho qui aliene De his qui not. infam. vel hæres* euidenter esse ineptita, Cùm hæres furis nunquam possit furti actione conueniri, Nisi in casu singulari *l. seruus 14. cod. ill. tit.* id est in furti actione non pœnali, sed noxali.

,

ERROR III.

De sententia & ratione l. in condictione 9 D. de condict. furt. l. vnic. Cod. ex delict. defunct. & leg. 7. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.

HVius legis non tam sententia & interpretatio quam ratio visa est obscura, iis qui defendunt non minùs contra Vlpianum quàm contra nos, Condictionem furtiuam non in solidum aduersus hæredem, sed in id tantùm quod ad ipsum peruenit, dari oportere. Nam cùm negare non possint quod tam apertis verbis Vlpianus expressit, In condictione ea causa furtiua non pro parte quæ peruenit, sed in solidum nos teneri dum soli hæredes sumus, Rationem tamen nullam reperiunt propter quam ita sentire ac scribere Vlpianus debuerit, nec dubitant affirmare, si ea lex non esset, non fore ex prudentibus aut iuris interpretibus omnibus, qui non aliter responderet, Putant enim actionibus omnibus ex delicto descendentibus commune illud esse in hæredem dari non debeant nisi in quantum ad eum peruenit nec minùs si eadem meramque rei persecutionem contineant vt condictio furtiua, quàm si vel in totum vel ex parte sint pœnales. Quam sententiam ex proposito contra nos defendit And. Faehineus *lib. 9. Controuers. iur. c. 5.* motus præcipuè ex *l. vnic. C. ex delict. defunct.* quæ tamen de pœnalibus solùm actionibus loquitur, vt probant exempla illa *qui vim fecit, vel concussionem intulit.* Ex quibus explicandum est quod sequitur *vel aliquid deliquit*, vt scilicet ad similia referatur, nec de actionibus omnibus quæ ex delicto nascuntur, sed de iis solis in quibus de ipso delicto agitur, ac proinde quæ ad pœnam & vindictam pertinent, intelligatur. Aliud enim est agi tantum de delicto, aliud verò agi de rei persecutione ob delictum aliquod, licèt ea actio instituatur quæ ex delicto pendeat: Aliud quoque agi de delicto, aliud autem agi ex delicto, aut quod idem est occasione delicti. Nam verum dicamus actionem ex delicto nasci, no verò delicti occasione nihil certè interest. Omnes actiones quæ de delicto instituuntur, sunt pœnales, cùm non alia fine instituantur, quàm vt delictum puniatur. At non omnes quæ ex delicto nascuntur sunt pœnales, cùm fieri possit vt meram rei persecutionem contineant, vel per se & sui natura vt condictio furtiua, Vel arbitrio iudicis vt actio rerum amotarum *l. si cùm dos 8. §. 1. & l. seq. iunct. l. si mulier 21. §. hac actio D. rer. amot.* & actio in factum quæ competit ex edicto De alienatione iudicij mutandi causa facta *leg. 5. §. vlt. cum duab. legib. seqq. D ill. tit. De alien. iudic. mut. caus fact.* Quare non est quod Faehineus nobis obiiciat leges illas, quæ de actione rerum amotarum, & de illa in factum actione loquuntur, quas iam diximus propriam ac separatam habere naturam, omnino differentem à condictione furtiua. Nam cùm sint arbitrariæ, non continent rei persecutionem nisi arbitrio iudicis, id est nisi hactenus, vt ante sententiam iudex datus arbitretur rem reddi & restitui oportere, Non autem vt per sententiam condemnetur reus vi & potestate actionis ad rei restitutionem, quomodo in condictione furtiua condemnatur. Nunquam enim arbitrium, & condemnatio in actionibus arbitrariis de eadem re fiunt, sed quod iudex fieri per suum arbitrium iussit, si non fiat, tunc ad aliam condemnationem ex bono & æquo faciendam decurritur *§. præterea Inst. de action.* Porrò cùm actiones istæ arbitrariæ nascuntur

nascuntur ex delicto, vt eæ, de quibus non agimus necesse est, vt monuimus 10 præcedentibus, aliter concipi arbitrium boni viri in personam eius qui deliquit aliter verò in personam hæredum ipsius. In personam quidem eius qui deliquit, vt iubeatur solidum reddere, licèt solidi reddendi non habeat facultatem, fortè quod res ad eum vel nulla ex parte, vel nō in solidum peruenerit *leg. sed etsi* 19. *in fin. D. rer amot.* Nempe quod fieri nequeat vt non eius dolo factum sit ne res ad eum perueniret cùm ipse deliquerit. In personam verò hæredum ipsius, ita vt non iubeantur reddere nisi in quantum ex defuncti dolo ex delicto ad eos peruenit. Ne alioqui constituantur successores delictorum defuncti: quæ res faceret vt iisdem etiam pœnis illos subiici oporteret, Quod non modò absurdum & iniquum esset, verùm etiam inhumanum. Nec simile est quod iactari solet hæredem quemlibet sicut in omne ius quod defunctus habuit, ita & in ipsius vitia succedere, adeò vt nec sua ignoratione excludat illa, vt loquitur Papinianus *in leg. cum hæres* 11. *D. de diuers. tempor. præscr.* Intelligi namque id debet de possessionis vitiis quæ possessionem ipsam perpetuò concomitantur, *l. vitia possessionum* 11. *de acquir. poss.* & quæ licèt iure communi non transferatur in hæredem ex eo sa hæc ditatia pt usquàm corporaliter apprehensa sit, *cum hæredes* 23. *in princip. D. de acquir poss. leg.* 1. *§. Scæuola D. si is qui testam. lib. ess. iuss.* apprehensa tamen transit in hæredem cum suis omnibus vitiis, tanquam in vniuersalem successorem. Sed delictorū alia ratio est, quippe quæ non cohærent possessioni, quamuis interdum ipsam quoque rem & possessionem vitio reali afficiant, vt euenit in rebus furtiuis & amotis *leg. penult. D. rer. amot.* sed insunt personæ à qua separari nullomodo possunt, *leg. si pœna* 20. *D de pœn. leg. sancimus* 22 *Cod. eod.* Proinde quoties conuenitur hæres actione aliqua arbitraria quæ ex defuncti delicto proficiscatur, licèt illa rei persecutionem arbitrio iudicis contineat, nunquam tamen fieri potest vt in solidum teneatur si non solida res ad eum peruenerit: Quia quod suprà quàm ad eum peruenisset, reddere iuberetur, non res esset, sed pœna, non quidem ex parte actoris, sed ex parte hæredis atque ita fieret hæres successor delicti & pœnæ, quorum neutrum admitti potest. Rursum quemadmodum quoduis arbitrium contra hæredem latiùs patere non potest, quàm vt iubeatur id solùm reddere quod ad eum peruenit, ita si contingat vt arbitrio parere nolit, idcòque ex bono, & æquo condemnandus sit, non idcirco in tantum augeri condemnationem oportebit, vt in solidum condemnetur sed in solùm condemnandus erit, quod actor sua interesse docebit arbitrio iudicis paritum fuisse. Quæ condemnatio interdum egredietur iustam eius quod peruenit æstimationem si fortè appareat pluris interesse actoris etiam citra iusiurandum in litem, vt *in l. in interdicto* 6. *D. vnde vi l. si inter* 21. *D. de pigner. l. arbitrio* 18. mnctis iis quæ ad locum illum scripsi in Rationalibus *D. de dolo.* Semper verò egredietur, quoties talis erit casus in quo etiam contra hæredem ipsum iurari in litem possit, hoc est cum de vindicanda proprin ipsius hæredis dolo agetur, & de reddenda ea re quæ sit propria agentis: quæ duo suprà diximus concurrere necessariò debere, vt iusiurandum in litem deferatur ad puniendam rei conuenti contumaciam, nisi cùm ex necessitate defertur. Cur ergo dicimus, inquiet, actiones huiusmodi arbitrarias non dari in hæredem nisi in quantum ad eum peruenit, cùm vix sit vt non omni casu in quid aliud, adeòque in plus fiat condemnatio? Respondeo ita factum esse, quoniam actiones arbitrariæ sicut denominationem, ita & potestatem naturámque suam ex iudicis arbitrio sumunt, non ex condemnatione, siue quod aliis actionibus omnibus perinde commune illud sit vt ex iis aliqua sequatur condemnatio, & quidem ex bono & æquo in de bonæ fidei iudiciis non de strictis intelligas. § *in bonæ fidei. Instit. de action.* Siue potiùs, quòd actio arbitraria nulla sine arbitrio esse potest, quippe quod præcedere semper necesse est vt condemnatio sequi possit, At sine condemnatione esse potest, quam scilicet nil necesse est sequi, ne quidem cùm arbitrium præcessit. Nimirum si arbitrio pareatur: cui arbitrio in cæteris actionibus non arbitrariis nunquam locus esse potest. Vnde fit vt arbitrium iudicis semper mitius sit, condemnatione, & actiones arbitrariæ minus onerosæ reo, qui arbitrio parere sit paratus. Condemnatio autem in ipsis maximè arbitrariis tantò grauior, quantò magis imputari ei potest, qui maluit condemnari esse quàm parere arbitrio, cum posset ille parendo effugere condemnationem *l. item* 14. *§ in hac actione vers. nec iniquum & seq. D quod met caus.* Atque ex his petenda interpretatio est eius rationis, quam affert Caius cùm loquitur de supradicta in factum actione quæ competit ex edicto De alienatione iudicij mutandi causa facta *in l. quia pertinet* 7. *D ill tit.* Curatio illa neque in hæredem competat scil cet in solidum, & supra quàm ad eum peruenerit, neque post annum *quia pertinet quadam ad rei persecutionem* inquit, *videtur autem ex delicto dari.* Sensus enim non ille est quem & Fachineus post Cuiacium & alij vulgo putant, vt cùm quæritur an actio aliqua quæ & ex delicto proficiscitur, & rei persecutionem continet, danda sit in solidum aduersus hæredem, magis inspiciendum sit quod ex delicto detur, quàm quòd rei persecutionem contineat (id enim falsum esse apparet ex eo iure quod in condictione furtiua obtinet, quæ licèt nascatur ex delicto, quia tamen per se & sui natura mixtam rei persecutionem continet datur in solidum etiam contra hæredem *d l. si pro fure* 7 *§.* 1 *d l. in condictione* 9. *D. de condict. furt.*) Sed hoc sibi vult Caius, Eam actionem de qua tractat *in d. l.* 7. esse quidem non pœnalem sed rei persecutoriam, videlicet arbitrio iudicis vt ex Vlpiano scriptum est *in § vltim. l.* 5. *eod. tit.* at non eo magis dari posse contra hæredem suprà quàm ad eum peruenerit, & in solidum, quia ex delicto datur, non ex contractu Nam si ex contractu daretur quantumuis esset pœnalis, daretur tamen in solidum contra hæredem *l. si hominem* 7 *§.* 1. *D. depos.* At quæ nascuntur ex delicto, licèt non sint pœnales sed rei persecutionem contineant, vel ob hoc ipsum dari non debent in solidum contra hæredem, quod eo modo fierent pœnales, quatenus darentur suprà quàm peruenisset, cùm id omne quod excedit pœna vt diximus non rei persecutio sit, Nimirum quoties actio talis est quæ non sui natura sed arbitrio tantùm iudicis rei persecutionem contineat, Quonam enim vel iuris vel æquitatis colore possit iudex arbitrari, vt plus reddere debeat hæres quàm ex defuncti dolo ad eum peruenerit, si non id faciat in pœnam sceleris à defuncto perpetrati? *l. mulier* 12. *§. sed enim D. ad SC. Trebell.* Cùm autem actio nec pœnalis est vlla ex parte, nec arbitrio iudicis, sed sui natura & per se rei persecutionem continet, cuiusmodi est condictio furtiua, quæ sicut non arbitraria ita neque bonæ fidei sed stricta & stricti iuris est, arbitrium iudicis præcedere nullum potest, nec proinde ex æquitate vlla decernendum est quid & quantum aut reus primus, aut ipsius hæres præstare debeat, sed ex natura actionis, quæ cùm directò rei persecutionem contineat, vt rectà quoque & nullo intercedente circuitu extorqueat condemnationem, non ad aliud dari potest quàm ad hoc vt in solidum.

condemnetur is qui conuenitur, nec minus hæres quam defunctus, si modo nulla ex parte actio sit pœnalis, licet pendeat ex delicto. Non enim quod exigitur supra quam ad reum peruenerit, ideò pœna vi.... potest, cum actionis vi & potestate id fiat, siue contra furem, siue contra furis hæredem agatur: Neque ex persona quæ omnis odiosa sit hæredis, conditionem actionis immutari oportet *l. 1. §. ex his D. de verbor. obligat. d. 2. §. 1. D. de prætor. stipulat.* Quæ nec certe immutatur in actione rerum amotarum & aliisque eiusmodi actionibus arbitrariis, in quibus puniuntur mitius hæres quam defunctus. Id enim fit non quòd mutetur qualitas & natura actionis ob personam hæredis, cum perpetuò maneat actio arbitraria, Sed ob arbitrij æquitatem quæ alia est cum aduersus eum qui deliquit, alia verò cùm aduersus eum qui deliquit, alia verò cum aduersus hæredem eius actio exercetur. Æquum si quidem est eum qui deliquit reddere id omne quod amouerit, etiamsi nunc non habeat neque dolo desierit habere, quia nec amouere ab initio debuit *leg. vltim. in fin. D. de cond. furt.* quod in persona hæredis æquum non est qui nihil deliquit, satisque est vt iubeatur reddere quod ad ipsum peruenit, ne ex defuncti scelere locupletetur. Itaque hoc casu vt & aliis plerisque arbitrium iudicis quod alioqui condemnationem afferre deberet affert absolutionem, vt in *d. l. item si cùm §. aliquando D. quod met. caus.* Bona igitur & optima est ratiocinatio illa Vlpiani *in d. l. si pro fure 7. §. 1. eod. tit.* vt condictio furtiua non tantùm furem sed etiam furis hæredem obliget, id est in solidum, quia rei habet persecutionem licet nascatur ex delicto. Nec quod æquum videatur hæc quoque in re mitiùs puniri hæredem iuris, quam furem ipsum ad rem facit, cùm in actione stricta nec nisi meram rei persecutionem continente ex vtraque parte, nullus æquitati locus relinquatur, sed præcise actionis natura intuenda & tuenda sit contra quemcunque, id est etiam contra hæredem: cui licet delictum nullum imputari possit, imputari tamen debet cur furis hæreditatem adierit, ideóque non debet recusare quominus eam ipsam actionem excipiat quam defunctus excipere cogebatur: Vnde est quod aduersus alium rei furtiuæ possessorem, quàm qui furis hæres sit, condictio furtiua nunquam datur, contra ipsum verò hæredem datur etiamsi non possideat *l. 5. eod. tit. §. vltim. Inst. de obligat. quæ ex malefic. nascun.* Vt intelligamus huiusmodi actione contineri hæredem non tanquam possessorem sed tanquam hæredem. Quòd si tanquam hæres & conuenitur & condemnatur, quid refert obsecro an solida res furtiua ad eum peruenerit, necne, dummodò in solidum sit hæres?

ERROR IV.

Quantum intersit an conueniatur hæres ex hæreditaria actione arbitraria, an ex stricta: & an primus hæres sit, an secundus.

Dices, Idem quoque in hærede mulieris quæ res amouit tractari posse cùm tanquam hæres & conueniatur, & condemnetur. Hoc verò est quod nego. Nam in actione rerum amotarum, vt & in alia qualibet arbitraria conuenitur quidem hæres & tenetur ea ipsa actione qua defunctus tenebatur, Nec alio quam hæredis iure, quippe qui non teneretur si hæres non esset, Attamen non condemnatur tanquam hæres, nec quia hæres est si primam & immediatam condemnationis causam inspicias, sed ob propriam suam contumaciam quia noluit arbitrio iudicis obtemperare. Vnde fit vt in actionibus arbitrariis quæ in rem scriptæ sunt, qualis est De eo quod met. caus. possessor quilibet recusans eam reddere quæ per vim aut metum ablata fuit perinde in quadruplum condemnetur, ac si vim & metum ipse intulisset, quamuis reuera delictum non participauerit, nec hæres sit eius, qui vim vel metum intulit quia propria eius contumacia non alienus dolus punitur *d. l. item si cum 14. §. in hac actione vers. nec cuiquam iniquum, & §. seq. D. quod met. caus.* Ex quo apparet hæredem in actione ista non tam quasi hæredem quàm quasi extraneum possessorem quemlibet condemnari, & ob id neque condemnari vllo modo debere si nihil ad eum peruenerit, neque supra quam peruenit, si non solidum peruenerit, quia priore casu arbitrium nullum præcedere potest quo iubeatur reddere id quod non habet, licèt hæres sit delinquentis. Posteriore verò casu non aliud arbitrium esse debet, quàm vt iubeatur reddere id quod ad ipsum peruenit, nec quicquam amplius. Proinde nimirum non est in hoc actionum genere quas arbitrarias appellamus, & quæ ex delicto proficiscuntur, aliter fieri condemnationem contra eum ipsum qui deliquit, aliter verò contra eius hæredem qui non tam quasi hæres quàm quasi alius quilibet ob propriam contumaciam condemnatur, quia arbitrium quod præcedit condemnationem, quódque solùm causam præbet condemnationi aliter concipiendum est in personam delinquentis, aliter verò in personam hæredis qui nil deliquit, Nam & cùm arbitrium redditur in hæredem non tanquam in hæredem redditur, sed tanquam in extraneum quemlibet, in quem reddi tale deberet, etiamsi hæres is non esset. Argumentum rei est, quòd si non haberet restituendæ rei facultatem nullum contra eum de re restituenda arbitrium reddi posset, quantumuis hæres esset, vt verò dici possit quod tamen nescio an adhuc quisquam dixerit, Arbitrarias actiones nunquam iure hæreditario transire in hæredem, eóque differre à cæteris quæ siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris aduersus hæredem competunt eo ipso modo quo contra defunctum ipsum competebant, nec aliud quicquam afferre potest absolutionem quàm si hæres qui obligationem hæreditariam suscepit ei satisfaciat. Quo sensu iudicia omnia dicuntur absolutoria *§. vlt. Inst. de perpet. & temp. act.* Id quod tamen obseruandum est quod de hærede dicimus de primo tantùm non etiam de secundo, vel de vlteriore hærede intelligi oportere. Nam in primo hærede exigimus vt aliquid ad eum peruenerit ex ea re cuius nomine defunctus poterat arbitraria actione conueniri, ad hoc vt possit ipse quoque non tam eadem & hæreditaria, quàm simili & propria actione teneri. Aliquid enim esse oportet, quod arbitrio iudicis possit iuberi reddere. At in secundo hærede aut alio vlteriore, non similiter exigimus vt aliquid ad eum peruenerit, sed sufficit quòd hæreditariam obligationem susceperit, si modò aliquid ad primum hæredem ex scelere defuncti peruenisse approbetur *leg. vide. v. qui 16. D. quod met. caus.* Itaque tanquam hæres condemnatur, non tanquam quilibet. Sed & primi hæredis causa in eo deterior est, quam conditio extranei cuiuslibet quod sufficit aliquid ex scelere defuncti etiam ad primum hæredem vel momento vno peruenisse, ad hoc vt arbitrio iudicis possit iuberi reddere id quoque quod nunc non habeat, quia sufficit semel peruenisse ad proximum hæredem, & perpetuam actionem esse cœpit, licet hæres primus id quod ad eum peruenerat consumpserit, Alioqui

qui dicendum erit nec ipsum qui consumpsit quod ad eum peruenit teneri, quod absurdum esset, vt ratiocinatur Paulus *in dict. leg. videamus in fin.* Cùm enim prætor in hæredem dat actionem quatenus ad eum peruenit, sufficit si vel momento vno ad eum peruenerit ex dolo defuncti, quemadmodum idem Paulus ait *in l. cùm Prætor* 127. *De reg. iur.* At extraneus quilibet, id est qui non est hæres delinquentis, numquam ob id solùm conueniri arbitraria actione potest quòd aliquando rem de qua reddenda tractatur, possederit, eiúsque restituendæ habuerit antea facultatem si modò non habeat tempore litis contestatæ nec dolo malo fecerit quominùs haberet, *d. l. item si cùm* 14. *§. aliquando, D. quod met. caus.* Rursum in hæredibus delinquentis illud etiam obseruatione dignum est, quod quamuis possit vnus ex iis solus iuberi reddere solidam rem pro qua poterat defunctus in solidum conueniri, si modò solida res illa ad vnum ex pluribus hæredibus peruenerit, quia scilicet totius rei restituendæ facultatem habet, perinde ac alius possessor quilibet, nec tam quasi hæres, vt diximus, quàm quasi possessor conuenitur, Si tamen ponamus litem cum defuncto fuisse contestatam, non erit conueniendus in solidum, sed tantùm pro qua parte hæres est, tametsi rem totam & in solidum solus possideat, *l. 2. in fin. D. de prætor. stipulat.* Nempe quia litis contestatio fecit vt ab eo tempore defunctus non tam ex delicto quàm ex contractu teneri cœperit, *leg. 3. §. idem scribit. D. de pecul. leg. tam ex contractibus* 57. *D. de iudic.* Quæ autem ex contractu nascuntur actiones, eas certum est, si nihil aliud impediat transire in hæredes pro hæreditariis portionibus *leg. 1. 2. & pass. Cod. de hæred. action.* non inspecto eo quis quantum possideat, quod tamen inspiciendum necessariò est, cùm possessor qui actione in rem conueniri poterat, decessit pluribus hæredibus relictis ante iudicium acceptum *l. si possessor.* 55. vbi hanc in rem pondesanda sunt verba illa *ante iudicium acceptum. D. de rei vindic.* Ex eodémque fonte nascitur vt post litem contestatam actiones etiam pœnales & ex delicto descendentes transeant in hæredem etiamsi nihil ad eum peruenerit, & vt transeant in plures hæredes pro hæreditariis portionibus, quamuis ad vnum ex iis vel totum, vel plus quàm ad cæteros peruenerit. Quia nimirum ex die litis contestatæ cœpit defunctus ex contractu stricto, id est quasi ex stipulatione *dict. §. idem scribit l. delegare* 11. *§. 1. D. de nouat.* ac proinde propria strictique iuris actione non arbitraria. Quæ cùm ita sint quis iam miretur condictionem furtiuam, sui natura rei persecutoriam, licèt ex delicto pendeat, cùm tamen stricta sit vt cæteræ condictiones omnes, nec vllius arbitrij æquitatem admittat, dari in solidum contra hæredem furis non secus ac contra furem ipsum? Nam si dicas non maiore odio dignum esse furis hæredem, quàm hæredem mulieris, quæ res amouit, cùm illa quoque furtum fecerit, nec magis deliquerit qui furis quàm qui mulieris amotricis hæreditatem adierit. Fatebor equidem ita esse, sed negabo fieri ex odio hæredum furis vt in solidum & supra quàm ad eos peruenerit teneantur, cùm mera iuris ratio id ius euincat, quando ex actione stricta & hæreditaria conueniuntur, Non autem cùm actione arbitraria quomodo hæres mulieris quæ res amouit: tunc enim non ad quid defuncta mulier teneretur, inspiciendum est, sed quid hæredem ipsius ex æquitate præstare oportere iudex arbitrari tanquam vir bonus debeat, In quo nunquam certè continebitur vt plus reddere hæres iubendus sit, tametsi ex asse hæres proponatur, quàm ex mulieris delicto ad eum peruenerit. In eóque rursus grauiter meo iudicio errant illi qui cùm negare non possint quod tam apertè scriptum est *in dict. leg. in condictione* 9. *D. de condict. furt.* condictionem ex causa furtiua non de eo quod peruenit, sed in solidum aduersus hæredem dari, Ne tamen iuris regulam violent, quam ipsi pro arbitrio suo sibi fingunt: Respondent esse hoc speciale in condictione furtiua odio furis, vt & alia quæ hæc actio habet specialia, teste Iustiniano *in §. sic itaque. Instit. de action.* Non enim, ait Iustinianus, aliud quicquam specialiter constitutum esse vel receptum in condictione furtiua odio furis nisi vt detur domino, & concursat cum vindicatione. Repugnarent namque iuris regulæ, quæ non patiuntur dominum intendere dare sibi oportere, cùm is qui iam dominus est, magis dominus fieri non possit, Nisi odium furis ius hoc euicisset, ad hoc vt non modò pluribus, sed etiam contrariis actionibus teneretur. Cæterùm ex aliis omnibus quæ ad naturam huius condictionis pertinent, nihil omnino est quod odio furis tribuere possimus, Si quid enim tale esset, vel illud maximè esse deberet quod in condictione furtiua præstatus æstimatio quanti plurimi vnquam res fuit. Iure valde singulari cùm extra actionem legis Aquiliæ nullo penitus casu æstimatio quanti plurimi debeatur, sed tamen non furis odio hoc fit, sed ex mera iuris ratione illa, quòd fur perpetuò & singulis momentis non tantùm moram facere, sed etiam furtum per continuam rei furtiuæ contrectationem committere intelligatur *l. in re furtiua* 8. *§. 1. D. de condict. furt. l. inficiando* 67. *§. infans D. de furt.* Hoc verò ipsum quoque nec odio furis, sed quia neque rem illam furari primùm, & auferre, & contrectare inuito domino debuit *l. vltim. D. de condict. furt.* Item quòd condictio furtiua datur soli domino, non fit odio furis, quod facere potiùs deberet, vt etiam non domino dari ea actio contra furem deberet, sed quia solus dominus dignus visus est cuius gratia illud reciperetur, vt furis odio condictio furtiua contra furem daretur, Sufficiente aliis actione furti ad pœnam, & vindicatione ad rem consequendam. Quod verò non datur contra tertium possessorem, non fit odio furis, sed ex illa iuris regula quæ domino denegat condictionem, per quam intendat dari sibi rem oportere, Quam regulam violari non oportet in necem eius qui nullo sit odio dignus. Similiter igitur dicamus, quod condictio furtiua datur in solidum contra furis hæredem, perinde ac contra furem ipsum, non fieri odio furis, cùm non in eo damnum furis aliquod sit, sed hæredis qui porrò nullo dignus est odio cùm non deliquerit, alioquin etiam furti actione teneri deberet, si faciliùs succederet in odium, quam in delictum defuncti. Sed ex mera iuris ratione, quia hæreditaria actio est, cuius onus in se suscepit hæres furis hoc ipso, quo hæreditatem illius adiit qui eiusmodi actione tenebatur. Non enim quod descendat actio illa ex delicto facere potest, vt eo minùs transeat in hæredem, cùm neque famosa sit, neque pœnalis, sed meram rei persecutionem & quidem sui natura, non ex æquitate & arbitrio iudicis contineat. Aliud enim est dari actionem contra hæredem ex dolo defuncti, quod fieri potest tum quoque cùm actio meram rei persecutionem continet, eámque ob causam contra hæredem etiam in solidum datur, Aliud verò conueniri hæredem propter dolum defuncti proximè & immediatè, Quo casu nunquam conuenitur nisi de eo quod peruenit *l. de libertatibus* 12. *§. 1. D. si quis omiss. caus. testam.* de cuius quoque sententia & ratione in sequentibus dicendum aliquid erit.

ERROR V.

De Cuiacij interpretatione ad d. l. in condictione 9. D. de condict. furt. & ad l. 7. §. 1. Depos. l. 2. §. vlt. De prætor. stipul.

VAldè se torquent vt ad Vlpianum respondeant, qui contra nos defendunt condictionem furtiuam non dari in solidum contra furis hæredem, sed solummodò in quantum locupletior factus sit hæres ex dolo & delicto defuncti. Nec mirum. Quid enim aliud possit iis contingere qui tam apertam veritatem, non tantùm Vlpiani authoritate, sed etiam iuris ratione subnixam vltro impugnant? In horum numero primus ac præcipuæ authoritatis Iacobus Cuiacius est qui ausus scribere ad Papinianum *in l. 5. D. rer. amot* certo certius esse, quod falso falsius est, hæredem furis non nisi ex sua persona & ex propria contrectatione teneri condictione furtiua vltra quàm ad eum peruenerit, Cùm initio professus esset ingenuè vt decebat, nihil se habere quod ad Vlpianum respondere posset, Attamen postea tandem quasi seipso doctior factus tres responsiones attulit Primam illam, intelligendum esse Vlpianum si lis contestata sit cum defuncto *Ex l. 5. in fin. D. de prætor. stipul* ex qua intelligi etiam vult quod idem Vlpianus scribit *in l si hominem 7. §. 1. D. depos.* Ex dolo defuncti depositarij dari actionem depositi in solidum contra hæredem, Alteram, Si res sit iudicata contra defunctum ex causa condictionis furtiuæ, Tertiam si hæres ipse furtiuam rem furtiuam contrectauerit, vt ex propria sua persona teneatur condictione, atque ita in solidum, ac si primus ille fur esset, Quas interpretationes omnes etsi vno verbo refellere non esset difficile, quòd prorsus commentitiæ sint, cùm apud Vlpianum nulla penitus mentio fiat neque litis contestatæ, neque rei iudicatæ, nec denique contrectationis per hæredem factæ operæ tamen pretium est singulas propriis rationibus confutare. Ac primam quidem, quæ Vlpiani sententiam generalem restringit ad eum casum quo lis cum defuncto contestata sit, Quia si Vlpianum ita sensisse volumus, fateamur necesse est nullam eum differentiam hac parte inter condictionem furtiuam & actionem furti agnouisse: Cùm vel ipso fatente Cuiacio (quia verò negaret?) etiam pœnales & famosæ actiones transeant in hæredem post litem contestatam *l. omnes pœnales 26. l. constitutionibus 33. l. sciendum est 58. D. de oblig. & action. l. pœnalia 164. de regul. iur. & aliis sexcentis*, Et tamèn negari non potest quin primis illis Vlpiani verbis *in condictione ex causa furtiua* significetur tale ius in condictione furtiua obtinere, quale in actionibus famosis & pœnalibus certè non obtineret. Et verò quoniam obsecro colore idem iuris constituatur in ea actione quæ nullomodo sit famosa nec pœnalis, quod constituendum esset si vel pœnam vel infamiam irrogaret? Aut quomodo eiusdem Vlpiani ratiocinationem explicabimus cùm scribit ille *in l. si pro fure 7. §. 1. ult. tit.* Condictionem rei furtiuæ, quia rei habet persecutionem hæredem quoque furis obligare, si ad eundem modum teneatur hæres ex condictione furtiua, ad quem ex pœnali qualibet actione teneretur? Quod verò addit vir doctissimus, Similiter interpretandum esse quod idem Vlpianus scribit *in l. si hominem 7. §. 1. D. depos.* Hæredem depositarij teneri in solidum ex dolo defuncti, Vt scilicet ita verum illud sit, si lis cum depositario fuerit contestata, multò euidentiùs improbabile absurdúmque est, cùm eam suæ sententiæ rationem Vlpianus ibidem afferat, quòd quamquam aliàs ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte quæ ad nos peruenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit, Ideóque in solidum inquit, vnus hæres tenetur, plures verò pro ea parte pro qua hæres quisque est. Quid enim aliud facere potest contestatio, nisi vt exinde videatur in contractum transire & ex contractu descendere actio quæ antea tota erat ex delicto? *l. 3. idem scribit D. de pecul. l. tam ex contractibus 57. D. de iudic.* Nam & inde est quod etiam pœnales & famosæ actiones, vt modò dicebamus, lite contestata transeunt in hæredem, tanquam quæ à die litis contestatæ non tam ex delicto, quàm ex nouo contractu descendere videantur. Atqui ponimus iam fuisse defunctum ex contractu depositi obligatum Nihil ergo potest addere contestatio, vt eo magis depositarij hæres ex defuncti dolo in solidum teneatur. Tam enim fortis est obligatio & actio quæ ex vno contractu nascitur, ad hoc vt in hæredem transire possit in solidum, quàm quæ ex pluribus, præsertim variæ speciei contractibus vna tantùm eadémque numero actio nascatur. Imo si verum amamus, longè plus potest contractus depositi, aliúsve quilibet ad producendam actionem quæ sit transitoria in hæredem, quàm litis contestatio, quæ non tam contractus veri, quàm quasi contractus iure censenda est. Id enim est quod interpretes & pragmatici vulgo iactitant, in iudiciis quasi contrahi, quamuis Vlpianus *in d. §. idem scribit*, sic loquatur, vt dicat, Sicut in stipulatione contrahitur, ita & iudicio contrahi. Quis autem putet, quasi contractum plus posse hac parte quàm contractum verum? Igitur quod Vlpianus noster scripsit tam *in dict. l. in condictione 9. D. de condiction furt.* quàm *in dict. l. 7. §. 1. depositi*, omnino sic accipiendum est, etiamsi cum defuncto lis contestata non fuerit. Neque verò quicquam est *in l. 2. §. vltim. de prætor. stipulat.* quo moueri Cuiacius debuerit vt contrariam interpretationem sequeretur, Ibi enim tractat Paulus de stipulationibus prætoriis, quæ incertam quantitatem continent, qualis est stipulatio Iudicatum solui, Rem ratam haberi, & Damni infecti & his similes, In quibus, inquit, respondetur scindi eas in personas hæredum promissoris, Non quidem summo iure, quia interpretatio suaderet potiùs vt ex persona hæredum promissoris non posset descendens à defuncto stipulatio diuersam cuiusque condictionem facere *l. 2. § ex his. D. de verb. oblig.* cùm stipulatoris intersit in solidum, Sed ex æquitate prætoria ex qua omnes prætoriæ stipulationes æstimandæ sunt *l. in prætoriis 9. eod. tit. de prætor. stipulat.* quòd parum videatur interesse stipulatoris, dummodò quicquid sua interest, à promissoris hæredibus consequatur, quòd cùm in pecunia consistat, recipit commodam diuisionem, Sicut & cæteræ obligationes merè ciuiles quæ diuidi commodè possunt, diuiduntur inter hæredes debitoris pro hæreditariis portionibus *l. hæredes 25 §. an ea stipulatio D. famil. ercisc. l. 1. C. si cert. pet. l. 2. & pass. C. de hæred. act. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hæredib. debit.* At in contrarium, inquit Paulus summa ratione fit non tantùm, vt superiore casu, ex æquitate, vt vno ex hæredibus stipulatoris vincente, in partem eius solam committatur stipulatio. Id enim faciunt verba ipsa stipulationis *Quanti res est* quæ in stipulationibus prætoriis pro eo quod interest accipiuntur. Pluris autem non potest interesse vnius ex hæredibus stipulatoris quàm pro qua parte hæres est. Tum subiicit Paulus ex Iuliano, Sed si vnus ex hæredibus promissoris totam rem possidest, cuius nomine stipulatio interposita fuerat à defun-

cto

ctu in solidum eum damnandum esse. Scilicet non quasi hæredem promissoris, neque ex interposita stipulatione, sed tanquam possessorem. Ideò namque subiungitur illa quæstio, In quantum ea stipulatione tam ipse hæres qui totum possidet, quàm fideiussores eius, an omnino non teneantur. Sic enim lego addita negatione quæ prætermissa fuit per inscitiam librarij non repetentis ex præcedente dictione *omnino* duas posteriores literas, quæ repeti superaddita linea debuerant in hunc modum *omnino non*. Nam quod quidam putant legendum esse *an ex parte an omnino* additis tam multis non modò literis & syllabis, sed etiam dictionibus, præterquàm quod hoc ipso longè minùs probabile est, insulsum planè faciunt Paulum qui in duas partes scissa quæstione, ad neutram tamen earum responderit. Si enim sic erat concepta quæstio, an ea parte, an omnino teneatur promissoris hæres, idémque solus possessor, & eius fideiussores ea stipulatione interposita cum defuncto, Alterutrum sane respondendum erat. Vel ea parte vel omnino eos teneri. At contrà respondet Paulus omnino non teneri id est nullomodo, ac ne quidem ex parte, cùm ait videndum esse ne non committatur stipulatio. Fuerat igitur hoc ipsum positum in quæstione, An ex parte, an omnino non tenerentur. Et prior quidem pars quæstionis expressa iis verbis *quantum*, quæ & eleganter & concisè non illud tantum significant quod significarent illa *an ex parte*, sed hoc etiam *pro qua parte*, quæ alia persæpe quæstio est, vt in *l. 3. §. hæres D. commod. l. si plures 9. D. vnde vi*. Cur verò negat Paulus committi stipulationem, atque non solùm fideiussores stipulationis prætmiæ non teneantur, sed neque hæres ipse promissoris, tametsi in solidum ille sit condemnandus? Ratio est, quia condemnatur vt dixi tanquam possessor, periodéque condemnandus esset etiamsi nulla stipulatio interposita proponeretur. In quo tamen dubitatio illa occurrit, quòd stipulationes Ratam rem haberi & Damni infecti non modò prætoriæ sunt, sed ex earum prætoriarum numero, quæ cautionales appellantur, Quarum propria natura & conditio illa est, quod actionem priorem nouant, eiusque naturam induunt & vicem repræsentant, vt pluribus ostendimus *lib. 5. Coniect. c. 1. ex l. 1. §. cautionales D. de prætor. stipul.* Quænam enim actio alia quàm ex stipulatione potest superesse, ea qua sequatur condemnatio post factam nouationem? Sed respondendum est, Tum quoque cùm per stipulationem nouatio fit, nunquam tamen aliter fieri nouationem, quàm si stipulatio committatur *l. si Stichum 8. §. si quis ita l. quoties 14. D. de nou.* Et consequenter quamdiu commissa stipulatio non est, tandiu quoque nec factam nouationem intelligi, & pristinam actionem durare, vt ex ea perinde possit sequi condemnatio acsi nulla stipulatio interposita esset. Quamquam dici etiam potest supradicta Pauli verba ad stipulationem Iudicatum solui quæ cautionalis non est, nec iudicati actionem nouat *dict. l. si Stichum §. idem Celsus*, non ad alias stipulationes De rato & de damno infecto referenda esse. Cùm neque ea causa damni infecti possessor conueniri possit, si nulla stipulatio intercesserit neque soleat cauere de rato iis qui possidet, sed vel is qui agit, vel qui possessorem defendit, Quæ omnia diuersa sunt in stipulatione Iudicatum solui: quàm constat aduersus reum eundémque possessorem interponi solere, licèt etiam pro actione in personam locum habeat *l. si petitor 8. & l. cùm quærebatur 5. in fin. principij & pass. D. rat. rem hab.* Sequitur apud Paulum *sed si lite contestata possessor decesserit, vnum ex hæredibus non maiore ex parte damnandum licèt totum fundum possideat quàm ex qua hæres est*. Hic verò versiculus est quo abutitur vir doctissimus, vt probet id quod scriptum est *in dict. l. in cond. & in d. l. si hom. §. 1. depos.* hæredem furis vel depositarij teneri in solidum, sic accipi debere si lis eum defuncto contestata sit. Putum hercle subtiliter. Non enim Paulus loquitur contestationem cum defuncto factam esse vt promissoris hæres qui solus in solidum conueniatur: qui tamen casus est, quem nos in furis, & depositarij hærede tractamus, Sed ad hoc vt qui pro parte tantùm hæres est, non nisi pro ea parte conueniri ea stipulatione possit, quamuis solus totum fundum possideat, qui tamen si lis cum defuncto contestata non fuisset in solidum quasi possessor teneretur, non ex stipulatione sed directa rei vindicatione, quæ verò domino contra possessorem quemlibet rectà competit *l. poss. 55. D. de rei vindic.* vbi malè vulgò legitur *qui in solidum* pro eo quod legendum est *quæ in solidum*. Simili errore illi quem proximè obseruauimus *in d. l. 1. § vlt. De prætor. stipul.* cùm ex librarij Florentini more scriptum esset *qu IN* pro *quin in*. Itaque apud Paulum *in d. §. vlt.* litis contestatio cum defuncto facta, non quo magis sed quominùs hæres teneatur, efficiet, Cùm tamen velit Cuiacius è contrario facere illam, vt furis vel depositarij hæres ex dolo & delicto defuncti teneatur in solidum, qui alioquin ex ipsius sententia non teneretur nisi de eo quod ad ipsum peruenisset. Voluit enim Paulus postremo illo versiculo *d. §. vlt* subiicere exceptionem ad id quod paulò antè dixerat, si vnus ex hæredibus promissoris totam rem possideat, condemnandum eum esse in solidum, tametsi non sit hæres nisi pro parte. Vt scilicet ita demum id obtineat si defunctus idémque possessor eum quo in rem agebatur, decesserit ante litem contestatam pluribus relictis hæredibus, non etiamsi post iudicium acceptum. Ergo litis contestatio facit vt non tam noceat vni ex hæredibus promissoris, eiusdémque possessoris, quod totum fundum possideat, quàm prodesse ipsi debet quod non nisi pro parte hæres sit, vt non in solidum tanquam possessor sed pro parte hæreditaria tanquam vnus ex hæredibus teneatur. Nec tam quasi hæres promissoris quatenus promissor, quàm quasi hæres possessoris quatenus possessor fuit: Causâ nimirum possessionis quæ vindicationi instituendæ locum dederat contra possessorem, in causam obligationis & quasi contractus transfusa per contestationem, quæ semel cum defuncto facta, iterum cum hærede ipsius siue vnus sit, siue plures, facienda non est, ne actum agi, atque ita vel priore vel posteriore iudicio nihil actum esse videatur: Quæ vera rectáque decidendi ratio est ad Paulum *in dict. §. vlt.* Nihil igitur locus ille Pauli pro Cuiacio facit, Nec si, quod magis est, probare quis ea velit, Plures furis hæredes non teneri singulos nisi pro hæreditariis portionibus defuncto fure post litem contestatam. Nam & tùm quoque cùm vnus ex pluribus furis hæredibus solidam rem furtiuam possidet, non eo magis sit vt condictione furtiua tu solidum conueniri possit, quia licèt ea actio ipsorum corporum condictio sit, non æstimationis *l. in re furtiua 8. D. de condict. furt.* siquidem corpora ipsa furto subtracta sunt, nō eorum æstimatio, Attamen competit aduersus furem, nec minùs aduersus hæredes eius etiamsi non possideant *dict. l. si pro fure 7 §. 2. eod. & §. vlt. Inst. de obl. quæ ex malef. nasc.* In eóque commodius plerumque domino est agere contra furem, furisve hæredem condictione furtiua, quàm rei vindicatione, quæ nunquam datur nisi contra possidentem *l. is qui destinauit 14. l. qui petitorio 38. D de rei vindic.* Proinde frustra est quærere an vnus ex furis hæredibus totam rem furtiuam possideat necne, ad hoc vt sciatur an in solidū an pro parte conueniri possit. Nullo enim casu fieri potest, vt qui pro parte tantùm hæres furis est conueniatur in

solidum, nec magis cùm totam rem furtiuam possidet, quàm si nihil penitus ex ea possideret, Rursumque non magis defuncto ante litem contestatam fure, quàm si post contestationem decessisset. Tantùm abest vt necesse sit litem cum defuncto contestatam fuisse, vt qui solus furis hæres est condictione furtiua in solidum teneatur: Aut vt verum sit, quod volt Cuiacius non dari condictionem furtiuam in hæredem furis nisi de eo quod ad ipsum peruenit. Nam si ita esset, consequens fieret, vt qui ex triente tantùm hæres esset, si ad eum dimidia pars rei furtiuæ peruenisset, non pro tertia, sed pro dimidia parte conueniri deberet. vt *in d.l. si plures 9. D. vnde vi l.vlt.C. rer. amot.* Cùm tamen pro parte hæres non nisi pro parte hæreditaria omnimodo teneatur, id est siue totum, siue supra partem hæreditariam, siue nihil ad eum peruenerit. Sic enim accipiendum est quod scribit Vlp. in postremis verbis *d.l. in condictione.* Porrò quæ ratio iuris facit vt pro parte hæres furis, nec nisi pro parte illa hæreditaria, nec in quid minus vnquam teneatur, Eadem quoque efficit, vt qui furis hæres est in solidum, etiam in solidum furtiua condictione omni casu obligetur siue rem furtiuam totam possideat, siue ex ea nihil, & siue ante, siue post litem contestatam fur decesserit. Dissimilis hæredum depositarij ratio est. Etsi enim actio depositi tanquam descendens ex contractu, contra hæredem depositarij etiam ex dolo defuncti competit in solidum, Contra plures verò & singulos hæredes pro hæreditariis portionibus *d.l. si hominem 7.§.1. D. deposit.* Si tamen vnus ex pluribus illis hæredibus totam rem depositam possideat, nec restituat, certum est condemnari eum in solidum debere. Non tam summo iure, & ex causa obligationis hæreditariæ quæ per legem duodecim tabularum inter omnes cohæredes, vt suprà diximus, pro hæreditariis portionibus diuiditur, quàm ex æquitate iudicij quod bonæ fidei est. Exemplo eius quod de actione commodati Vlpianus scribit *in d.l. 3.§. heres eius D. commod.* Hæredem quidem eius qui commodatum accepit pro ea duntaxat parte ex qua hæres est conueniri, Sed si fortè habeat totius rei restituendæ facultatem nec restituat, tunc eum condemnari in solidum oportere, *Quasi* inquit, *hoc boni iudicis arbitrio conueniat* Iisdem namque iuris regulis hac in re depositi & commodati actiones continentur *l.1 §.vlt.l.qui rem suam 15.D.depos.* quoniam vtrumque iudicium bonæ fidei est, & ad rei restitutionem habendam pertinet. Eadem igitur exceptio ad supradictam conclusionem adhibenda est, quæ adhibetur à Paulo *in d.l.2.§.vltim. De prætor. stipulat.* Nisi lis cum defuncto fuerit contestata, Vt eo casu si ex pluribus depositarij hæredibus vnus rem depositam solus possideat, non eo magis in solidum conueniri possit, sed pro ea tantùm parte pro qua hæres est, Quasi ex noua obligatione teneatur, nec tam ex contractu qui bonæ fidei fuit, quàm ex litis contestatione, quæ stipulationi propiùs accedit, ideóque stricti contractus vicem obtinet *d. l. 3. idem scribit De pecul. l. delegare 11.§.1 D. de nouat.* Nec aliud in pluribus commodatarij hæredibus obtinere credendum est, vt eodem modo & sub eadem exceptione intelligatur, quod scriptum est *in d.l. 3 §. heres D. commod.*

* * *

ERROR VI.

De sententia & ratione l. in depositi 9. l. si duo 22. & l. 1. §. si apud duos D. depos. l. cùm ex causa 139. De verb. oblig.

HÆc ita si depositarij vel commodatarij hæredes ex defuncti facto dolóque conueniantur, non etiamsi ex proprio. Nam cùm ex rei depositæ vel commodatæ interuersione dolo malo facta furtum committatur *§. furtum autem fit, Instit. de oblig. quæ ex malefic. nascunt.* & idcirco furtiua etiam condictione obligetur quisquis rei depositæ restitutionem facere dolo malo recusat *l. si quis inficiatus 13.§.1. D. deposit.* Consequens est vt tum quoque cùm depositi agitur contra vnum ex hæredibus depositarij ob proprium ipsius hæredis non ob defuncti dolum, teneri debeat ille in solidum non pro parte, quia æstimatio referatur ad dolum, quem in solidum cohæres ipse admisit, licet aduersus cohæredes eius si dolo careant, actio depositi minimè competat, quemadmodum ex Paulo & Iuliano scriptum est *in l. in depos. 9. & seq. eod. tit.* Proinde si hæredes omnes dolo fecerint, dicendum est singulos non pro hæreditariis portionibus, sed in solidum conueniri & condemnari debere, Alioqui dicendum esset, Nihil interfore an ex defuncti an ex proprio dolo teneantur, quod absurdum esset *d.l. si hominem 7.§.1. l. de eo 18. eod.* Qua de causa, mihi semper valde suspectum visum est quod ex Marcello scriptum video *in l. si duo 22. eod.* Si duo hæredes rem apud defunctum depositam dolo interuerterint, quodam vtique casu in partem tantùm eos teneri. Nam imò verò fatendum est nullo casu posse in partes teneri eos qui ex proprio dolo conueniuntur, cùm dolus eorum indiuiduus sit, licèt ea res in qua dolus admissus est commodam diuisionem recipiat. Itaque si diuiserint decem quæ apud defunctum deposita fuerant, & quina singuli abstulerint, quamuis vterque soluendo sit, non eo minùs in solidum singuli tenebuntur, quia singuli dolo malo in solidum fecerunt licèt res deposita non nisi pro parte ad singulos peruenerit. Dolus enim eo modo vindicandus est quo admissus fuit. Ergo in solidum, non pro parte. Et tamen contrà responsum est à Marcello si Triboniano credimus *in d.l. si duo,* Et mala quidem falsáque ratione, *Nec enim* inquit, *amplius actoris interest.* Imò, inquam, interest actoris vt in solidum vindicetur dolus, ne in plures aduersarios, distinguatur qui & cum vno contraxerit *l. & ancillarum 27.§. vlt. D. de pecul.* Et ab vno dolum in solidum passus sit. Item quia partis solutio, magna habet incommoda *l. 3. D. famil. ercisc.* nec fauore vllo dignus est is qui dolum in solidum admisit, vt ei ob personam cohæredis qui soluendo est, per condemnationis diuisionem subueniatur *l. penult. in fin. D. ad leg. Falc.* Non magis quàm si cohæres vel soluendo non esset, vel dolum malum non admisisset, Quibus casibus nemo negaret in alium cohæredem qui & dolo fecisset, & soluendo esset, depositi actionem in solidum dandam esse, *l. nec aduersus 10. D. depos. & l. si duo,* in illis verbis *& vterque soluendo est à contr. sens.* Quid enim referre potest ad faciendam meliorem conditionem dolosi cohæredis, qui soluendo est, quòd cohæredem habeat æquè dolosum, & æquè soluendo? An fortè dolus vnius per concurrentem alterius dolum minuitur? aut eo minùs puniendus est, quod alterius quoque dolus perinde sit puniendus? Nam etsi apud duos sit res deposita, & vterque dolo fecerit, constat aduersus vnumquemque

que eorum in ſolidum agi poſſe, Adeò vt nec liberetur alter ob id ſolum quòd cum altero actum ſit, quia non electione ſed ſolutione liberatur, inquit Vlpianus *in l. 1. §. ſi apud duos 43 eod. tit.* vbi addit, Proinde ſi ambo dolo fecerint, ita demùm non conueniendum eſſe alterum ſi alter conuentus præſtiterit ſolidum, quod intererat actoris, Exemplo duorum tutorum, in quibus ita ius eſt, vt ex communi dolo non ſolùm poſſit vnus in ſolidum conueniri, ſed etiam hoc addito, vt neque mandandæ ſint ei actiones aduerſus contutorem, neque danda vtilis, quia proprij delicti pœnam ſubit: Quæ res indignum eum facit & beneficio diuiſionis & vt à contutore licèt doli participe quicquam conſequatur, Nec enim ſocietas vlla maleficiorum, vel communicatio iuſta damni ex maleficio eſt, vt eleganter idem Vlpianus tractat *in l. 1. § planè ſi ex dolo l. de tutel. & rat. diſtr. & in l. ſi ex duobus 15. eod. tit.* vbi ait, Si ex duobus tutoribus cum altero quis tranſegiſſe, quamuis ob dolum communem, tranſactionem tamen nil prodeſſe alteri, Nec immeritò, inquit, cum vnuſquiſque doli ſui pœnam ſufferat. Quamquam ſi conuentus alter præſtitiſſet, proficeret id quod præſtitiſſet ei qui conuentus non eſſet. Licèt enim, in quit, dolo ſi ambo rei ſint, tamen ſufficit vnum ſatisfacere. Et addit vt *in duobus quibus res commendata eſt, vel depoſita, quibuſque mandatum eſt.* Quòd ſi ea vis & poteſtas eſt communis doli, vt is quoque qui ab initio cum pluribus contraxit contra ſingulos tamen in ſolidum agere poſſit, licet omnes ſoluendo ſint (quamuis in tutoribus qui ea ſola negligentia ob non adminiſtratam tutelam conueniuntur, aliud ſit, *l. ſi plures 38. D. de admin. tutor.* Quanto magis idem obtinere debet aduerſus depoſitarij vnius hæredes plures qui & omnes & ſinguli dolo malo fecerint? Nam præter ſupradictam rationem, quæ ex proprio cuiuſque dolo puniendo ſumitur. Illa etiam hæredibus nocet, quòd obligatio defuncti quæ vnica & indiuidua fuit actioque ex ea in ſolidum competens contra defunctum, ſi quid ipſe dolo malo feciſſet, non debeat ea perſonis hæredum diuerſam omnino conditionem facere *d. l. 2. §. ex his. De verb. oblig. d. l. 2 §. vlt. De prætor. ſtipulat.* Neque ſanè ratio vnquam vlla eſt conueniendi hæredes pro hæreditariis portionibus, atque ita diuidi contra eos actionem quæ in ſolidum aduerſus defunctum competebat, niſi cùm ex cauſa hæreditaria conueniuntur, id eſt, quomodo loquitur Paulus *in l. ſiue à certis 17. D. de duob. reis,* cùm hæreditas eos obligat. quæ ipſa per legem duodecim tabularum inter cohæredes diuiditur *l. 1. C. ſi cert. pet. l. 1. & 2. Cod. ſi vnus ex plurib. hæred. debit.* Atqui cùm ex proprio dolo conueniuntur, non obligat eos hæreditas, ſed proprius dolus, nec tanquam hæredes, ſed proprio nomine, ac tanquam doloſi conueniuntur. Non ergo pro hæreditariis partibus aut conueniendi aut condemnandi ſunt, ſed in ſolidum. At multò abſurdius illud eſt quod ſubiicitur ex Marcello *in d. l. ſi duo.* Si depoſitam lancem duo illi hæredes conflauerint, aut ab alio conflari paſſi ſint aliave quæ ſpecies dolo eorum interuerſa fuerit, in ſolidum quidem conueniri eos poſſe, acſi ſeruandam ipſi ſuſcepiſſent, cùm verum ſit & in ſolidum quemque dolo feciſſe, & niſi pro ſolido reſtitui rem non poſſe, ſed tamen non abſurdè ſenſurum eum, qui hoc putauerit. Planè id eſt omnino liberari non poſſe eum cum quo actum eſt, niſi integræ rei reſtitutione, ſed nihilominus condemnandum, pro ea tantùm parte pro qua hæres extitit ſi res non reſtituatur. Hæc enim illius loci ſententia eſt, Malè percepta ſanè ab iis qui vulgatam lectionem ſecuti addito puncto poſt verbum *putauerit*, nouam ſententiam inchoant à verbo *Planè* nullum ſatis perfectum ſenſum habituram deſtituto illo infinitiuo *poſſe* & ſequenti participio futuri temporis *condemnandum tamen*, nec habente verbum à quo regatur. Quemadmod. & in verſic. præcedente, *Nec tamen abſurdè ſentiet qui hoc putauerit* aſſeruatiua *tamen* nullum ſatis bonum ſenſum habere poteſt ſi totus ille verſiculus ad ſuperioris ſententiæ confirmationem adhibitus ſit, non vt ei aduerſetur. Potiúſque debuerat Marcellus ſcribere *nec certè*, quàm *nec tamen*. Maximè ſi vulgatam lectionem ſequare in eo quoque quod habet *qui hæc putauerit* non quomodo Florentina *qui hoc* quod certè multò rectius eſt. Refertur enim ad id quod mox ſequitur & concluditur ab illis verbis *planè niſi* vſque ad finem legis, vnica conſtructione, acſi ſcriptum eſſet apertiùs, *nec tamen abſurdè ſentiet qui putauerit, non poſſe planè liberari eum cum quo actum eſt, niſi integræ rei reſtitutione ſed tamen ſi res non reſtituatur condemnandum pro qua parte hæres extitit.* Et verò etiamſi deeſſent alia inueſtigandi vera argumenta quę ex Principiis iuris ſemper petenda ſunt, vel vno hoc iudicio poſſemus aſſequi, vt non Marcelli qui tertiſſimus, ſed Tribon. manum & eloquentiam hac parte agnoſceremus. Nam vel tota lex Trib. adſcribenda ſit non dubito, cùm non poſſit adſcribi Marcello quin is manifeſtiſſimæ inſcitiæ vtriſque imperitiæ arguatur. Quid enim abſurdius quàm diſtinguere, an res depoſita diuiſibilis fuerit, an indiuiſibilis, vt ſciatur an ſinguli hæredes in ſolidum teneri debeant, an pro partibus tantùm hæreditariis, cùm per dolum communem & indiuiſibilem ſinguli rem depoſitam in ſolidum contrectarunt interuertendæ poſſeſſionis gratia, id eſt animo furandi? Nam quod Accurſius à Triboniano deceptus affert huius diſtinctionis probandæ gratia ex Paulo *in l. in depoſiti 9. eod.* & ex Tryphonino *in l. tres tutores 55. verſ. planè ſi pecunia. De admin. tutor.* Omnino ad rem non pertinet, Etenim Paulus *in dict. l. in depoſiti*, generaliter & indiſtinctè ſcribit, quod nos defendimus, Multum intereſſe an aduerſus vnum ex pluribus depoſitarij hæredibus agatur depoſiti ex facto defuncti, An verò ex ſuo delicto, vt priore caſu teneatur ille pro parte in hæreditaria, Poſteriore autem in ſolidum quia æſtimatio referenda ſit ad dolum quem in ſolidum ipſe hæres admiſit. Quamquam ibidem Accurſius erroris ſui memor, verba illa *pro parte non ago* miſerè deſtruit, notando *ſcilicet in ſolidum*, cùm notare potiùs debuiſſet *ſed in ſolidum*, Siquidem neceſſe eſt vt quiſquis agit ſi pro parte non agat, in ſolidum agere debeat. Quod & ſubiecta illa ratio demonſtrat *meritò quia æſtimatio referetur ad dolum quem in ſolidum ipſe hæres admiſit.* Tryphoninus verò *in d. l. tres tutores*, negat quidem teneri in ſolidum tutores ſingulos inter quos numerata pecunia pupilli diſtributa fuit, ſed in eam tantùm ſummam quam eorum quiſque acceperit, At non loquitur de tutoribus qui pupillaris pecuniæ intercipiendæ gratia eam inter ſe diuiſerint, ſed qui eo tantùm animo vt pecuniam illam pupillarem ſeparatim adminiſtrarent. Nam de tutoribus qui rem pupillarem furati ſint ſubinde tractat, neque dubitat, quin ex ea actione quæ per legem duodecim tabularum aduerſus tutorẽ ſpecialiter in ſimplum proponitur ſinguli ex dolo communi in ſolidum teneantur, *d. l. 1. §. planè ſi ex dolo D. de tutel. & ration. diſtr.* Sed tantùm negat poſtquàm vnus ſolidum præſtiterit nihilominùs etiam alios teneri: quamuis in diuerſis furibus qui tutores non eſſent ita contingeret, vt non eſſet propterà cæteris pœnæ deprecatio quòd ea iam ab alio exacta eſſet. Diuerſitatis enim ratio non obſcura & perelegans

illa est quam idem Tryphoninus affert, quòd tutores licet patrimonij pupillaris intercipiendi animum habeant, verè tamen fures non sunt, quia propter commissam administrationem (sic enim malo, quàm vt vulgò *admissam*) non tam inuito domino contrectare rem videntur, quàm perfidiè agere. Quæ ratió fuit inducendæ contra eos per legem duodecim tabularum specialis actionis illius quæ *Rationibus distrahendis* appellatur, de qua *in dict. Tit. De tutel. & Rat. distr.* cùm furti actio competere non posse videretur. Cæterùm in eo similes sunt plures tutores pluribus furibus, pluribúsque depositarijs communi dolo in re deposita versantibus, quòd singuli in solidum & conueniendi sunt & condemnandi. Dissimiles autem furibus, non etiam depositarijs in eo quod vno satisfaciente cæteri omnes liberantur *d. l. si ex duobus 15. eod. tit. De tutel. & ration. distr.* Rursum quod additur *in dict. l. si duo, vers. quod si lancem*, posse in solidum conueniri singulos depositarij hæredes cum deposita fuit species, quæ ipsorum dolo interuersa sit, *ac si ipsi seruandam suscepissent*, Quidni etiam locum habeat deposita pecunia, vel qualibet alia re diuisibili? Etsi enim illa inter hos casus differentia est quam obseruat Accursius, quod qui seruandum depositum susceperunt, ipsi contraxerunt, Non etiam qui ob id solum conueniuntur, quòd depositario successerint hærédésque extiterint, Effectu tamen ipso verum est tam hos quàm illos ex contractu teneri: hac sola differentia quòd qui contraxerunt tenentur ex proprio contractu, Hæredes verò ex contractu defuncti, Quæ differentia facere sanè debet vt non nisi pro partibus teneantur si quemadmodum ex defuncti contractu ita & ex ipsius dolo conueniantur *dict. l. si hominem 7. §. 1. eod. tit.* Sed cùm ex proprio dolo conueniuntur, nulla iuris aut æquitatis ratio facere potest vt melioris conditionis ob id tantùm esse debeant quòd non ipsi contraxerint, sed in defuncti contractum successerint quàm si illi ipsi contraxissent. Quinimo tantò deterioris quantò facilius est vt in plures partes diuidatur actio ex contractu qui ab initio cum pluribus personis initus fuit, quàm vt ob multiplicatas hæredum personas scindatur actio nata ex eo contractu qui vnam tantùm personam indiuiduo iure & in solidum ab initio tenuit obligatam. Cùm ergo in pluribus, qui rem depositam seruandam susceperunt non distinguatur an res illa diuisibilis sit necne si vniuscuiusque fidem in solidum secutus est is, qui deposuit, vt *in l. eandem 9. D. de duob. reis.* Cur distinguemus in pluribus depositarij vnius hæredibus? Aut quid vetat etiam pecuniam numeratam deponi per modum, vt loquuntur, speciei, vt vnius rei, eiusdémque indiuiduæ iure censeatur, puta si deposita sit in cista vel in sacculo obsignato, vt *in l. 1. § si cista l. si sacculum 29. eod. tit.* Denique an eo minùs verum est vnumquemque ex hæredibus depositarij dolo in solidum fecisse, quòd res deposita diuidi possit? Sed & ratio illa quæ sequitur *in d. l. si duo, & nisi pro solida res non potest restitui*, præter id quod parum eleganter concepta est, an non perinde locum habet siue diuisibilis, siue indiuisibilis sit ea res quæ deposita fuit? Quis enim dicat depositis centum aureis liberari depositarium pro dimidia, si paratus sit reddere quinquaginta, nec velit is qui deposuit, accipere? Cur non dicamus cogendum depositarium integra centum reddere, perinde acsi speciem aliquam in depositum accepisset? Nam nec alia ratio est propter quam non liberatur depositarius aut commodatarius qui rem deteriorem reddit, nisi quia non integram reddit sed ex parte diminutam *l. 3. §. 1. D. commod. l. 1. §. si res deposita 16. D. depos.* Idque est quod vulgo dicitur contractus omnes indiuiduos esse *l. cùm ex causa 139. D. de verb. oblig. l. rem hæreditariam 65. D. de euict. l. si ita stipulatio 19. § 1. de oper. libert.* quia iis satisfaciendum est in totum vt liberatio aliqua vel ex parte possit contingere, Præsertim verò cùm obligatus quis est ad faciendum *l. stipulationes non diuiduntur 72. D. de verb. obligat.* quomodo sunt obligati omnes illi, qui tenentur ad restituendum, In quo numero sunt depositarius, commodatarius, & similes.

ERROR VII.

Quantum distet inter plures hæredes venditoris conuentos de euictione, & plures hæredes depositarij dolosos, Et refutatus Accursius ad d. l. si duo 22. D. depos.

Illud verò suprà quàm dici possit, improbabile adeóque ineptum est, quod *in d. l. si duo* Tribonianus subiicit non absurdum fore si quis putauerit. Tùm quoque cùm species aliqua indiuidua deposita est, quæ pro solido præstari non possit, & quam tamen plures vnius depositarij hæredes communi dolo interuerterint, Non aliter quidem liberari posse eum cum quo depositi actum est quàm si res integra restituatur, sed tamen si ea restitutio rei integræ non fiat, non esse condemnandum illum nisi pro qua parte hæres extitit. Nam præterquàm quòd videntur esse ista, & reuera sunt pugnantia, vt non possit liberari vnus ex hæredibus nisi integræ rei restitutione, & tamen ob rem non restitutam integram condemnandus tantùm sit pro parte, Cùm non debeat angustior esse condemnatio, quàm actio, nec actio quàm obligatio. Quæro quonam igitur casu fieri vnquam possit vt vnus ex pluribus depositarij hæredibus in solidum teneatur, si ne tum quidem tenetur cùm dolo malo in solidum admisso interuertit possessionem rei depositæ, quæ nisi solida præstari & restitui non possit? Aut quid intererit an res deposita, in qua interuertenda dolus malus admissus fuit diuidua sit an indiuidua, si vtroque casu non nisi pro hæreditariis partibus singuli sunt condemnandi? Nam si respondeas, posse in eo esse differentiam quod cùm res diuidi potest, in partes singuli tenentur, & conueniendi sunt, Cùm verò diuidi non potest, conueniri possunt in solidum, licèt non condemnari nisi pro parte. Replicabo differentiam hanc fore sine effectu, cùm totus actionis effectus in condemnatione consistat: quemadmodum & effectus condemnationis in exactione. Fefellit Tribonianum quod vidit plerisque casibus ita contingere vt solidum quidem petatur, sed tamen partis solutio afferat liberationem, sicuti *in l. in executione 85. vers. in solidum D. de verb. oblig.* vbi exemplum affertur, cùm ex causa euictionis intendimus. Nam auctoris hæredes, inquit lex, in solidum denunciandi sunt, omnésque debent subsistere, & quolibet defugiente omnes tenebuntur, Sed vnicuique pro parte hæreditaria præstatio iniungitur. Verùm animaduertere Tribonianus debuit longè dissimilem esse casum illum, de quo *in d. l. si duo*, id est de pluribus hæredibus depositarij qui omnes dolo malo in solidum interuerterint rem depositam, quos idcirco non causa hæreditaria, sed proprius dolus reddit obnoxios non minus condemnationi in solidum patiendæ, quàm actioni in solidum excipiendæ. Tùm verò in causa euictionis aliud petitur, aliud verò præstatur, & soluitur. Petitur enim vt auctoris hæredes rem, quæ euincitur defen-

dant

tant *l. si plus* 74. §. *mota D. de euict.* quod cũ facti sit, indiuiduum est: quia non potest defendi res pro parte cùm emptor non fuerit partem empturus *l. tutor* 47. *D. de minor. l. si quis aliam* 46. *D. de solut. l.* 4. §. *vlt. in d. l. ex mea causa* 139. *D. de verb. oblig.* Præstaturus verò id quod actoris interest, vel duplum ex stipulatione si res non defendatur *l. si in venditione* 60. *l. euicta re* 70. *D. de euict.* vt in omnibus faciendi obligationibus *l. si quis ab alio* 13. § 1. *D. de re iud.* Id verò cùm in pecunia numerata consistat, recipit commodam diuisionem, quam inter hæredes fieri in ipsa etiam condemnatione nihil prohibet, cùm nullus iis dolus nullàque culpa imputari possit. At in depositi actione, sicuti restitutorio sola & solida rei depositæ est in petitione, & quidem in solidum, ita & in condemnatione esse debet solida æstimatio rei depositæ facienda etiam per iusiurandum in litem, vt contumacia & perfidia condemnati vltra iustum rei pretium æstimetur, *l.* 1. §. *in deposito & l. si apud quem* §. *D. depos. l.* 1. *in actionibus* §. *D. de in lit iur.* Ideòque suprà diximus esse ista pugnantis quæ tamen quasi compatibilia ponuntur *in d. l. si duo*, Vt iis ex depositarij hæredibus, cum quo solo depositi actum est in solidum, non liberetur, nisi integræ rei restitutione, & tamen non condemnetur, nisi pro sua parte ad rem restituendam. Quid enim si solus ille conueniatur, siue quòd eum eligere actor maluerit, siue quòd cohæres eius nihil dolo fecerit, vt in *l. nec aduersus* 10. *D. deposit.* Quis aliam partem præstabit? Quam tamen omnino præstandam esse fatetur Tribonianus, vt ei qui in solidum & conuentus est & conueniri potuit liberatio contingere possit, etiam pro parte ipsius hæreditaria. Enimverò non pugnant illa, Vt ex pluribus venditoris hæredibus singuli conueniantur in solidum ad rem defendendam, Et nihilominùs pro sua tantùm quisque parte hæreditaria euictionem præstare condemnetur. Imò nec secum pugnabit qui dixerit, singulos venditoris hæredes & in solidum conueniendos vt rem defendant, Et tamen non nisi pro partibus hæreditariis etiam ad rem differendam condemnandos: quia eùm omnes & singuli in solidum denunciandi sint, & necessariò conueniendi, Omnes quoque necessariò condemnandi sunt, & quidem in solidum euictionis quantitatem vt actori in solidum satisfiat, Sed non ideò singuli in solidum condemnandi. Tam enim satisfit actori omnibus in hæreditarias portiones condemnatis, quàm si singuli in solidum condemnarentur, cùm æquè illo casu actor totum consequatur. Itaque solidum non à singulis sed ab omnibus & singulis petitur, non vt singuli in solidum rem defendere cogantur (alioqui sufficeret quosdam ex hæredibus in solidum conueniri, vt euenit pluribus factis reis promittendi *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *D. de duob. reis* quod tamen non ita est) sed vt intelligant & posse se liberari si res in solidum defendatur ab omnibus simul, licèt non à singulis nisi pro parte hæreditaria. Et è contrario non posse se liberari ne quidem pro parte, nisi vel omnes in re solida defendenda consentiant, vel vno defugiente alius qui liberari vult, in solidum rem defendat. Denique defensio rei venditæ indiuidua est ex persona actoris cui solida indemnitas debetur. Sed non ex parte hæredum venditoris, qui eam indemnitatem omnes quidem debent simul in solidum, sed non singuli separatim, quia obligatio hæreditaria est, ideòque inter hæredes pro hæreditariis portionibus diuidenda, dum ne ex ea diuisione præiudicium vllum actori fiat: quod sanè nullum fit eùm rei defendendæ necessitas per condemnationem omnibus pro hæreditaria cuique portione iniungitur, si modò omnibus iniungatur, vt hoc ipso in solidum iniunctam eam esse appareat. Quæ omnia in pluribus depositarij hæredibus diuersa sunt. Neque enim omnes necessariò conueniendi sunt, nec si omnes dolo fecerint, sed est in potestate actoris quem ex pluribus dolosis conuenire velit, Aut si vnus tantùm dolo fecerit alius conueniri nullomodo potest *d. l.* 1. §. *si apud duos d. l. in deposito* 9 *& seq D. depos.* quia non hæreditaria est obligatio quæ per legem duodecim tabularum simul cum hæreditate diuidi potuerit, sed ex hæredum dolo siue proprio, siue communi nata post constitutas à lege diuisasque portiones hæreditarias. Proinde admittendum est in ea specie singulos hæredes in solidum & conueniri posse & condemnari debere, tùm quoque cùm omnes simul conueniuntur, puta quòd omnes dolum admiserint, & contra omnes & singulos in solidum agere malit actor quàm vnum ex pluribus eligere. Alioqui dolus in solidum admissus ab eo qui in solidum conuentus esset, non in solidum vindicaretur, posséque facilè actoris damno res cedere, si fortè non omnes hæredes dolum participasse probarentur, Cùm ex vnius dolo alterum conueniri non posse certum sit. Itaque si ratiocinatio bona est, qua Venuleius vtitur *in d. l. cùm ex causa*, cùm ait, Ideò vnicuique ex hæredibus venditoris præstationem pro hæreditaria parte incumbere, quod vno ex iis defugiente omnes defugisse videantur, idcirco omnes teneantur, Consequens est Marc. llum *in d. l. si duo*, sic in contrarium argumentari debuisse, vt si plures vnius depositarij hæredes dolo fecerint in re deposita interuertenda, possit vnusquisque ex iis in solidum & conueniri & condemnari, non autem pro hæreditaria tantùm portione, quia ex vnius dolo cæteri non tenentur, nec proinde vnicuique pro parte hæreditaria, præstatio & condemnatio irrogari potest. Quod cùm nemo, sit qui non cogatur fateri eo saltem casu, quo vnus tantùm ex depositarij hæredibus dolum admiserit, *Ex d. l. nec aduersus* 10. *Deposit.* Planè non video cur aliud dicendum quis putet illo etiam casu quo hæredes omnes dolo fecerint: Quasi verò ob id minùs in dolo sit vnus, quòd alius quoque in dolo sit. Ita namque fieret vt alienus dolus in alterius æquè dolosi præmium verteretur: quod absurdum esse ait Vlpianus *in l. item si cum* 14. §. *aliquando in fin. D. quod met. caus.* Neque verò Tribonianus *in d. l. si duo*, negat vnumquemque ex hæredibus depositarij dolo in solidum fecisse, imò affirmat negari hoc non posse, illis verbis, *nam certè verum est in solidum quemque dolo fecisse.* Præsertim deposita re indiuidua, vt lance *l.* 2. §. 1. *D. de verb. oblig.* Quanquam non eo minùs indiuisa est natura depositi quòd res deposita diuidua sit, vt suprà diximus eùm hanc Triboniani, & Accursij distinctionem refutauimus. Denique cùm nec Tribonianus ipse neget, eo saltem casu quo res indiuidua deposita sit penes defunctum, & ab ipsius hæredibus dolo malo in solidum interuersa, perinde habendos depositarij hæredes acsi rem illam ipsi ab initio seruandam accepissent. An non apertè falsum est quod tandem concludit, Non esse tamen condemnandum eum quo cum solo actum est, nisi pro parte hæres extitit? Nam & in duobus depositariis qui correi debendi ex causa depositi facti essent, falsum id esset *d. l.* 1. *paragrapho si apud duos D. depos. l. eandem rem* 9. *D. de duobus reis.* Etsi non ignoro Accursium *in d. §. si apud duos*, in ea esse hæresi, vt putet, Etiam plures depositarios teneri tantùm in virilem nisi contrà expressè actum sit, vt in solidum teneantur. Quod apertè pugnat *cum dict. §. si apud duos, & dict. l. eandem*, adeóque *cum dict. leg. si duos*, in illo loco, *in solidum conueniri poterunt acsi ipsi seruandam suscepissent.* Etenim quod Accursius respon

respondet esse id casuale, idest speciale in casu illius legis propterea quòd res deposito interuersa dolo malo fuisset, omnino ad rem non pertinet, quia quod lex ponit interuersam rem depositam communi dolo malo hæredum depositarij, facit quidem vt quamuis conueniantur actione depositi hæreditaria, perinde tamen teneri & condemnari debeant, acsi rem seruandam illi ipsi proprio contractu suscepissent, id est in solidum qui non nisi pro parte quisque hæreditaria conueniri possent si ex contractu dolóque defuncti vrgerentur: Sed non facit vt qui rem depositam ipsi susceperunt in solidum singuli teneantur, quoniam sufficit in eam rem natura depositi & qualitas obligationis, quæ indiuidua est, nisi conuenerit vt in viriles singuli teneantur. Nec dolus alterutrius depositarij, multo minùs vtriusque necessarius est vt in solidum agi possit depositi, sed ad hoc tantùm vt depositi agi possit, in quam actionem solus venit dolus, siue illius cum quo agitur, siue defuncti à quo ipse causam habeat: Proinde sufficit vel vnum fecisse dolo, ad hoc vt non modò actione depositi, sed etiam in solidum teneatur, Ne si non condemnetur nisi pro parte is qui solus condemnari potest, maneat in damno is qui deposuit, qui pro alia parte actionem habiturus sit contra neminem *d. §. si apud duos.* Quod verò idem Accursius pro ratione affert, Illo quoque casu quo hæredes illius qui depositum acceperat, siue omnes, siue non omnes dolum admiserint primæuam tamen, & vt ipse loquitur, primordialem causam inspiciendam esse quæ descendit ex contractu defuncti, parum subtile est. Non enim qui dolum admiserunt ideò conueniuntur depositi, quòd sint hæredes depositarij, sed quòd in re deposita malè ác dolo malo versati fuerint, quippe qui etiamsi hæredes essent, nullatenus tamen tenerentur, si dolum nullum admisissent. Itaque tenentur immediatè ex proprio dolo, licèt per occasionem hæreditatis, quæ si à depositario ad eos deuoluta non fuisset, dolum ipsi admittere in re deposita minimè potuissent: ob idque indigni certè sunt quibus ex æquitate succurratur, cùm deliquerint *l. 1. §. planè si ex dolo l. si ex duobus 15. D. de tutel. & rat. distr. l penult. D. ad SC. Trebellian.* Nec ferendum est quod addit idem Accursius, Esse illos leuiùs puniendos si ob proprium illum dolum actione depositi conueniantur, quàm si furtiua condictione, ex qua non dubitat ille quin possint hæredes singuli in solidum conueniri. Nihil enim hac parte potest interesse an hæc an illa actio contra ipsos instituatur, cùm vtraque dolum ipsorum pro causa habeat: Neque quod depositi actio trahat originem à contractu defuncti fauorabiliorem ipsorum causam facere potest, quàm si ex defuncti furto delictóque nasceretur: Imò potiùs duriorem in eo quòd si ex delicto nasceretur, non daretur contra hæredem in solidum nec contra hæredes pro hæreditariis portionibus ob dolum defuncti, quomodo datur ob hoc ipsum quia nascitur ex contractu *l. si hominem 7. §. datur D. depos.* Cùm ergo furtiua condictio, quæ ex delicto nascitur danda sit contra furis hæredes singulos etiam in solidum, nec tantùm pro hæreditariis portionibus si non ex defuncti dolo sed ex proprio suo conueniantur, vt Accursius ipse fatetur, & verè, quia negari non potest quin hoc casu singuli dolum fecerint, Cur potiùs dicamus depositarij hæredes qui rem depositam adeóque indiuiduam dolo malo interuerterint, non teneri singulos in solidum sed tantùm pro hæreditaria quemque portione? An ob id fortasse mitiùs cum iis agendum erit quod non sint furis hæredes, cùm ipsi tamen sint fures? An non verò è contrario melior esse deberet conditio hæredum furis etiamsi fures ipsi essent, quod non primi sed secundi fures dici deberent, nec tam fecisse furtum nouum quàm illud ipsum continuisse quod à defuncto factum fuerat? Nec enim noua contrectatio nouum furtum facit, sed vnum tantummodò furtum esse intelligitur, *l. inficiando 67. §. infans D. de furt.* Denique cùm depositarij vnius hæredes plures qui dolum malum in re deposita admiserunt teneantur & actione depositi descendente ex contractu defuncti, & ob proprium dolum, Cur non in solidum singuli conueniri & teneri debeant, multò magis quàm si vel ex dolo suo & ex delicto defuncti non ex contractu ipsius conuenirentur. In summa cùm etiam rei depositæ nomine condictio furtiua competat, & cum actione depositi concurrat, siue depositarius ipse siue hæredes eius dolo versati sint in re deposita *l. si quis 13. §. 1. D. depos.* non potest melior esse conditio depositarij, aut hæredem ipsius cùm actione depositi quàm cùm furtiua condictione conueniuntur, siue ex proprio siue ex alieno dolo, támque facile & conueniens est vt singuli ex dolo proprio teneantur in solidum condictione furtiua, quàm vt actione depositi.

ERROR VIII.

De aliis Cuiacij & aliorum interpretationibus. Ad d. l. 9. D. de cond. furt.

Ex tribus interpretationibus quas à viro doctissimo Iacobo Cuiacio afferri suprà diximus, vt suam illam sententiam De furtiua condictione non in solidum sed de eo tantùm quod peruenit aduersus furis hæredem danda tueatur inuito Vlpiano *in d. l. 9. D. de condict. furt.* primam duntaxat hucusque refutauimus quæ illa erat, vt Vlpianus ad eum casum restringeretur, quo lis cum iure defuncto contestata esset. Reliquas duas nunc refutauimus, Tantò facilius quantò sunt improbabiliores. Et illa primùm quæ habet intelligendum esse Vlpianum de illo casu quo lis fuerit non solùm contestata cum fure ipso sed etiam aduersus ipsum iudicata. Nam præter id quod nulla rei iudicatæ mentio fit apud Vlpianum vt neque lis contestatæ, Illud etiam certum est non maioris esse potestatis sententiam & condemnationem quam litis contestationem ad transferendam in hæredes actionem quæ alioqui morte esset peritura *l. omnes pœnales 27. l. constitutionibus 33. l. sciendum est 58. D. de oblig. & action. l. aliam 29. D. de nouat.* Contestatio enim illa est non condemnatio quæ contractus vim obtinet, facitque vt actiones etiam pœnales & ex mero delicto descendentes, quasi ex contractu descendere videantur à quo die lis contestata est, vt in superioribus docuimus ex *l. 3. §. idem scribit D. de pecul. l. iam ex contractibus 57. D. de iudic. l. delegare 11. §. 1. D. de nouat.* Quamquam fatendum est nec minorem potestatem esse condemnationis, quàm contestationis, ad obligandos hæredes condemnati, Siquidem condemnatio nouat actionem ipsam quæ fuerat in iudicium deducta siue ex contractu siue ex delicto esset, transfunditque in seipsam *l. vlt. Cod. de vsur. rei iudic. l. si fundus 16. §. si plures D. de pignor.* Nec quisquam dubitat quin ex sententia contra defunctum lata hæredes obligentur, vt ex qualibet alia causa hæreditaria. Idque ideò certum est, vt ridiculum facturus sit Vlpianum quisquis cum Cuiacio dixerit nihil aliud monere illum voluisse *in d. l. in condictione 9. D. de condict. furt.* nisi quod fure iam conuento, & condemnato ex causa condictionis furtiuæ, hæres ipsius si solus sit, in solidum, si verò plures sint hæredes, vnusquisque pro ea parte pro qua hæres est teneatur. Quo tamen verbo cùm non aliud

aliud significetur, quàm vt hæres conuenitri & condemnari possit, & quidem ex causa condictionis furtiuæ, intelligimus, non de illo casu tractare Vlpianum, quo fur iam conuentus fuerit & condemnatus, sed quo & conueniendus fuerit & condemnandus eo tempore, quo decessit. Alioqui cùm per iudicatum fiat actionis nouatio, vt diximus, non de illo quærendum esset post mortem furis condemnati, An hæredes furis, & in quantum tenerentur ex causa condictionis furtiuæ, sed an & inquantum ex iudicato, quia posteaquàm iudicatum est, non amplius de causa quæ condemnationem eatorsit tractandum est, sed de illo tantùm, Quid iudicatum fuerit, & in condemnationem deductum. Quod verò ad postremam eiusdem Cuiacij interpretationem attinet, quæ ponit fuisse rem furtiuam contrectatam à furis hæredibus post mortem ipsius. Non solùm protsus commentitia ea est, vt aliæ duæ superiores, sed etiam pugnans euidenter cum eo quod idem Vlpianus scribit *in l. si pro fure 7. § vlt. eod. tit.* Condictione furtiua quia rei habet persecutionem hæredem quoque furis obligari, nec tantùm si viuat seruus furtiuus, sed etiamsi decesserit siue viuo adhuc fure, siue eo iam mortuo, & siue apud hæredem ipsum, siue non apud ipsum. His enim omnibus casibus condictionem durare aduersùs hæredem: Quod haud dubie ita est accipiendum, vt in solidum duret, non de eo tantùm quod ad hæredem peruenerit, Alioqui non esset bona ratio propter quam deberet durare aduersùs hæredem, quòd tet habeat illa persecutionem. Cùm etiam pœnales actiones quæ solius pœnæ non rei persecutionem continent, attamen in hæredes quoque dentur de eo quod ad ipsos peruenit, vt turpe lucrum ipsis extorquearur, quemadmodum latiùs à nobis in præcedentibus disputandum est. Non ergo exigimus contrectatam esse rem furtiuam ab hærede furis, vt is condictione furtiua in solidum teneatur, Sed à defuncto contrectatam esse sufficit vt ipsius hæredes in solidum, & suprà quàm ad eos peruenerit, obligentur. Quomodo enim possent hæredes contrectasse seruum furtiuum qui iam adhuc viuo fure decessisset? Ideóque nimirum dicimus hæredem furis teneri condictione furtiua, sicut & furem ipsum etiamsi non possideat, *§. vlt. Inst. de oblig. quæ ex malefic. nascunt.* cùm tamen fieri non possit vt furis hæres contrectauerit eam rem, quam ipse nunquam possederit. Sed &, verba illa Vlpiani, *dicendum est condictionem aduersùs hæredem durare*, an non apertè ostendunt talem superesse condictionem contra furis hæredem, furtiua quoque re perempta, qualis contra defunctum competebat? Ergo in solidum: Alioqui non posset dici eadem durare condictio, quæ contra furis hæredem minùs plena minúsque efficax inueniretur, tanquam quæ in eo in quo esset imminuta, partim perempta esse videretur, Sicuti solemus dicere rem quæ deterior facta est, quodammodo ex parte periisse, idemque non liberari eum qui rem debet reddere, si reddat deteriorem, *l. 3. § 1 D. commod. l. 1. §. si res deposita 16. D. deposit.* Rursum quod supradictis verbis affirmat Vlpian condictionem furtiuam aduersùs furis hæredem durare, conuincit manifestissime duas alias eiusdem Cuiacij interpretationes à nobis iam refutatas. Cùm enim tam per litis contestationem quàm per sententiam, & condemnationem prior actio mouetur quæ in iudicium deducta fuit, Malè vtique Vlpianus affirmaret durare contra hæredem iuris condictionem, quæ per contestationem aut condemnationem nouata, per nouationem verò extincta & perempta esset: Superest vt confutatis Cuiacij interpretationibus illos quoque refellamus, qui vt Cuiacio subtiliores videantur, nouam ad Vlpianum interpretationem attulerunt, Eaistimantes hanc esse sententiam *d. l. 9. De cond. furt.* vt in condictione ex causa furtiua hæredes furis non pro hæreditatis parte quæ ad eos effectu peruenerit teneantur, siue soli sint, siue plures, sed in solidum, id est pro illa etiam parte quæ non effectu ipso sed persecutione tenus duntaxat ad eos peruenerit, Ita tamen vt cùm plures sunt hæredes, pro ea quisque tantum parte pro qua hæres est teneatur, De eo scilicet non quod effectu, sed quod persecutione tenus in hæreditate repertum sit: Vt proinde si ex re furtiua, neque effectu, neque persecutione opulentior facta sit hæreditas, consequens futurum sit, vt nullomodo teneatur furis hæres, nec si solus hæres sit, quem tamen in solidum teneri Vlpianus ait. Quo vel solo collectionis & consecutionis huius argumento intelligi potest quàm improbabilis sit hæc interpretatio, quæ tam euidenter Vlpiani verbis & menti repugnat, vt aliquo casu hæredem furis in totum liberet, scilicet, cùm nihil ad eum neque reipsa & effectu neque persecutione tenus peruenit, quem tamen omnimodo, & omni casu in solidum teneri Vlpianus dixit. Nam si falsum protsus est, quod ex huiusmodi interpretatione sequitur, ipsam quoque interpretationem falsam esse necesse est. Sicut & illud falsum est, quod isti ea verba Vlpiani *non pro parte qua peruenit*, de parte hæreditatis interpretantur, Cùm tamen apertissimum sit non de parte hæreditatis intelligi posse, sed de parte quæ ex re furtiua ad hæredem peruenit, vt probat hæc adjectio *qua peruenit*, quam fatendum est superuacuam fore, si non ob id necessaria fuerit, ne quis huic nouæ interpretationi locus relinqueretur. An non enim prorsus absurda & insulsa esset quæstio, quæ sic conciperetur, *Vtrum pro parte hæreditatis condictione furtiua teneri deberet is, qui furis hæres solus & in solidum esset?* Nam quæ pars, obsecro, hæreditatis illa esse potest, pro qua sola teneri possit, & debeat is qui hæres solus est, & in solidum? Aut quomodo fieri potest, vt pars tantùm hæreditatis ad eum perueniat qui solus hæres est, nec habet cohæredem? Ad quem enim pars alia peruenire poterit, qui nullomodo hæres sit? Respondebunt isti Posse fieri vt pars tantùm hæreditatis ad hæredem perueniat cum effectu, alia verò pars non nisi persecutione tenus, Verba autem illa *qua peruenit* cum effectu esse accipienda, vt *in l. 2. §. peruenisse D. de hæred. vel act. vend.* Et imputare sibi debere hæredem cur eam hæreditatem adierit, quàm scire potuit & debuit non nisi pro parte cum effectu ad se peruenturam, vt non eo minus teneatur in solidum condictione furtiua, cùm alterius partis quæ non cum effectu ad eum peruenit saluam & integram habeat, miniméque dubiam persecutionem. Verùm si ita Vlpianus sensit, non debuit antithesim illam constituere quam constituit iis verbis, *non pro parte qua peruenit, sed in solidum*, sed eam potiùs quam isti constituunt inter partem hæreditatis quæ cum effectu peruenit, & partem quæ non peruenit nisi persecutione tenus. Quamquam ne hoc quidem fieri potuit. Pars enim nulla esse, aut fingi potest, quæ persecutione tenus duntaxat peruenerit ad hæredem qui solus hæres sit ex asse, Cùm totius hæreditatis persecutionem ad eum solum pertinere necesse sit. Vnde est quod si ei absit vel minima res hæreditaria quam alius possideat, totius hæreditatis petitionem ea ea causa instituere rectè potest, *l. licèt minimam 10. cum lege præcedent. D. hæred. petit.* Vt taceam, quod notissimum est, Non ob id minùs totam hæreditatem etiam cum effectu ad hæredem ex asse, peruenisse intelligi quod res aliqua hæreditaria non ad eum peruenerit, quia

cùm hæreditas sit nomen iuris, & habeat partes homogeneas æque in iure consistentes, fieri certè nequit, vt in vna re hæreditaria quanticumque pretij sit pars hæreditatis vlla esse intelligatur, *l. quamuis 14. D. si quis omiss. caus. testam. l. ex facto 35. D. de hered. inst. l. quoties 13. C. eod.* Nec proinde vt quisquis in solidum hæres est, & pro hærede habetur, (vt eos excludam qui propter abstentionem, aut restitutionem in integrum petitam aduersùs aditionem non nisi nudum hæredis nomen gerunt, de quibus *in l. 2. § adeptus & leg. 1. §. si quis adsib. D. ad SC. Tertyll. l. etsi ex modica 6 §. 1. D de bon. libert. l. aut prætor 7. §. sed quod Papinianus D. de minor.* ad eum hæreditas tota cum effectu non peruenerit, quamuis non omnes res hæreditariæ ad eum peruenerint. Quando vniuersa hæreditas, multò magis pars hæreditatis quælibet etiam sine vllo corpore intellectum iuris habet, *l. hæreditas 50. D. de her. pet.* Itaque ferri non potest vt dicat quis antithesim ab Vlpiano constitutam esse inter hæreditatis partem quæ peruenerit cum effectu ad hæredem, & hæreditatem quæ solida quidem sed persecutione tenus duntaxat ad eundem peruenerit, Maximè verò quòd in antithesi constituendæ sint pares eædémque extremorum qualitates. Quod fiet si opponamus hæreditatis partem quæ effectu peruenit, non cum hæreditatis parte quæ persecutione tenus duntaxat peruenerit, cuiusmodi pars, vt diximus, nulla est, sed cum hæreditate solida quæ effectu quoque ad hæredem ex asse peruenerit, Peruenit autem tota hæreditas non solùm persecutione tenus, sed etiam cum effectu, si nemo sit qui hæreditatis, siue totius, siue pro parte controuersiam faciat, licet non omnia corpora hæreditaria effectu peruenerint, sed tantùm vt eorum persecutio esse possit. Enimuerò neque antithesis ista est quæ ab Vlpiano constituitur *in d. l. 9.* Opponit enim non hæredem pro parte, hæredi in solidum: nec hæredem pro parte quæ effectu tantùm peruenit, hæredi ad quem solida hæreditas persecutione tenus peruenerit, Sed hæredem ad quẽ res furtiua non nisi pro parte peruenit, hæredi ad quem tota res illa peruenerit, & in solidum, siue hæres ille ex toto asse, siue ex parte tantùm esse proponatur. Itaque tam verba illa, *non pro parte quæ peruenit*, quàm quæ sequuntur, *sed in solidum*, non ad hæreditatem referenda sunt, quæ vel pro parte, vel in solidum, vel cum effectu, vel persecutione tenus peruenerit ad eum qui aut ex asse aut ex assis parte aliqua hæres sit, sed ad rem furtiuam, quæ aut pro parte aut in solidum peruenire ad hæredem potuit, Pro parte quidem etiam ad hæredem ex asse, In solidum verò etiam ad hæredem ex parte, *vt in l. 3. §. hæres, D. commod. l. si plures 9. D. vnde vi.* Ac si Vlpianus scripsisset apertiùs, Ex causa condictionis furtiuæ hæredem furis, siue solus hæres ille sit, siue habeat cohæredem, non teneri, inquantum duntaxat furtiua res ad eum peruenit, aut quod idem est, de eo quod ex parte peruenit, si vel nihil, ex ea, vel non tota ad ipsum peruenerit, Sed supià etiam quàm peruenit; Non tamen solum in solidum, nisi solus hæres sit; Pro portione autem hæreditaria, si cohæredem vnum habeat, pluresve. Alio namque sensu accipiuntur verba illa, *pro parte* in ea clausula, *non pro parte quæ peruenit*. Alio autem in sequenti & postrema legis clausula, *pro qua parte hæres est*. Prior clausula partem designat rei furtiuæ, quæ non tota sed ex parte duntaxat in hæreditate reperta sit, Posterior verò partem hæreditatis, diuisæ per legem in tot partes, quot sunt cohæredes: Propter quam causam in priore clausula sunt adjecta ea verba, *quæ peruenit* quæ adiecta non sunt in posteriore ne qua dubitandi, aut cauillandi occasio, vel materia superesset. Quis enim crederet fore quemquam adeò incautum, qui verba illa, *non pro parte quæ peruenit*, non de eo quod ex re furtiua pro parte peruenisset, sed de hæreditatis parte intelligeret? Aut cur non eadem siue imperitia, siue audacia mihi liceat quod in lege sequitur, *pro qua parte hæres est*, sic interpretari, *pro qua parte res furtiua ad hæredem iure hæreditario peruenerit*. Atquin hoc dici non potest, quoniam iis verbis, *pro qua parte hæres est*, pars hæreditatis apertissimè significatur nec aliud prætereà quicquam. Ergo nec illud. Finge itaque scripsisse Vlpianum quomodo isti interpretantur, *In condictione ex causa furtiua non pro parte hæreditatis, quæ peruenit cum effectu, sed pro qua parte quisque hæres est tenetur.* Quin posset dici aut scribi absurdius? Quòd si absurditatis huius tollendæ gratia adderes, quod isti de suo supplent, *sed pro qua parte quisque hæres est persecutione tenus*, an non esset hoc longè ineptius? Deinde rogo si prima illa verba, *non pro parte quæ peruenit*, de hæreditatis parte intelligantur, quis erit sensus sequentium illorum, *sed in solidum tenemur dum soli hæredes sumus.* An non fatendum necessariò est, quod lex ait, *in solidum* de solida re furtiua, non autem de solida hæreditate intelligi debere: Ergo cùm sint ista opposita, *pro parte*, & *in solidum*, non aliter explicari oppositio potest, quàm vt dicamus, quemadmodum dixit Vlpianus solidum pro solida re furtiua, ita & partis appellatione non de hæreditatis, sed de rei furtiuæ parte illum sensisse. Esset enim planè ridicula antithesis sic explicata, *non pro hæreditatis parte quæ peruenit, sed in solidam rem furtiuam tenemur dum soli hæredes sumus.* Cùm nihil vetet solidam rem furtiuam peruenire ad hæredem ad quem pars tantùm hæreditatis cum effectu peruenerit, Et contrà ad illum etiam ad quem nulla hæreditatis pars cum effectu peruenerit secundùm istorum interpretationem, totam nihilominus rem furtiuam, & in solidum peruenire. Sed nihil est quod nouam istam interpretationem tam manifestè confutet, quàm quod contra Cuiacium proximè disputauimus *ex dict. leg. si pro fure 7. §. vltim. eod. tit.* condictione furtiua teneri in solidum hæredem quemadmodum fur tenebatur, & eandem condictionem quæ contra furem competebat, etiam contra furis hæredem durare, tametsi res furtiua viuo adhuc fure tota perierit. Eo namque casu quo perijt, quomodo fieri potest vt ad furis hæredem siue cum effectu, siue persecutione tenus duntaxat res furtiua perueniat? Aut quid refert quærere, an cum effectu an persecutione tenus hæreditas vel tota vel pro parte ad hæredem peruenerit si vtroque casu verum tamen sit rem furtiuam nulla ex parte ad eum peruenisse, Ipsum verò non nisi de eo quod peruenit teneri posse: Scio eosdem istos illum Vlpiani locum aliter interpretari. Quasi è contrario non aliter admittat Vlpianus hæredem furis teneri condictione furtiua, quàm si seruus furtiuus post furis mortem decesserit siue apud hæredem, siue non apud ipsum. Sed hanc quoque interpretationem nos iam suprà refutauimus, cùm ostendimus furtiuam condictionem neque furis morte, neque rei furtiuæ interitu extingui, Et quod Vlpian. eo loco scribit furtiuam condictionem durare, non solùm si viuat seruus furtiuus, sed etiam si decesserit omnino ita accipiendum esse, *etiamsi decesserit viuo fure.* Ne alioqui frustra & superuacuò sit adiectum quod subijcitur quasi diuersum *sed etsi apud hæredem diem suum obiit seruus furtiuus vel non apud ipsum.* Nam quod rursum additur, *post mortem tamen furis* non pertinet ad excludendam eo casu condictionem furtiuam, sed ad excludendum casum illum ab hac posteriore clausula, tanquam qui iam priore clausula

sula comprehensus esset, adeóque solus. Quod quoniam in praecedentibus latius supérque declaratimus, hîc non repetemus. Sed hoc tantùm addemus, Si verum esset qood isti volunt, Furis haeredem teneri de eo solo quod peruenit pro qua parte haeres est non cum effectu sed persecutione tenus duntaxat, Consequens fore vt ne quidem de eo quod reuera ad ipsum peruenisset teneri praecisè deberet, sed, quod tamen nemo adhuc dixit, liberari potiùs praestando actiones quas haberet haereditatia persequendae gratia. Est enim hoc generale ac perpetuum, vt quisquis ob id tenetur, quod aduersùs alium habeat actionem, nullam aliam eo nomine condemnationem pati cogatur quàm vt eam actionem praestet, *l quod debetur 51. in fin. D. de pecul. l. cùm et 16. in fin. D de fideiuss.* vbi legendum est repulsita in suum locum dictione, *quia*, *Et ideo*, *quia habet actiones*, *tenetur ad idipsum*, *vt praestet actiones.*

ERROR IX.

De condictione furtiua, & actione rerum amotarum, quòd nullo modo sint famosa, neque poenales.

PLuries iam à nobis dictum & ostensum est in superioribus neque rerum amotarum actionem, neque condictionem furtiuam aut poenalem, aut famosam esse, sed vtramque rei persecutoriam. Id enim de actione quidem rerum amotarum scriptum est, *in l. 1. & 2. l. si mulier 21. § pen. D. rer. amot. de condictione autem furtiua in l. si pro fure 7. § 1. & pass. D. de cond. furt. § sic itaque, Inst. de act.* & ita ferè omnibus iuris nostri locis in quibus de furtiua condictione tractatur. Sed tamen fuit authoritas viri doctissimi Iacobi Cuiacij, vt qood hucvsque fuit extra omnem omninò controuersiam latius tractandum sit, & comprobandum, tanquam tale quid quod magis non careat dubitatione: Nam cùm aduersùs m. fedam iuris rationem expressamque Vlpiani verbum *in d. l. 7. § vlt. & l. 9. de cond furt.* vellet defendere condictionem furtiuam morte furis interire, nec dari in solidum aduersùs haeredem, sed de eo tantùm quod peruenit, quae famosarum & poenalium actionum natura & conditio est non earum, quae meram rei persecutionem continent, neque tamen posset negare quin esset illa rei persecutoria, coactus fuit hoc veluti temperamentum comminisci vt non sit quidem omninò poenalia, nec omninò famosa, sed sit tamen quodammodo poenalis, & quodammodo famosa, aut, quod idem est, quasi poenalia & quasi famosa. Id verò suscipit ille probandum ex professo ad Papinianum *in l. 5. D rer. amotar.* quatuor potissimùm argumentis: Quorum primum est, quod furtiua condictio comparata sit odio furum, Et quod de ca dicitur, inquit, id etiam dicitur de condictione rerum amotarum *§. sic itaque, Inst. de act.* Quòd si odio, inquit, Ergo poenae causa. Si poenae causa, Ergo poenalis aut veluti poenalis est. Nam & ita exceptio Senatusconsulti Macedoniani comparata dicitur odio creditoris, id est in poenam eius qui filiofamilias pecuniam credidit, *leg. sed si paterfamilias 9. § pen. D de SC. Macedon.* Secundum argumentum est quod vtraque haec actio ex delicto nascatur, licèt vtraque rei persecutionem contineat, *l si mulier 21. § pen & vlt D. rer. amot. l. si ambo 10. § queties D. de compen. l. si rerum 52. D. de re iud.* Quasi fieri non possit vt non aliquid poenae ob eam causam iis insit, cùm vel hoc ipsum conueniri ex delicto poena sit & vltio quaedam, inquit Cuiacius. Tertium est, quòd hae condictiones (sic enim ille semper loquitur) non dentur in solidum aduersùs haeredem, quomodo darentur nisi subesset in iis poenia, aut vindictae ratio quaedam, *l. vlt. C. rer. amot. l. 9. § vlt. & l. 10. D. de tutel. & rat. distr.* Ideóque Paulus noster *in d. l. si mulier §. pen.* postquàm dixit actionem rerum amotarum licèt ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continere, Infert quidem ea eo, Non finiri eam anno, vt neque condictio furtiua anno finitur Praetereà haeredibus quoque competere, sed non addit, *& in heredes*, quod tamen addere omninò debuisset si nullomodo poenalis esset actio, & nullomodo famosa. Quartum argumentum est ex *leg. si pignore 22 in princ. D de pignor. act.* vbi dicitur, si debitor mihi pignus subripuerit quod crediti nomine dederat, posse me contra eum agere non modò furti actione poenali in duplum, aut quadruplum, sed etiam condictione, & quidem furtiua si Cuiacio credimus, Neutro tamen casu cogendum me imputare debito quod ab ipso debitore sim consecutus, & quod ille mihi ex delicto suo praestiterit. Ergo inquit vir doctissimus, quod condictione furtiua consecutus sum, poena est. Nam si mea res esset, & salua manet debiti petitio, imputaretur debito, Cùm & quicquid actione furti consecutus essem ab alio fure quàm ab ipso debitore, id totum cogerer imputare, vt à Papiniano scriptum est initio eiusdem legis, *etiamsi culpa creditoris*, vt lea ait, *furtum factum sit*, Quo tamen casu longè probabilius videri poterat, Creditoris lucro debere poenam cedere quam ex furti actione ab extraneo fure consecutus esset, Cuius itidem damno propter culpam propriam cessura erat amissio pignoris si fur deprehendi & pignus subtractum recuperari non potuisset. Tenetur enim creditor de culpa *§. vltim. Inst. quib. mod. re contr. oblig. l. contractus 23. D de reg. iur.* His quatuor argumentis à Cuiacio allatis, quintum addiderunt quidam Cuiaciani, quòd in condictione furtiua, & similiter in actione rerum amotarum aestimanda res sit quanti plurimi vnquam fuit, *l. in re furtiua 8. § 1. D. de cond furt. l. pen D. rer. amot.* Quasi aestimatio quanti plurimi poena sit, non res ipsa, Ideóque nec alias vllis casibus praestari soleat, si excipias actionem legis Aquiliae, quae ipsa poenalis est *§. his autem verbis Inst. De l. Aquil.* ob eā potissimùm causam quòd in aestimando seruo vel occiso vel vulnerato repetitio illa fiat triginta dierum, *eg. qui seruum 34. § vlt. D. de oblig. & act.* aliquando etiam totius anni, *dict. §. his autem verbis.* At nos vt contrà probemus neque condictionem furtiuam, neque rerum amotarum actionem vllomodo poenalem aut famosam esse, non tam multis egemus argumentis. Cùm non modò apertissimos textus illos habeamus, quos huius capitis initio retulimus, sed ipsos etiam ferè confitentes aduersarios, qui non minùs cum seipsis quàm cùm veteribus Iureconsultis pugnantes fatentur, vel inuiti neutram istarum actionum poenalem omninò esse, neutram omninò famosam. Cuius sententiae nullus effectus alius fingi potest, quàm vt neque poenalium, neque famosarum actionum naturam habeant, sed earum potiùs quae continent rei persecutionem. Nam vt ex parte censeantur iure poenalium & famosarum actionum, ex parte verò non censeantur fieri certè nullomodo potest, nisi dicamus esse mixtas quales in praecedentibus, multas esse diximus, partim persecutorias rei, partim poenales in quarum tamen numero nec Cuiacius ipse actiones istas ponere ausus est, Constituens quartam & inauditam speciem actionum, quae nec omninò poenales, & famosae sint,

sint, nec omnino & absolutè rei persecutoriæ, nec rursum mixtæ ex rei, & ex pœnæ persecutione, sed quę cùm sui natura merè in rei persecutione contineant, sint tamen aliquomodo pœnales, & aliquomodo famosæ. Quòd si ita asset, fieret igitur aliqua ex parte infamis ille qui aut causa conditionis furtiuæ, aut ex rerum amotarum actione condemnatus esset: quod tamen apertè falsum est. In condictione quidem furtiua quia cessat ignominia in condictionibus, quamuis ex famosis causis pendeat *l.cessa. 36. D. de oblig. & action.* In actione verò rerum amotarum, non quia sit etiam illa condictio vt malè Cuiacius putat, Sed quòd singul ri quodam iure ob hoc ipsum comparata sit, ne pœnalis famosaq; actio daretur in eam personam quæ coniux antea fuisset *l.1.2.& pass. D. rer. amot.* Nec sanè status personæ qui indiuiduus est indiuisionem hanc recipere potest, vt aliquomodo infamiam patiatur, & aliquomodo non patiatur, sed aut omnino aut nullatenus infamem quem fieri necesse est. Fateor aliquando accidere vt aliquid fit in actione aut in exceptione quod suggillet existimationem apud bonos & graues viros, vt cernere est in condictione ipsa furtiua quæ quoniam furti mentionem facit, notámque exprobrat, turpis sanè est minúsque honesta, Itemque doli exceptio, de qua in .4.§.aduersus D.de doli mal.excep. vbi legendum esse *apud bonos viros*, non vt vulgò *apud bonos mores* alibi monuimus. Et tamen nemo hucusq; dixit infamiam & ignominiam sutis [illegible] ogiri, aut ex condictione furtiua *d.l. cessat*, aut ex doli exceptione, Cùm infamem sola sententia faciat *l.1 l.furti 6. & pass. D. de his qui not.infam. l. infamem 7. D. de public. iudic.* Sententia autem & condemnatio nulla ferri possit vi exceptionis contra actorem, sed tantùm vi actionis contra reum. Itaq; benè Vlpianus *in l parens 5 §. vl. & l. licèt 7. D. de ob,eq.parent.præst.* separat famosas actiones ab iis quæ doli vel fraudis habent mentionem, nec tamen famosæ sunt. Non quasi hæ magis quàm illę danda sint liberis & libertis aduersus parentes, patronósve, aut alias huiusmodi personas, quibus reuerentia debetur: Sed quia in effectu sententiæ & condemnationis multùm referat, an actio famosa sit, an turpis tantùm & parùm honesta, quod priore tantùm non etiam posteriore casu ignominia ex sententia & condemnatione irrogetur. Potiò actionem rerum amotarum ad quam suam Cuiacius errorem extendit, non modò famosam esse constat, sed neque turpem, quia neque furti neque alterius delicti maculam præ se fert, vt conditio furtiua, Sed habet honestum nomen, cùm possit amorio etiam cal ido, & maligno animo facta esse sine furto *l. si seruum 71 §. pen.& vlt.D. de acq.hæred.* licèt re vera furtum faciat mulier quæ res amouet consilio & caula diuortij posteà secuti *l. rerum quidem 15. & l. pen. D. rer.amot.* Alioqui amotio idem esset quod furtum, nec minùs actio rerum amotarum quàm condictio furtiua furti significationem & exprobrationem aliquam contineret, noo magis vtique daretur contra eam, quæ vxor fuisset quàm conditio furtiua, Quà dari nullo c su posse suprà docuimus in Error.1.Decadis præcedentis: Nempe quia in honorem transacti matrimonij non solùm ea actio deneganda est quæ vel pœnalis sit vel famosa, sed illa etiam quæ sit turpis *l.2.cod.tit. l.vlt in fi. C.de furt.* Condictio autem furtiua licèt neque pœnalis, neque famosa sit, turpis tamen est, In eóque grauior & durior, quàm actio rerum amotarum, quæ cùm inter eos tantùm habeat locum qui coniuges fuerunt *l. si concubina 1- D. rer. amot.* vel ex hoc maximè apparet non modò esse illam nullomodo famosam aut pœnalem, sed nec aliquomodo turpem, cùm si vel minimùm haberet turpitudinis etiam nudo verborum sono, vtique inter coniuges etiam post matrimonium habere locum nullomodo posset. Itaque qui defendunt condictionem furtiuam esse quodammodo famosam, & quodammodo pœnalem, vt probabiliorem facerent tam nouam opinionem, debuerunt ab ea separate actionem remotarum, separassent haud dubiè, si non eo consilio paradoxum hoc induxissent, vt probarent, condictionem furtiuam non dari in solidum contra hæredem. Quam in rem necesse fuit idem somniare illos & comminisci de actione rerum amotarum quam vident non dari aduersus heredem nisi de eo quod peruenit *d l.vlt. C rer. amot.* quasi non alia de causa potuerit hoc ius esse vel constitutum vel receptum in actione rei persecutoria, quam quòd habenda sit pro quodammodo pœnali & quodammodo famosa. Nec enim dioersitatis rationem illam obseruarunt quam nos in præcedentibus observauimus inter actionem rerum amotarum & furtiuam condictionem. Restat igitur vt ad Cuiacij & Cuiacianorum argumenta quæ retulimus, breuiter, & quod solemus, quantùm possumus, dilucidè respondeamus. Primùm autem valdè leuè est quod probat ille condictionem furtiuam esse pœnalem, ex eo quòd odio furis comparata esse dicatur *in dict § sic itaque. Instit.de action.* Etsi enim quæ in odio alicuius comparatam dicitur, in ipsius pœnam comparatum videtur, non ideò tamen statim consequens sit vt pœnalis dici debeat. Pœnalem enim actionem eam solam intelligimus quæ in alicuius pœnam comparata, sit, sed quæ pœnam consequendam, factúmque illius puniendum cum quo agitur *§. ex maleficiis & seqq. Institut. de action. l.huius actionis 9. § 1. D. quod fals. tutor author.* Sic diximus, ne ab exemplo quod Cuiacius affert recedamus, Exceptionem Macedoniani odio creditoris inductam esse, & in ipsius pœnam *dict.l.9 §.vltim.ad Maced.* neque tamen idcirco quisquam dixerit esse illam pœnalem. Pœnales enim exceptiones ius nostrum nullas agnoscit, quia scilicet nunquam dantur ad pœnam, sed tantùm ad elidendam actionem, licèt interdum non alia elidendæ actionis causa sit, quàm vt doli vel alterius improbi sui pœnam illam actor sentiat: Nec rursum pœnales actiones quis vnquam dixit eas in quibus iuratur in litem, Cùm tamen certum sit nunquam iurari nisi in pœnam contumaciæ *l.vltim. D. de fideiuss.* Et verò non ait Iustin *in dict §. sic itaque.* Odio furis ideò comparatam esse furtiuam condictionem quòd dignus ille visus sit qui pluribus actionibus pœnalibus teneretur, sed *quo magis pluribus actionibus teneatur*, Scilicet contrariis, cùm aduersus furem parata domino sit vindicatio, cum qua nunquam ex iuris ratione potest concurrere condictio, per quam intendatur dari rem oportere, vt probant quæ apud Iustin. sequuntur. Ac ne quis Cuiacianæ siue interpretationi, siue dubitationi locus relinqueretur, addidit ille odio furum comparatam esse condictionem furtiuam, vt extra pœnam dupli aut quadrupli fures etiam illa actione teeipiendæ rei nomine tenerentur: Ita affirmans euidentissimè, rei persecutoriam illam esse, nullomodo pœnalem. Quod ex eo quoque intelligere licet, quod non fur ipse tantùm sed ipsius etiam heres eum quoque eùm rem furtiuam possidet, ita vt eo nomine vindicatio contra eum institui possit, nihilominùs furtiua quoque condictione conueniri possit, atque ita directò contra eius planéque incompatibilibus actionibus teneri *§. vlt. Instit. de oblig. quæ ex delict. l.4. D. de condict. furt.* Nimirum quia cùm succedat in ius vniuersum defuncti, succedit etiam in ipsius vicia *l. cùm heres 11. D. de diuers. tempor.præscr* & consequenter in odium

odium quod ex vitiis suis defunctus contraxit. Et tamen non est successor pœnæ, *l. si pœna 20. D. de pœn & l. vnic. C. ex delict. defunct. & alibi pass.* Non est igitur bona consecutio si quis cum Cuiacio dicat, Condictionem furtiuam comparatam esse odio furis, Esse igitur pœnalem. Sed longè grauior & intolerabilior eiusdem viri doctissimi error ille est, quod in hoc quoque similem condictioni furtiuæ facit actionem rerum amotarum, Tanquam illa etiā in odium furis comparata dici possit, Quam tamen è contrario constat in fauorem & honorem transacti matrimonij comparatam fuisse, & veluti substitutam in locum duarum actionum quæ alioqui communi summóque iure competere potuissent, ni fauor coniugij obstitisset, Furti scilicet & condictionis furtiuæ, quarum prior non solùm pœnalis & turpis, sed etiam famosa est. Posterior verò nec famosa quidem nec pœnalis, sed turpis tamen. Quis ergo credere possit comparatam esse actionem rerum amotarum odio coniugis furis quo magis pluribus actionibus teneretur, vt verbis Iustiniani vtar, quibus ille vsus est *in d. § sic itaque*, cùm sola ea faciat vt duabus actionibus, & quidem multò durioribus exoneretur persona illa quæ rerum amotarum perinde ac furtiua condictio cum vindicatione possit concurrere, *l. ob res amotas 24. D. rer. amot.* Similem hac parte vtriusque actionis rationem facere potest. Non enim ratio illa iuris quam furis odium superauit in condictione furtiua inducenda, potuit obstare ne actio rerum amotarum induci posset alio colore quàm odio personæ quæ res amouit. Non enim qui agit rerum amotarum intendit dari quicquam sibi oportere, quomodo is qui condictione furtiua experitur, *d. § sic itaque.* Sed hoc tantùm contendit restitui sibi debere, quod malo more ac diuortij posteà secuti causa amotum fuit, ac ni restituatur, præstari sibi omne id quod sua interest, *l. si cùm dos 8. §. 1. D. rer. amot.* Quæ formula cùm sit arbitrariæ actionis, non solùm non pugnat cum vindicatione, sed etiam longè propiùs accedit ad vindicationem, quæ & ipsa arbitraria est, *§. præterea. Inst. de act.* quam ad condictionem, quæ omnis stricta est, & ipsa quoque condictio furtiua non minùs quàm cæteræ. Ex quo potissimum docuimus in superioribus actionem rerum amotarum neque esse, neque dici posse condictionem, Multò minùs verò condictionem furtiuam aut furtiuæ similem, cùm neque præsentis, neque præteriti dominij probationem necessariò exigat *d. l. si concubina 17. §. vlt. & l. seq. D. rer. amot.* in eóque præcipuè differat etiam à vindicatione, Vt sit non modò latior, sed etiam commodior, tum quoque, cùm res amotæ propriæ sunt actoris, idque propter summam probandi dominij difficultatem, *§ commodum Inst. de interd.* Dices, Negari non posse quin per actionem rerum amotarum puniatur furtum, tametsi minùs quàm si vel furti actione proposita vel condictione furtiua coerceretur *d. l. pen. D. rer. amot.* Ergo nec illud negari posse quin comparata sit odio furum, Ego verò non nego puniri per eam furtum quod reuera per amotionem factum est. Sed nego quod tu infers pro Cuiacio, Esse igitur illam odio furum coniugum comparatam. Quid enim erat necesse induci cùm sufficere possent actio furti, condictio furtiua, & aliæ actiones omnes aduersùs fures cæteros qui non minùs odiosi sunt, comparatæ? Nisi fortè putamus coniuges esse odiosiores cæteris furibus, & ideò noua quoque & propria actione Rerum amotarum conueniri eos posse. Quod equidem verissimè diceretur si cæteris actionibus omnibus quæ contra fures omnes alios competunt, hæc quoque accederet. Sed cùm inducta sit vt esset quodammodo substituta in locum actionis furti & condictionis furtiuæ, Qua fronte quæso possis dicere comparatam illam odio coniugum, per quam fiat vt & paucioribus & leuioribus nec vllomodo contrariis actionibus coniuges teneantur? Planè quia post denegatam iure constituto actionem furti, itémque condictionem furtiuam aduersùs coniuges in honorem matrimonij, Sequeretur impunitum manere factum coniugis, qui res amouisset si nulla in earum locum alia substituta esset. Maximè verò si earum nomine vindicatio institui nulla posset, quòd vel non extarent, vel agentis propriæ non fuissent, Inducendum necessariò fuit singulare illud iudicium Rerum amotarum. At non odio coniugum, sed quia licèt fauore aliquo digni visi sint ob pudorem matrimonij vt scriptum est *in d. l. vlt. ad fin. Cod. de furt.* & fauore nuptiarum, vt ait, *leg. vlt. de seruo corrupto.* non vsque tamen adeò fauendum iis fuit, vt tam improbum delictum, quod reuera furtum est, maneret impunitum. Sunt verò ista longè diuersa, vt quis dicat, Tanto odio dignos fuisse visos coniuges, vt actio Rerum amotarum singulari quodam iure inter ipsos induci debuerit, Aut vt quis dicat, Non tanto fauore dignos esse illos, quin actione aliqua teneri debuerint ad res amotas restituendas, aut vt loquar meliùs, ob res amotas non restitutas. Denique cùm iudicium Rerum amotarum dicatur singulare *in d. l. 1. eod. ad. tit.* quia non contra fures alios quàm qui coniuges fuerunt, exerceri potest, Necesse est alterutrum fateri, Vel ideò inductum fuisse quod non tantùm odio, sed etiam maiore odio digni sint visi coniuges quàm cæteri fures, quod tamen iam ostendimus sicut à nemine adhuc dictum fuit, ita neque dici vllomodo posse, Vel fauore potiùs coniugum quos displicuit furti obligari, & actionibus illis aut famosis aut saltem turpibus conueniri, quibus fures cæteri conueniuntur. Et sanè ita est.

ERROR X.

Confutatio aliorum argumentorum Cuiacij, & de æstimatione Quanti plurimi in condictione furtiua.

SEcundum Cuiacij argumentum eiusdem ponderis est & momenti. Condictio furtiua, inquit, & actio rerum amotarum pendent ex delicto. Quis negat? Ergo sunt quodammodo pœnales, quoniam hoc ipsum Agere ex delicto vltio quædam est, Pœna, conuerti. Neganda omninò est consecutio. Non enim pœnalem actionem origo eius facit & causa, sed finis, quem eum esse oportet, vt actio tendat ad pœnam, *leg. 4. §. vltim. cum legib. sequentibus D. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* Nec pœna vel vltio vlla in eo esse potest si quis ex delicto agat ad rem suam persequendam, & recuperandam, sed tunc tantùm cùm de delicto ipso agit, adeóque ad hoc tantùm vt debitam delicto pœnam consequatur. Hoc verò neque in condictione furtiua, neque in actione rerum amotarum euenit, quæ non solùm ad pœnam non dantur, sed ad rei persecutionem, vt toties diximus, verùm etiam ita sunt compositæ vt in iis ne quidem tractetur de delicto, licet ex delicto proficiscantur, & delicti veritatem in necessarium antecedens supponant. Tantum abest vt in iis agatur de delicto puniendo. Sed leuissimum omnium est tertium argumentum, quod

sumit

sibi vir doctissimus ea suppositione illa qua perperam habet neque condictionem furtiuam, neque actionem rerum amotarum dari in solidum aduersus hæredem, Quæ darentur, inquit, si nullomodo pœnales essent hæ actiones, nullóque modo famosæ. Etsi enim verum est actionem rerum amotarum non dari in solidum contra hæredem, sed inquantum duntaxat ad eum peruenit *d. l. vlt. C. rer. amot.* id tamen non rationem illam habet quod in ea sit aliquid pœnæ vel infamiæ, Sed quia est actio arbitraria, in qua non aliter æquum est condemnari hæredem, quàm si arbitrio iudicis non pareat, Nec tutius arbitrium iudicis tale esse vt iubeatur hæres reddere suprà quàm ad eum peruenit, cùm nihil ipse deliquerit, vt in præcedentibus explicauimus, At in condictione furtiua falsissimum est quod Cuiacius supponit pro vero, non dari eam in solidum contra hæredem, sed in quantum duntaxat ex re furtiua ad eum peruenit, Vt constat ex *d. l. 7. §. vlt & l. 9. D. de condict. furt.* Est igitur ista petitio principij & circuitio quædam planè intolerabilis. Nam cùm non aliam rationem meliorem habeat vir doctissimus, qua tentare possit Condictionem furtiuam non esse dandam in solidum contra hæredem furis, quàm quòd illa sit quodammodo famosa, & quodammodo pœnalis, Rursum hoc ipsum quod nos negamus esse illam aliquomodo famosam, & aliquomodo pœnalem, probare vult ea eo ipso de quo potissimùm disputamus, quod non in solidum aduersus hæredem detur. Quod quid aliud est quàm probare non dicam obscorum per obscurius, sed falsum per falsius, & improbabile per improbabilius? Et fatetur tamen vtramque actionem tam condictionem furtiuam quàm rerum amotarum dari hæredibus, & perpetuam esse id est non annis finiri, quod vtrunque Paulus disertè scribit *in dicta lege si mulier 21. paragrapho penultimo, D. rerum amotarum.* quorum tamen neutrum verè dici posset de actione quæ esset aliquomodo pœnalis aut aliquomodo famosa. Vel ea parte solius conuenti rei, quamuis ea parte actoris persecutionem rei contineret, vt apparet ex *leg. vel post annum 6. & leg. sequent. D. de alien. iudic. mut. caus. fact. leg. 1. paragrapho vltimo, D. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est, l. in honorariis 35. D. de oblig. & act.* quæ licet de honorariis tantùm actionibus loquatur in quarum numero furtiua condictio non est, quam constat merè ciuilem esse, vt cæteras condictiones omnes, Attamen ad rerum amotarum actionem benè accommodari potest quæ non ciuilis sed prætoria est, *lege secunda, Codice rerum amotarum*, ac proinde quæ annon finiretur si vel parte illius qui conueniretur posset aliquomodo dici pœnalis, vt illa quæ De alienatione iudicij mutandi causa facta proponitur, quæ punit alienationem illam dolo malo factam, *lege prima & pass. eo titul. De alien. iudic. mut. caus. fact.* Nam quæ sunt huius generis cùm sint ea vna parte pœnales, ea altera rei persecutoriæ, procul dubio sunt mixtæ, & consequenter pœnalium magis quàm rei persecutoriarum iure censendæ, non quidem ex parte actoris quominùs ipsius quoque hæredibus dentur, Sed ea parte rei ve neque in hæredem eius competant, neque in eum ipsum post annum. Quod autem quarto & postremo loco idem Cuiacius obijcit, ex *l. si pignore 22. D. de pignor. act.* planè ad rem & quæstionem nostram non pertinet. Non enim de condictione furtiua eo loci tractat Iureconsultus sed condictione incerti quæ ex Aristonis sententia à cæteris prudentibus non improbata competit creditori cui data res pignori subrepta fuit, *lege & ideò duodecima, paragrapho vltimo, D. de condictione furtiua.* Condictio enim furtiua semper condictio certi est, non incerti, *lege certi condictio 9. post principium, D. de rebus credit.* Quamquam scio eundem virum doctissimum, vt suam illam objectionem ab hac nostra responsione tueatur in alium errorem ferri, quo defendit duplicem esse condictionem furtiuam, Certi vnam, incerti alteram Sed ea distinctio prorsus commentitia est, & digna tamen de qua propter tanti Iureconsulti authoritatem quæ alios nec paucos nec ignobiles scriptores in eundem errorem pellexit, diligentiùs disceptamus Decade sequenti ne quid huic plenissimæ nostræ De condictione furtiua tractationi desit. Sed illa etiam priùs nobis confutanda est ratio quam ab aliis pro Cuiacio afferri diximus, vt probent Tam condictionem furtiuam, quàm actionem rerum amotarum aliquomodo pœnalem esse ea parte saltem illius personæ quæ conuenitur, Quòd inquiunt, in vtraque actione æstimentur res furtiuæ & amotæ, quanti plurimi vnquam fuerunt *Ex lege in re furtiua octaua, paragrapho primo, D. de condictione furtiua, & lege penultima, D. rerum amotarum.* Facilis autem responsio est, Non ideò posse actiones istas dici pœnales, Cùm æstimatio etiam quanti plurimi non pœna sit, sed res ipsa quæ in actionem venit, & quam necesse est venire in condemnationem quando corpus ipsum furtiuum vel amotum, quia fortè extare desijt, præstari amplius non potest, *d. leg. in re furtiua 8 in princ.* vbi Vlpianus postquàm dixit, In re furtiua condictionem ipsorum corporum competere, subinde quærit, An hoc verum sit tandiu duntaxat quandiu extant corpora, an verò tametsi desierint esse in rebus humanis, Et ait, siquidem fur obtulerit, nullam superfore condictionem, Sed si non obtulerit durare condictionem, Non quidem corporum quia ipsa præstari amplius non possunt, sed æstimationis eorum: Quomodo etiam accipi debet, quod ad huius sententiæ confirmationem & amplificationem scriptum est *in l. vlt. cod. tit.* Licet fur paratus fuerit accipere condictionem, & per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, eam condicere, posteà autem res perempta est, Tamen durare condictionem ex consentiente veterum prudentum opinione, quia videtur, inquit Triphoninus, qui primùm inuito domino rem contrectauit, semper in restituenda ea quam nec debuit auferre, moram facere. Vt scilicet condictio non rei furtiuæ sed æstimationis hoc casu duret, quæ æstimatio proinde quàliscunque fuerit tandem & quantacunque illa sit, non pœnæ sed ipsius rei furtiuæ loco est. Nam quòd maior aut minor sit æstimatio quæ præstanda est, non immutat substantiam aut qualitatem æstimationis, nec facit vt ea æstimatio habenda sit pro pœna furis potiùs, quàm in vicem rei furtiuæ: quia nec facit ve aliud sit quàm æstimatio: Vt neque æstimatio illa quam necessitate cogente interdum fieri oportet ex animo & affectione iurantis, etiam contra eum qui non sit in dolo, & quem ideò nemo dixerit pœnam aliquam pati debere vt in specie *l. in actionib. 5. §. vlt. D. de in lit. iur.* In eóque obseruanda est perelegans differentia, quam nescio an vllus adhuc obseruauerit inter æstimationem illam, Quanti plurimi quæ præstatur à fure, aut furis hærede ex causa condictionis furtiuæ, & illam quæ ex lege Aquilia Nam quæ ea lege Aquilia præstatur pœna est non simplum & simplo accedere dicitur *in leg. qui seruum 34. §. vlt. D. de oblig. act.* Et ideò dicitur illa actio mixta hoc casu, tum quoque cùm ad simplum agitur *§. ex maleficiis Inst. de act.* Nempe quoniam in ea lege res æstimatur quanti plurimi fuerit triginta diebus proximis

præteritis, ea tertio capite, aut eo anno proximo retrorsum computato ea eiusdem legis capito 1. Atque ita suprà damnum quod datum fuit. Nec enim damnum pluris esse potest, quàm quanti ea res est eo ipso tempore quo damnum fit *dict. §. hu autem verbu Inst. de leg. Aquil.* At æstimatio quanti plurimi, quæ venit in condictionem furtiuam, non ea eo tempore computatur quod furtum præcessit, sed ea eo demum, quod secutum sit litis contestationem, nec egreditur retrorsum iudicij accipiendi tempus, *l. 2. §. quæsitum, D. de priuat. delict.* cùm non aliam ob causam condemnatio fiat huius æstimationis, quàm quia fur ab eo instanti, singulis momentis furtum nouum aut saltem moram nouam contrahere intelligatur *d. l. in re furtiua in fin* Adeóque à quo instanti furtum admisit, *l. inficiando 67. §. infans, D. de furt.* Sed eius moræ quæ litis contestationem præcessit, ratio nulla haberi potest in iudiciis strictis, vt docuimus in prima Chiliadis parte. In quo numero vtique condictio furtiua est. Et idcirco non potest ea æstimatio censeri loco pœnæ, Non magis quàm si alius quilibet speciei debitor post moram admissam re peremptà conueniatur ad eius æstimationem præstandam, cùm res ipsa præstari ampliùs nequeat licèt placèt non eo minùs petit adhuc eam debere, quasi adhuc extare videatur hoc ipso, quod post moram extare desierit, *l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. D. de verb. obligat.* iunct. *d. l. in ædilibus 5. D. de in lit. iur.* Admitto fieri odio furis vt vnoquoque momento nouam moram facere videatur, ex continuatione furti nouâque contrectatione quamuis tenera vnum duntaxat furtum *d. l. inficiando 67. §. infans D. de furt.* ne præterea vt teneatur præstare quanti plurimi ea die litis contestatæ res vnquam fuit. Sed quamuis ad odium furis tanquam ad proximam & immediatam causam referatur ius illud quod in condictione furtiua obtinet, vt quanti plurimi res vnquam fuit, æstimari eam oporteat, Nego tamen statim consequens fieri, vt pœna illa dicenda sit. Multò minùs verò vt condictio furtiua pœnalis dici debeter, cùm sint ista longè differentia, vt in diluendo primo Cuiacij argumento demonstrauimus. Est igitur æstimatio quanti plurimi vice furtiuæ quæ si extaret in condictionem veniret ipsa, non ipsius æstimatio, Nec tam accessionis cuiusdam iure censeri debet, extra causam legis Aquiliæ, quàm principalis debiti. Vnde fit vt ex Pragmaticorum quoque sententia tametsi accessionum accessiones nunquam debeantur, *l. vltim. C. de vsur.* æstimationis tamen quanti plurimi vsuræ quoque præstandæ sint omnibus illis casibus quibus iidem Pragmatici nostrorum Interpretum errorem secuti, monstrum hoc æstimationis quanti plurimi antiquis prudentibus incognitum extra causam legis Aquiliæ & condictionis furtiuæ inuexerunt. Vt ex Codice nostro videre est *Defin. 9. De vsur.* Vnus tantùm locus est qui Cuiacianum fefellit, & quo probari apertissimè videatur actione rerum amotarum & famosam & pœnalem esse. Is est *in leg. 2. Cod. rerum amotarum.* Sed de tota illius legis sententia, & emendatione ideò latiùs dicendum erit Decade sequenti.

ANTONII FABRI I.C.

Decas octogesimaprima.

ERROR PRIMVS.

De duplici condictione furtiua certi, & incerti quam Interpretes quidam induxerunt. Ad l. si pignore vigesimam secundam D. de pignor. act.

DVPLICEM quidem esse condictionem Vnam certi, aliam incerti nemo est qui nesciat. Sed qui hanc distinctionem etiam condictioni furtiuæ adaptauerit, quasi sit etiam illa duplex certi vna, Incerti altera, nemo vt opinor ante Iacobum Cuiacium fuit, quem tamen ex recentioribus nonnulli sunt secuti, Illi verò præcipuè, qui eum eo defendunt, Condictionem furtiuam quod sit quodammodo pœnalis, & quodammodo famosa non dari in solidum aduersùs hæredem. Primus enim & capitalis error ille est, qui viros alioquin doctissimos in nouum errorem hunc pelleait, Cùm sibi viderentur posse argumentum huius rei non leue deducere, ex eo quod Vlpianus post Papinianum scribit de condictione *in l. si pignore 22. D. de pignor. act.* si modò de furtiua condictione intelligeretur, cùm tamen negare non possint quin de incerti condictione accipiendum omninò sit. Nos de illius legis sententia primùm dicemus, Posteà verò probabimus condictionem incerti furtiuam esse nullam posse. Proponit Vlpianus quæstionem de creditore cui pignus subreptum est. Et quærit, Non an furti agere possit (certum enim est posse cùm eius intersit ex honesta causa, *leg. creditoris 15. leg. creditori 87. D. de furt.* sed an cogatur imputare debito quicquid furti actione perceperit, Distinguit autem ex Papiniani sententia, An extraneus sit qui pignus subripuit, an ipse debitor. Nam & debitor ipse furtum rei suæ hoc casu facere potest, non quidem proprietatis cuius nec furtum vllum vnquam fit, sed possessionis, quæ in creditorem transfertur dato pignore, *l. cùm & sortis 35. §. 1. eodem tit. De pignor. act.* adeò vt dicatur creditor verè ac propriè possidere quod ad omnia præterquàm quod ad causam vsucapionis, *leg. seruis nomine 16. D. de vsucap.* Vt proinde non possit negari quin creditoris intersit, quia pignoris retentio commodior & expeditior semper est quàm persecutio, *lege prima, D. de pignor.* Et priore quidem casu, id est cùm extraneus furtum pignoris fecit, Placet totum quicquid creditor actione furti percepit imputare eum debito oportere, Atqui duplum ex ea causa percipitur, vel quadruplum prout furtum vel manifestum fuit, vel nec manifestum. In eóque duplo vel quadruplo simplum continetur, id est summa non debiti, sed pignoris quantacunque sit, *dicta l. creditori octogesima septima, D. de furt* Solet autem pignus, & vt idoneum sit debet excedere debiti quantitatè, Alioqui non esset idoneè cautum

cautum creditori, Qui tamen finis est dandi pignoris, & accipiendi, *l. si mandatu 59. §. vlt. D. mandat. l. 4. §. adduci D. de fideic. libert.* Ergo vix est vt actio vlla supersit creditori pro debito consequendo postea quam furti egit, Nisi per inopiam furtis factū sit vt non solùm duplum aut quadruplum ab eo consequi non potuerit, sed neque summam ipsam pignoris quæ debiti summæ & quantitati respondeat. Nec tantū imputare debito cogitur id quod percepit, sed etiam actione pignoratitia tenetur debitori vt omne id quod debitū excedit, ei præstet ac restituat *d. l. creditoris*. In quo mirum est deterioris eum conditionis esse, quàm locatorem, & commodatarium, quibus si res locata vel commodata furto subtracta sit, non solùm furti actio contra furem extraneum competit perinde ac creditori ad duplum vel quadruplum consequendum, sed cum eo quoque commodo vt quod furti actione perceperint, neque locatori neque cōmodatori restituere teneantur. *l. si qui rem 6. D. locat. l. vlt. §. ed cum in secundam C. de furt.* Quidni enim tantundem iuris habeat creditor, qui hoc plus habet quam cæteri, quod verè possidet proprio nomine *d. l. si rem* cùm tamen conductor & commodatarius non tam possideant quàm sint in possessione nomine locatoris aut commodatoris qui re vera possidet, *l. si quis ante 10 l. si rem mobilem 47. D. de acq. poss. l. malè agitur 2. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* Respondet Accursius *in d. l. si pignore*, Conductorem & commodatarium habuisse vsum rei subreptæ quo priuati sunt per furtum, Creditorem verò non habuisse, qui si pignore vsus fuisset furtum admisisset *l. si pignore 54 D. de furt.* Sed cùm furtum sit interuersio non tantùm vsus verùm etiam possessionis, *l. 1. in fin. cod. tit. l. 1. ad fin. D. de distr. pign. l. 1. §. Scæuola, D. si is qui testam. lib. ess. iuss. est*, Vix dici potest creditorem ob id minùs iuris habere cum furtum passus est, quòd vsum pignoris non habeat, cuius habet verum possessionem. Dicendum igitur potiùs est differre in eo conductorem & commodatarium à creditore, quòd licèt creditor verè possideat adeóque suo nomine extra causam vsucapionis, non tamen pignus accepit, vt aliquod ex eo lucrum perciperet, sed tantùm quò sibi magis, & melius cautum esset, Conductor verò & commodatarius non nisi lucri & commodi proprij causa contrahunt, quod in commodato nomen ipsum demonstrat. Itaque nihil fit aduersùs mentem contrahentium, cùm ex furto, quòd conductori vel commodatario factum est lucrum aliquod penes ipsos remanet; quomodo fieret sanè aduersùs naturam pignoris, si vel tantillum penes creditorem remaneret. Quamquam in conductore multò planiùs id procedit quàm in commodatario, Non quia contractus commodati minùs fiat in fauorem commodatarij quàm contractus locationis in fauorem conductoris (nam imò verò commodatum fiat plerumque in gratiam & vtilitatem solius commodatarij, Locatio verò in gratiam vtriusque *l. si vt certo 5 §. nunc videndum, D. commod.* vbi dicitur ob hanc causam teneri commodatarium de culpa etiam leuissima, cùm tamen conductor non nisi de leui teneatur, Sed quia commodatum non aliam causam habet quàm liberalitatem commodantis. Cui proinde æquissimum esset, commodatarium in vicem accepti beneficij gratiam illam & gratitudinem rependere, vt quod per occasionem furti à fure consecutus esset pœnæ nomine, hoc totum ei redderet, neque ex aliena liberalitate commodum illud captaret, de quo in commodatarium transferendo non fuerat cogitatum tempore commodati. Atque ita Papinianum aliquando sensisse Iustinianus refert *in d. l. vlt. § sed cùm in secundam*, licèt non exprimat, vtrùm ea ratione moueretur Papinianus quàm nos attulimus, an alia meliore quam nos certè nullam inuenimus. Sed tamen aliud posteà eidem Papiniano visum est quem in hac quæstione vt & in aliis nonnullis variasse constat, tandémque illud magis probasse, vt quod commodatarius per actionem furti ab extraneo fure pœnæ nomine consecutus est non sit cogendus actione commodati reddere commodatori, Sed sibi retinere possit in vicem quodammodo & compensationem damni quod ex furto pati poterat si neque furem deprehendere, neque indemnitatem ab eo consequi potuisset. Id enim secundùm naturam est cuiusque rei lucra & commoda eum sequi quem sequuntur incommoda, vt habet regula iuris. Quæ tamen ratio si recta est, vt est, quidni etiam facit, vt in creditore cui pignus subreptum est, idem iuris obtineat quod in commodatario, Saltem eo casu quo per leuem culpam creditoris acciderit vt furtum pignoris factum sit, Cùm peræquè verum sit teneri creditorem de culpa leui, atque commodatarius tenetur de leuissima? *d. §. nunc videndum d. l. contractus 24. de reg. iur. §. vlt. Inst. quibus mod. re contr. oblig.* Verùm aliud eiusdem Papiniani, aut saltem Vlpiani iudicium fuit, qui scribit *in d. l. si pignore*, Sententiam illam Papiniani quæ vult creditorem qui de pignore subrepto egit furti cogendum esse debito imputare totum quicquid percepit, veram esse etiamsi culpa creditoris furtum factum sit: quamuis eo casu periculum totum ad ipsum pertinuisset: quæ dubitandi ratio ad eum locum fuit. Sed fortior decidendi illa est quam iam attulimus, quòd non quemadmodum in commodato id agitur vt commodum aliquod perueniat ad commodatarium. Ita in pignore id actum videri potest vt ex eo lucrum aliquod penes creditorem remaneret. Itaque licèt commodati tempore non fuerit cogitatum de lucro illo quod per occasionem furti poterat accidere, præsertim cùm ex furto damnum timeri certiùs quàm sperari lucrum possit: facilius tamen est vt qui lucrum aliquod sperare iustè potuit, maius aliud consequatur, quod sperauerat, quàm vt vel tantillum lucri penes eum remaneat, qui nullum penitus ex suo contractu sperare licitè nec potuit, nec debuit. Quam ob causam nec furti actio danda creditori videbatur nisi in summam debiti, cùm non pluris eius interesse credi posset. At contra tamen prudentibus visum est, creditori actionem furti non in summam debiti, sed in summam pignoris competere aduersùs extraneum furem *d. l. creditori 87. de furt.* Quia non creditoris tantùm dumtaxat eius interest sed in solidum, id est quanti pignus totum est, *d. l. creditoris 15. eod.* non solùm si per ipsius culpam furtum factum sit, qui casus nullam habet dubitationem, sed etiamsi sine culpa: quippe cùm totum pignus possideat, & quidem ex debitoris eiusdémque domini voluntate, Quod sufficit vt ei quoque cuius ex alia quàm dominij causa interest rem non subripi, actio furti accommodetur, *l. is cuius interest 85. eod. tit.* Tantóque magis ipsi cautum sit quanto pretiosius est pignus quod accepit. Planè vbi debitor ipse pignus subtraxit, contrà probatur, vt in summam non pignoris, sed pecuniæ debitæ & vsurarum eius, conueniatur furti. *d. l. creditoris*, An quia hoc casu non in plus interesit creditoris? Exemplo scilicet eius, quod scribit Vlpianus *in l. si inter 21. §. vlt. D. de pignor.* Si pignorata res non restituatur, litem aduersùs possessorem æstimandam esse, sed aliter aduersùs ipsum debitorem, Aliter verò aduersùs quemuis alium possessorem. Nam aduersùs debitorem non pluris quàm quanti debet, quia non pluris interest, Aduersùs cæteros autem possessores etiam pluris: & quod amplius debito consecutus fuerit creditor, debere illum restituere debitori pignoratitia actione.

actione. Ita certè est. Quamquam enim vtroque casu interesse videtur creditoris habere totius pignoris possessionem quo magis sibi cautum habeat, vt suprà diximus. Fatendum tamen est pluris eius interesse aduersùs extraneum siue furem siue possessorem quàm aduersùs debitorem ipsum: Quia contra tertium quemlibet tanti eius interest quanti est non solùm quod ei debetur, sed etiam quod iudicio pignoratitio restituere debitori teneatur, cùm possit ei imputari si ob id solùm minùs reddat, quod minùs exegerit quando plus exigere pro suo iure, & posset & deberet. Bonam enim fidem præstare cogitur in omnibus iis quæ ad causam pignoris pertinent, Nec tantùm cùm per actionem in rem pignus ipsum persequitur contra quemlibet possessorem, sed etiam cùm de pignore subrepto agit furti, Siquidem nec aliam ob causam habet actionem furti quàm quia rem tenuit ex domini voluntate *d.l.is cuius interest*. At contra debitorem ipsum nunquam eius interest, nisi ad quantitatem vsque debiti. Et quamuis id quod à debitore consecutus erit pœnæ nomine per actionem furti, non solùm reddere domino non teneatur, sed neque debito imputare, vt mox dicemus ex *dict. lege si pignore*, quæ res aliquam videtur inducere differentiam inter actionem furti de pignore & hypothecariam quæ nullu penitus casu lucrum afferre creditori potest, quia pœnalis non est, sed rei solius persecutionem arbitrio iudicis continet *lege si fundus 16. paragrapho in vindicatione D. de pignor.* Non ideò tamen potest fieri tanto pluris videatur interesse creditoris ad agendam quantitatem simpli quæ duplanda vel quadruplanda est, At potiùs tantò minoris, quantò maius lucrum sensurus est ex furti pœna quam sibi totam & integram retinebit. Absurdum enim esset dicere ob id pluris interesse creditoris contra debitorem ipsum quòd ex eiusdem debitoris voluntate rem tenuerit, At non potiùs meliorem idcirco debere conditionem esse domini ex cuius potissimùm voluntate fit, non vt creditoris intersit, sed vt creditori ob id quod eius interest actio furti danda sit. Non enim omnibus quorum ex quacunque causa interest actio illa accommodatur, sed iis tantum quorum interest vel ratione possessionis quam nacti sunt ex domini voluntate, vt constat ex exemplis positis *in d. l. cuius interest in fin.* Hactenus igitur danda est creditori actio furti contra debitorem quatenus interest creditoris seposita & intuitu eius habita debitoris voluntate. Hoc verò ad causam debiti & vsurarum eius restringitur: quia non pendet ex debitoris voluntate an aut quantum debeat, postquàm debere cœpit, & obligationis vinculo se adstrinxit, Ergo ad summam debiti & vsurarum restringendum erit simplum quod in actione furti duplandum vel quadruplandum est si debitor ipse rei suæ furtum fecerit.

ERROR II.

Ad posteriorem partem distinctionis quam ponit Vlpianus in dicta lege si pignore 12. De pignoratitia actione.

VEniamus iam ad aliam partem distinctionis, quam Vlpianus *in dicta lege si pignore*, adhibet circa illam quæstionem, An quod actione furti consecutus est creditor pœnæ nomine ab ipso debitore, qui pignus subtraxerit, cogendus sit pignoratitia actione restituere debitori. Et concludit Vlpianus, neque debere hoc imputari debito, neque restitui, & ita Papinianum quoque sensisse libro 9. quæstionum, Cuius sententia extat *in leg. si debitor 79. D. de furt.* in hæc verba, *si debitor pignus subripiat, quod actione furti soluit, nullomodo recipit.* Nec valdè dissimiliter Modestinus *in l. id quod 74. D. de solut.* *Id quod pœnæ*, inquit, *nomine à debitore exactum est lucro debet cedere creditoris.* Ratio non obscura & in qua omnes consentiunt, illa est, quod penæ non solent repeti cum depensæ sunt, minusque absurdi est vt per occasionem pignoris lucrum aliquod remaneat penes creditorem etiam contra quam fert natura pignoris, quàm vt debitoris furtum & delictum sit impunitum, *l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. versic. Sanè quoniam eod tit.* In vniuersum enim & sine vlla exceptione sequenda est ea regula, vt dolus omnimodo puniri debeat, etiamsi non alicui, sed illi ipsi qui eum admisit damnosus futurus sit, *l. procurator 11. § 1. D. de doli mal except.* Quanto igitur magis puniendus est dolus debitoris qui creditor afferat iacturam possessionis? Atqui non puniretur si quicquid à debitore creditor exegisset, totum id aut debito imputare, aut ipsi debitori restituere cogeretur. Eandémque rationem habet quod ex eodem Papiniano sequitur apud Vlpianum *in d. l. si pignore § 1.* Si metus causa creditor seruum pignoratum debitori tradiderit, quem bona fide pignori acceperat, & posteà egerit ex edicto Quod metus causa, atque ita quadruplum consecutus sit, neque restituere illum debere quicquam ex eo quod consecutus est, neque debito imputare, Etsi namque in quadruplo illo simplum continetur adeò vt non nisi triplum in pœna esse videatur, *l. item si cum exceptione 14. §. sed etsi quis & §. quatenus D. quod met. caus.* quadrupli tamen condemnatio vnica, & indiuidua est, idcóque tota per modum pœnæ irrogatur, licèt non tota sit pœna. Vnde dubitandum olim fuit inter prudentes, Si quis per vim stipulatus cùm acceptum non faceret fuerit in quadruplum condemnatus, An si posteà ex stipulatu ageret, aduersùs exceptionem Quod metus causa, replicatione doli adiuuari deberet. Nam Iulianus quidem putabat adiuuari eum debere quòd in quadruplo etiam simplum reus esset consecutus, Sed Labeo contrà dicebat etiam post quadrupli exactionem nihilominus exceptione summouendum eum qui vim intulisset, vt scriptum est *in d. §. sed & si quis.* Vbi Tribonianos sub Vlpiani nomine duriorem existimans sententiam Labeonis, sic temperanda esse ait, vt tam tripli condemnatione plectatur stipulator, quàm acceptilationem omnimodo facere compellatur. Cæterùm si in condemnatione quæ fit ex illa actione Quod metus causa, diuidendum esset quadruplum in simplum & triplum, vt rei persecutio à pœna distingueretur, sicuti falsa euidenter fuisset planéque improbabilis opinio Labeonia, Ita nec quærere Iulianus debuisset de danda replicatione stipulatori, qui exceptionem Quod metus causa per simpli solutionem abundè exclusisse videri potuisset. At quia per modum pœnæ condemnatus fuerat ad totum quadruplum, ideò placebat vel exceptione Quod metus causa adhuc repellendum eum si ex stipulatione per vim aut metum interposita agere pergeret, quæ Labeonia erat sententia, Vel saltem necessariam ei esse replicationem doli aduersùs exceptionem, quòd bis idem consequi reus vellet, quamuis diuersis mediis, vt *in l. si quis dolo 51. in fin. D. de re iudic.* Nec sanè aliam rationem habere potest quod ex Papiniano Vlpianus scribit *in d. l. si pignore §. idem Papinianus*, Si metus causa tradiderit creditor debitori seruum pignoratum, quem bona fide pignori acceperat, & per actionem, Quod metus causa quadruplum consecutus sit, nihil eum

restituere debere ex eo quod consecutus est neque debitum imputare, Quàm quia quadrupli condemnatio tota per modum pœnæ irrogata est, licèt simplum in ea contineatur. Non enim qui in actione cognoscit iudex pronunciat rem esse restituendam, nec condemnat reum ad rei restitutionem aut ad simpli præstationem, primùm, deinde ad triplum pro pœna, sed ob id quod non sit pat rum arbitrio De re restituenda quod præcedere necesse est vt in actionibus arbitrariis omnibus, Condemnat rectâ reum in quadruplum per modum pœnæ etiam quod ad simplum comprehensum in illo quadruplo, licet reuera simplum illud non sit pœna sed æstimatio rei per vim ablatæ. Alioqui non posset negari, salua Papiniani pace, & authoritate quin debito suo saltem imputare creditor deberet simplum illud quod per actionem De eo quod metus causa etiam à debitore ipso esset consecutus, Siue Iuliani sententiam illam sequi velimus quæ extat *in dicto paragrapho sed & si quis*, siue Triboniani temperamentum quod in effectu ad Iuliani sententiam propiùs accedit, vt scripsimus in Rationalibus ad eum locum: Nisi fortè in ea Iurisconsultorum dissensione Papinianum à partibus Labeonis stetisse malumus, & in ea fuisse opinione, vt etiam post quadrupli perceptionem pristina superfit actio quæ competeret etiamsi nulla quadrupli condemnatio facta esset Quæ sententia mihi, si dicere liceat, quod sentio, probabilior videtur. Neque enim per hanc quadrupli condemnationem fit vtilo vlla fit rei de qua contenditur, sed ob eam non restitutam & in pœnam contumaciæ quadrupli totius condemnatio irrogatur, vt cum pœna, & sub pœnæ nomine actor etiam indemnitatem consequatur, Et vtvt sit semper verum est quod volumus, In actione Quod metus causa quadruplum per modum pœnæ in condemnationem deduci, Indéque fieri vt nihil ex quadruplo illo neque restituatur, neque imputetur. Quamquam dici etiam fortasse posset, casum illum de quo Papinianus respondit, habere quid speciale. Non enim ponit coactum esse creditorem debitum acceptum facere creditori, sed tantùm ei pignus tradere, ex eáque causa creditorem consecutum esse quadruplum, Æstimationis scilicet possessionis, quippe quæ sola hoc casu æstimanda est, non vt in actione furti aut debitum ipsum aut pignus pro debito datum. Æstimatur siquidem id solum quod restitui oportet, id quod abest. Abest autem nuda possessio cum suis fructibus, *lege si mulier vigesimaprima, paragrapho qui possessionem. Digest. quod metus causa.* non etiam debitum ipsum quippe quod non haberet creditor etiamsi pignus per vim tradere coactus non fuisset. Proinde mirum non est post huius quadrupli perceptionem integram totius debiti petitionem superesse, cùm neque debitum, neque pro debito quicquam creditor perceperit, sed tantùm pro possessione pignoris, Aliter quàm si creditor debitum ipsum acceptò ferre coactus, agens postea ex edicto, Quod metus causa quadruplum consecutus esset. Nam cùm in quadruplo illo debitum ipsum quasi simplum contineretur, difficilius esset vt audiri deberet creditor, si præter quadruplum etiam debitum exigere vellet, quod iam per actionem quod metus causa licèt non sub debiti nomine exegisset. At in casu Papiniani neque debitum exegisse videri potest creditor, etiamsi quadruplum consecutus sit, neque quicquam pro debito, sed tantùm pro possessione pignoris, Cuius possessionis causa nihil cum debito commune habet. Sed hæc quidem circa actiones furti & Quod metus causa ad Vlpiani & Papiniani sententiam assequendam dixisse sufficiat. Superest vt de condictione cuius mentio fit *in eadem lege si pignore* aliquid subiiciamus, & de furtiua condictione intelligi non posse ostendamus. Qui quoniam alius, nec minoris momenti tractatus est, conferendus erit in Decadem sequentem, Si tamen priùs monuerimus, Distinctionem illam quam suprà in creditore adhibuimus, An ei pignus subreptum sit à debitore ipso, an ab extraneo, non similiter habere locum posse in commodatario, vel conductore. Nec enim potest debitor rem suam cuius & dominium & veram possessionem retinet subripere commodatario, vel conductori, qui neque dominus est, neque possessor. Etsi autem habent isti vsum aliquem rei siue locatæ, siue commodatæ, furtum autem fit per interuersionem vsus non minùs quàm possessionis, *dicta lege 1. in fin. D. de furt.* Non potest tamen ea res inducere vt locator conductori vel commodator commodatario furtum facere existimetur, quoniam ea demum interuersio tolius vsus, furti materiam præbet, per quam fit vt qui alienam rem ad certum vsum accepit, alij eam vsui applicet puta si commodatarius qui equum accepit commodato ad iter vnius diei eo vtatur per mensem, aut iumenta sibi commodata longiùs duxerit. vt *in l. qui iumenta 40. eod. tit.* Vel si quis aliena re vtatur qua nullo modo vti potuerit vt euenit in depositario & creditore, *d. l. si pignore 54. eod.* At cùm dominus re sua vtitur, cuius non solùm dominium, sed etiam possessionem habet, fieri nequit vt furtum faciat, Non magis quàm vt re sua vtatur, *l. vis frui 5. D. si vsusfr. pet.* Facit quidem iniuriam conductori quem non patitur frui re conducta, Et commodatario cui intercipit vsum rei commodatæ, & quem beneficio adiuuari non decipi oportuit, *l. in commodato 17. § sicut D. commod.* Sed nulla inde furti actio nasci potest nec alia vlla, nisi ex contractu, Scilicet conducti in fauorem conductoris, & commodati contraria in fauorem commodatarij, *dicto paragrapho sicut, leg. ex conducto 15. in princ. D locat.*

ERROR III.

De condictione incerti, quæ datur creditori subrepto pignore per debitorem.

Facit Vlpianus duplicem mentionem condictionis quæ competit creditori subrepto pignore *in leg. si pignore 22. D. de pignor. act.* quia & duos casus proponit in quibus locum habere condictio illa potest. Primus est si pignus creditori subreptum fuerit ab alio quàm à debitore. Alter est si à debitore ipso furtum pignoris factum sit. Vtroque casu certum est competere creditori non modò actionem furti, contra furem, quisquis ille sit, sed etiam condictionem, & quidem incerti ad id quod interest creditoris, licet aliter atque aliter æstimandum aduersùs debitorem & aduersùs extraneum. Neque est qui de hoc dubitet. Sic enim apertè ex Neratio & Aristone scribit Vlpianus in *l. & ideo 12. §. Neratius D. de cond. furt.* Sed de illo tantùm quæritur & controuertitur, An ea condictio sit furtiua: Cuius controuersiæ gratia totus hic à nobis susceptus tractatus est. Quærit autem Vlp. *in d. l. si pignore*, An quod creditor à fure extraneo consecutus est per huiusmodi condictionem, aut etiam à debitore ipso cogatur, vel imputare debito vel debitori restituere pignoratitia actione. Respondet autem ad quæst. quod ad priorem duntaxat casum pertinet, non etiam ad posteriorem,

Scilicet

Scilicet quod ab extraneo conſecutus eſt creditor, ſiue actione furti, ſiue incerti condictione, debito imputari oportere ſed multò magis quod condictione incerti quàm quòd actione furti, Cùm id quod conſecutus eſt per actionem furti, pœna ſit: Quod verò per condictionem, rei perſecutio: Non autem æquum ſit creditorem eandem ſummam bis perſequi, vt eam bis conſequatur, Quod autem ad poſteriorem caſum pertinet, Nihil reſpondet Vlpianus niſi de actione furti: Nimirum id quod creditor à debitore ipſo per eam furti actionem conſecutus fuerit, neque imputandum eſſe debito, neque reſtituendum debitori tanquam quod pœnæ nomine exactum ſit. De condictione verò nihil reſpondet, totamque rem dubiam & indeciſam relinquit. Inde porrò magna inter iuris Interpretes & contentionis & diſſenſionis materia, iam olim apud Accurſium inter Azonem & Irnerium. Azo namque defendebat, neque imputare creditorem, neque reſtituere actione pignoratitia debere quod à debitore ipſo per condictionem illam incerti fuiſſet conſecutus, tanquam quod ſi non prorſus pœnæ nomine, ſaltem quaſi pœnæ exactum eſſet, ob improbum factum debitoris. Irnerius contrà contendebat & imputari oportere & reſtitui. Azonem quem Accurſius quoque & veteres omnes ſecuti ſunt, & ex recentioribus nominatim Cuiacius ad librum nonum quæſtionem Papiniani, illa potiſſimum ratio mouebat, quòd ſi ſeruum bona fide ſibi pignoratum creditor debitori per vim aut metum coactos, agens poſteà ex edicto Quod metus cauſa quadruplum à debitore conſecutus fuiſſet, non eo minùs totum debitum petere adhuc poſſet, nec quicquam ex eo quadruplo aut in debitum ſuum imputare, aut creditori reſtituere cogeretur: Cùm tamen negari non poſſit quin illo in quadruplo ſimplum contineatur, nec niſi triplum in pœna eſſe videatur. Ita enim diſertè ſcriptum eſt ab eodem Vlpiano, aut ſaltem ſub Vlpiani nomine *in lege item ſi cum exceptione quatuordecima, paragrapho ſed & ſi quis & paragrapho quatenus Digeſt. quod met. cauſ.* Cur ergo in illa etiam condictione incerti quæ creditori competit aduersùs debitorem ſubrepto per debitorem pignore, non idem obſeruabimus, vt quamuis rei perſecutionem contineat, nihil tamen actione pignoratitia vel imputare debeat creditor vel reſtituere? Tanti verò momenti obiectionem hanc eſſe putauit bonus Irnerius, vt nihil aliud reſpondere potuerit, niſi quòd creditor, qui per actionem Quod metus cauſa quadruplum conſecutus eſt nihil quidem ex eo quadruplo in debitum ſuum imputari debeat, ſed tamen cogendus ſit pignoratitio iudicio reddere ſimplum illud quod in quadruplo percepetit. In quo tamen, vt benè Accurſius obſeruauit, nec fuit valdè difficile, apertè vim facit Irnerius Vlpiano, cuius illa ſunt verba, ſi non potiùs Papiniani cuius ſententiam eo loco Vlpianus refert, *Nam ſi egerit Quod metus cauſa factum eſt, & quadruplum ſit conſecutus, nihil neque reſtituet ex eo quod conſecutus eſt neque debito imputabit.* Ego tamen facere non poſſum, quin aduersùs Azonem & Cuiacium ſentiam, Motus illa potiſſimùm ratione quod condictio incerti quæ creditori contra furem pignoris accommodatur, non poſſit non eſſe rei perſecutoria. Siquidem ob hoc ipſum dicitur incerti condictio quia competit ad id quod intereſt creditoris. Id autem quod intereſt ſemper incertum eſt, quia in facto non in iure conſiſtit, *l. quotiens 24. De reg. iur. l. vlt. D. de prætor. ſtipul.* Qui autem fieri poteſt, vt quicquam adhuc interſit eius, qui iam id omne ſit conſecutus quod ſua interarat? Aut vt ei cuius nihil amplius interſit, ſalua nihilominus ſuperſit actio pecuniæ creditæ? Tritum enim eſt neque actionem, neque exceptionem ſaltem efficacem ei dandam eſſe cuius nihil intereſt, Cùm & obligationes, & actiones, & exceptiones ad hoc tantùm comparatæ ſint vt vnuſquiſque quod ſua intereſt, vel acquirat vel conſequatur, *l. 3. §. 1. l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri De verb. oblig.* Denique quis vnquam admittat quod contendit Cuiacius, Condictionem illam incerti per quam creditor conſecutus ſit quicquid ſua intererat, pœnalem eſſe? Non diſputo, An ſit illa condictio furtiua quemadmodum vir doctiſſimus putat, quod mox negabo, Sed illo etiam præſuppoſito quod falſiſſimum eſt vt furtiua condictio dici poſſet & deberet. Quis tamen non videt pœnalem dici eam nullomodo poſſe cùm non detur niſi ad id quod intereſt? Nec enim ſicuti pœna plerumque ſubſtituitur in locum eius quod reuera intereſt ſiue ad taxandam eius quantitatem quæ alioquin eſſet incerta, vt *in d. l. vlt. de præt. ſtipul.* ſiue ad nnuandam quodammodo eius quod intereſt obligationem, vt *in l. obligationum ferè 44 § vlt. D. de obl. & act.* Ita è contrario fieri, dicíve vnquam poteſt id quod intereſt ſubſtitui loco pœnæ. Ergo ſiue initium rei, ſiue effectum reſpiciamus, non poteſt condictio incerti, quæ non datur ad id quod intereſt, pœnalis exiſtimari. Et conſequenter cùm ſit rei perſecutoria, nihil certè cauſæ eſt, cur non cogendus ſit creditor debito imputare quod ab ipſo debitore conſecutus fuerit per condictionem. Ne alioqui abſurdum illud ſequatur, quod Cuiacius fateri cogitur, licèt abſurdum id eſſe neget, vt creditor eandem rem bis perſequatur, & conſequatur, Scilicet per condictionem incerti primùm, deinde per actionem pecuniæ creditæ. Nec ruſſus dici poteſt ad corrigendam vel molliendam duplicis huius exactionis iniquitatem, Per incerti condictionem exigi rem ſub nomine eius quod intereſt, Per actionem verò pecuniæ creditæ ſub nomine debiti. Nec enim ſola nominum diuerſitas immutare poteſt rei ſubſtantiam, & facere vt pro diuerſis haberi debeant ea, quæ effectu ipſo vnum, & idem ſunt. Atqui certum eſt quoties pignus à debitore ipſo ſubreptum eſt creditori, nihil intereſſe creditoris niſi ratione debiti & vſurarum eius, *l. creditori 87. D. de furt.* Ergo quod conſequitur creditor per condictionem incerti à debitore iure eius quod intereſt, illud ipſum eſt quod per actionem pecuniæ creditæ conſequitur ſub nomine debiti, Nec pro Cuiacio quicquam facit quod ipſe allegat ex *l. id quod 74. D. de ſolut.* Id quod exegit creditor à debitoro in propoſita ſpecie non debere reſtitui debitori. Loquitur enim Modeſtinus *in d. l. id quod*, non de omni eo quod creditor à debitore exegerit, ſed de eo tantùm quod exegerit pœnæ nomine. In quo id quod intereſt, vt diximus, nunquam continetur. Priuſque erat, vt probaret Cuiacius pœna aliqua functum eſſe debitorem, qui propter ſubreptum à ſe pignus præſtiterit creditori quanti eius interfuit, quàm vt exclamaret quomodo exclamat in hæc verba, *Quis hoc vnquam audiuit, vt mihi ex poſtfacto reſtituatur pœna, qua ſemel functus ſum iure meritóque?* Quàm exclamaret ille impatientius, nec tamen, vt puto, iuſtius, ſi hoc audiret quod nunc primùm audemus dicere, In propoſita ſpecie, id eſt cùm pignus non ab extraneo, ſed à debitore ipſo ſubreptum eſt creditori nullam eo nomine condictionem incerti aduersùs debitorem creditori dandam eſſe? Nam cùm ſit veriſſimum quod ſcriptum eſt *in dicta lege creditor* Hactenus referre an extraneus, an verò debitor furtum pignoris fecerit creditori, quod aduersùs

extraneum furem æstimatur id quod interest creditoris non credito tenus duntaxat, sed ad valorem vsque pignoris, Aduersùs debitorem verò non nisi ad finem debiti & vsurarum eius, Fatendum est, omninò nihil interesse creditoris an agat condictione incerti, an actione pecuniæ creditæ, nec aut plus, aut aliud vna actione quàm alia contineri. Quòd si ita est, illud quoque fateri nos oportet condictionem incerti hoc casu competere nullam posse. Quemadmodum enim Philosophi dicunt, non esse multiplicanda entia sine necessitate, ita & in Iurisprudentia nostra propositio verissima est, Non esse multiplicandas pro vna eadémque re actiones quarum vna non plus quàm alia sit vtilitatis allatura. Inductæ sunt enim actiones omnes iure ciuili aut ex necessitate, aut ex aliqua saltem vtilitate, vt quod vna actione actor, vel nullomodo, vel minùs commodè posset consequi, altera actione, vel pleniùs vel commodiùs consequeretur, *lege qui servum 34. De obligat. & action.* Tantum autem abest vt creditori cui pignus à debitore subreptum est vel necessaria sit, vel vtilis incerti condictio aduersùs debitorem, vt incommoda potiùs & damnosa ei futura sit. Cùm enim creditor ad debitum consequendum habeat actionem pecuniæ creditæ quæ ipsa nihil aliud quàm certi condictio est. Quid obsecro prodesse illi potest, quod habeat præterea condictionem incerti? An non multò certius, commodius & expeditius est agere certi condictione quàm incerti? Qui enim condicit certi ad hoc solùm adstringitur vt probet sibi deberi, non etiam quantum illud sit quod debetur, cùm sit certum. At is qui condicit incerti, vt consequatur id quod sua interest, non solùm probare cogitur quòd sua intersit, sed etiam quanti intersit. Quoniam vtrumque illud, An scilicet intersit, & quatenus intersit in facto non in iure consistit, ideóque incertam quantitatem continere dicitur, quia semper incertum est quod ex lubrico fidei testium pendet, etiamsi tale quid sit quod in se ac per rerum naturam sit certissimum: Vnde fit, vt quamuis maximè intersit actoris plerumque tamen inopia probationum res & condemnatio ad exiguam summam deducatur, *dicta lege vltima, Digest. de prætoria stipulatione*, vbi hanc ob causam consilium dat Iureconsultus, vt stipulator in vicem eius quod interest pœnam & certam quantitatem stipuletur ne probandum habeat, An aut quatenus intersit, quia cùm pœna in stipulationem deducta est non quærimus an intersit, aut quanti, sed tantùm quænam sit quantitas & conditio stipulationis *lege stipulatio ista trigesima octaua, paragrapho alteri, Digest. de verborum obligatione.* Verùm huic consilio in prætoriis tantummodò stipulationibus locus est, quæ sui natura in id quod interest per verba illa, *quanti res est* concipiuntur, Non etiam in casu nostro in quo agimus de condictione incerti quæ non ex conuentione aliqua, sed ex furto nascatur.

ERROR IV.

Qui probare debeat qui agit condictione incerti de subrepto pignore contra debitorem, Et quid si subreptum pignus fuerit per extraneum.

DIces nec esse necessarium in proposita specie, vt qui agit condictione incerti probet quanti sua intersit, Cùm tanti eius interesse credatur quantum ei debetur *dicta lege creditoris* 1[5]. *de furt.* ideoque nec verendum esse ne per inopiam probationum aliquod damnum sentiat, cum probationes quæ sunt necessariæ in condictione certi ad condemnationem extorquendam, eæ ipsæ sufficere possint ad incerti condictionem peragendam. Respondeo, Satis esse nobis ad victoriam vt per condictionem illam incerti nullum commodum ad actorem peruenire possit, licet neque damnum ex ea vllum sensurus sit. Cur enim patiamur actionem nouam induci, cuius neque necessitas, neque vtilitas vlla proferatur? Sed tamen negari non posse quin creditori ea condictione agere volenti necessarium sit probare furtum à debitore factum; Haud secus acsi contra eum agere furti vellet, quæ tamen probatio plerumque difficilis est, vt & cæterarum omnium rerum quæ in animo & voluntate consistunt, cùm furtum siue animo, & affectu furandi non fiat. Proinde duo probanda creditor habet si aduersùs debitorem condictione incerti agere velit, & furem eum esse & debitorem, Cùm tamen ad condictionem certi rectè & cum effectu instituendam possit ei sufficere vt aduersarium probet debitorem, Quod non tantùm per testes vt furtum, sed per chirographum, probari potest, aut ex aliis publicis priuatisque instrumentis. Denique vel ipse verborum sonus ostendit. Cæteris quoque paribus longè commodiorem esse & certiorem condictionem certi quàm incerti, Semper enim metuenda & periculosa est *incerti* allegatio & mentio in iudiciis, quorum euentus per se iam nimium dubius incertúsque est *vulg. lege quod debetur quinquagesima prima, Digest. de peculio.* Quam ob causam ferè ausim affirmare nullo iuris loco quem legisse meminerim ita scriptum aut comparatum esse, vt pro vna eadémque re certi condictio possit concurrere, cùm incerti condictione, eidemque personæ vtraque actio accommodetur. Sed solet semper condictio incerti esse subsidiaria, & ei competere cui competere certi non posset, tanquam quæ semper minùs certa sit minúsque vtilis: nec minùs stricti iuris quam condictio certi. Sunt enim condictiones omnes strictæ, siue certi sint, siue incerti, nunquam verò bonæ fidei, vt aliæ pleniores aliis possint habere præstationes. Nec est quod quis obijciat, Eadem ratione futurum vt probare quis possit, Non magis aduersùs extraneum furem dandam esse creditori condictionem incerti, cùm perinde inutilis ei futura sit ea actio, quippe qui paratiorem & certiorem habeat condictionem certi contra debitorem. Longè namque diuersa horum casuum ratio est, Non ob id solùm quod creditoris interest habere plures debitores, vt quod fortè à debitore ipso propter eius inopiam consequi non posset, consequatur ab extraneo fure, Sed etiam quia idipsum quod creditoris interest, aliter æstimatur aduersùs debitorem. Cùm aduersùs debitorem non æstimetur nisi ad concurrentem vsque debiti, & vsurarum eius quantitatem, Aduersùs extraneum autem, ad summam vsque & valorem pignoris, cuius æstimatio plerumque debiti quantitatem excedit, Vt proinde non possit dubitari quin plenior sit condictio illa incerti contra extraneum, quam condictio certi, & pecuniæ creditæ contra debitorem. Replicabis fortasse, Nihil referre creditoris an id quod ipsius interest æstimetur ex quantitate debiti, an ex valore pignoris, cùm id omne quod debitum excedit, & debiti vsuras cogatur postmodum reddere debitori pignoratitia actione *l. creditoris 15. D. de furt.* Imò verò, inquam,

maximè

maximè creditoris interest, non modò propter repræsentationem damni, quomodo de actione rerum amotarum scribit Paulus *in l. si mulier 21. § hac actio D. rer. amot.* per eam actionem repræsentari damnum licet postea dotis exactio competat, Verùm etiam ne solito quandocumque debito teneatur ob hoc ipsum creditor debitori pignoratitia actione, Cui sanè teneretur si non ei redderet quicquid ab extraneo fure non solùm exegisset, sed etiam exigere potuisset, & debuisset, quemadmodum eodem iudicio tenetur ille ad restitutionem fructuum non solùm quos percepit, sed etiam quos percipere potuit *l. creditor qui prædium 3. C. de pign. act.* Itaque non parnam ex illa condictione incerti vtilitatem sentit creditor, exigendo suprà quàm sibi & sortis & vsurarum nomine debeatur, quamuis superfluum postea restituere cogatur, quando ea ratione assequitur vt à periculo damnóque actionis pignoratitiæ se liberet: Cuius è contrario nullus subest metus si debitor ipse furtum fecerit. Qua enim fronte posset debitor imputare creditori aut condictione incerti vel furti actione aduersus debitorem ipsum non egisset *argum. l. si extraneus 33. l. cum in fundo 78. §. quod si mulier D. de iur. dot.* At instantem adhuc te audio, Potuisse hanc incerti condictionem & debuisse induci quamuis inutilem futuram aduersus debitorem ipsum eundemque furem pignoris, vel solo furum odio quo magis pluribus actionibus teneretur, Sicuti circa condictionem furtiuam ratiocinatur Iustinianus *in §. sic itaque Instit. de action.* ex eáque causa posse illud defendi quod vult Cuiacius condictionem illam incerti furtiuam dici debere, quòd non nisi furis odio sit comparata. Ego verò neutrum admitti posse arbitror, Nunquam enim aut odium furis, aut aliud quidpiam extorquere potuit à ciuili legislatore actionem nouam quæ omni casu futura esset prorsus inutilis, Neque verò quod ad condictionem furtiuam pertinet, furis odium in eo elucet quod pluribus actionibus tenetur, sed quod contrariis & incompatibilibus, Siquidem extra causam furis inauditum est vt condictio concurrat cum vindicatione, & qui iam dominus est, cùm magis dominus fieri nequeat, intendat tamen sibi rem suam dari oportere *dict. §. sic itaque & l. vltim. in fin. D. vsufr. quem. caueat.* Cæterùm nemo dixerit ideò solùm inductam esse condictionem furtiuam vt actionum numero fur obrueretur, Cùm suas vtilitates habeat, easque non paucas quæ nec in vindicationem rei furtiuæ nec in actionem furti venire possent: Inter quas illa est, quod datur contra furem furísque hæredem etiamsi non possideat *§. vltim. Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt. l. si pro fure 7. §. vltim. D de condict. furt.* contra quem tamen non daretur vindicatio si non possideret, vt nec aduersus alium quemlibet *l. si qui destinauit 24. l. qui petitorio 36. D. de rei vindic.* Item quod in condictione furtiua æstimatur res quanti plurimi vnquam fuit à die litis contestatæ *l. 1. § quæsitum D. de priuat. delict. l. in re furtiua 8. in fin. D de condict. furt.* Cùm tamen neque in rei vindicatione, neque in alio vllo actionis genere si excipias actionem legis Aquiliæ, præstetur vnquam æstimatio quanti plurimi. Denique quod in condictione furtiua non distinguimus an furtiua res æquè apud dominum peritura fuerit an non, Quomodo distingui solet in vindicatione *l. item si verberatum 15. §. 1. D. de rei vindic.* Sed omnimodo furem furísque hæredem ad rei furtiuæ restitutionem si extet, aut si extare desierit, ad æstimationis quanti plurimi præstationem condemnamus: nullo in eam rem adhibito iureiurando in litem, cui locus est in iudicio vindicationis *l. qui restituere 68 eod. tit.* Ex eo igitur apparet neque inutilem esse condictionem furtiuam, neque ob id tantùm comparatam vt fur pluribus actionibus teneretur, Sed etiam vt grauiore ac duriore actione coërceretur, Et consequenter non posse ex comparatione condictionis furtiuæ sumi argumentum ad inducendam pariter odio furis condictionem incerti aduersus debitorem, ex qua nullum creditor commodum sentire vllo casu posset. Sed & admisso eo quod tamen nunquam admitterem vt odio furis danda esset creditori pro subrepto pignore condictio incerti aduersus debitorem, Non ideò tamen illud etiam admittendum putarem vt ea condictio dici furtiua deberet: Nisi fortè putamus etiam vindicationem quæ contra furem competit si rem furtiuam possideat, speciali & ante hunc diem inaudito nomine, furtiuam vindicationem dicendam esse, Eo colore, quòd post inductum ius condictionis furtiuæ soli domino dandæ, non minùs odio furis fieri videatur, vt qui condictione tenetur etiam vindicatione teneatur, quàm è conuerso vt ab eo qui actione in rem conueniri potest, condici quoque possit: Vtrumque enim abhorret ab ea iuris regula quæ nullo casu patitur concurrere vindicationem cum condictione. Illud vnum nobis obstat, quod Vlpianus *in dict. l. si pignore*, de ista incerti condictione aduersus ipsum quoque debitorem qui pignus subripuit, danda loquitur apertè iis verbis *sed quod ipse debitor furti actione præstiterit creditori, vel condictione* Quid enim scribi potuit apertius, vt appareret etiam aduersus debitorem propter subreptum pignus incerti condictionem dari posse? Atqui ex ratione iuris defendi hoc non potest, vt iam ostendimus. Superest ergo vt dicamus irreptitia esse verba illa *& condictione*, additáque ab imperito interprete non animaduertente quantum intersit hac parte, an ab extraneo, an à debitore ipso furtum pignoris factum sit. Alioquin quis sibi persuadeat, Vlpiano aut Papiniano excidere potuisse, vt proposita quæstione in duas partes diuisa ad alteram duntaxat responderit? Est hoc nimirum familiare inscitiæ Triboniani, non diligentiæ Vlpiani, aut alterius cuiusquam ex prudentibus. Et verò cur de furti tantùm actione locutus esset Vlpianus ex Papiniano *in dict. l. si pignore* & Papinianus ipse *in l. si debitor 79. D de furt.* si condictionem quoque incerti ex hac causa contra debitorem à creditore exerceri posse credidissent? Aut si non saltem aliud iuris constituendum putassent in eo quod creditor actione furti consecutus esset à debitore, Aliud verò in eo quod incerti condictione. In summa cùm incerti condictio illa si contra debitorem competeret, non latiùs patere posset, quàm condictio certi de pecunia credita, vt probauimus, quis non videt quàm diuersa sit hac parte causa condictionis & actionis furti, neque posse in condictione sic concipi quæstionem, An quòd creditor à debitore supra debiti quantitatem exegerit, restituere cogendus sit, cùm superfluum nihil esse possit, Quamquam obseruo aliter ab Vlpiano propositam quæstionem, Aliter verò conceptam responsionem. Nam cùm quæsitum esset, an quod ipse debitor furti actione præstiterit creditori, debito imputandum sit, Respondet ex Papiniano non oportere id restitui, quod diuersum est. Qua de causa si quis Triboniano tribuere vellet quod ego interpreteri, non valde repugnarem. Neque enim stylum Vlpiani valde mihi sapere videntur verba illa initio legis posita *Papinianus confitetur, & est verum* & quæ toto ferè illius legis contextu sequuntur. Neque in contrarium facit quod Paulus ex Neratio & Aristone generaliter scribit *in l. & ideò 12. §. vlt. D. de condict. furt.* Eum cui pignori res data est in-

certi condictione acturum si ea subrepta est. Recipit enim hæc generalis sententia interpretationem ex ratione iuris, Si pignus non à debitore ipso sed ab extraneo subreptum proponatur: qui casus tamen ideò fortasse non fuit nominatim exprimendus, quia vsu frequentior est. Nam & similiter idem Paulus *in d. l. creditoris decimo quarto, De furt.* generaliter scribit, Creditoris cuius pignus subreptum est non credito tenus interesse, sed omnimodo in solidum furti agere eum posse, id est in duplum vel quadruplum, eius quod ipsius interest facta relatione non ad quantitatem debiti, sed ad summam pignoris: Cùm tamen non aliter id verum sit quàm si pignus subreptum sit ab extraneo non etiam si à debitore *l. creditori 87. eod.* Ac ne dubitari queat eum solum casum quo debitor ipso pignus subripuerit, à Paulo tractari constat id manifestissimè ex sequentibus verbis *sed & pigneratitia actione id quod debitum excedit, debitori præstabit* Pugnaret enim ea sententia cum eo quod scriptum est *in d. l. creditori, & in d. § si debitor. & in d. l. si pignore*, si de pignore per debitorem ipsum subrepto intelligeretur. Vt autem coniectura mea de verbis illis *& condictione* ab interprete additis probabilior mihi videatur, illud facit, quod alio eiusdem loco, id est *in paragrapho si prædo*, video eiusdem vt credibile est, interpretis audacia factum esse, vt additus hodie sit versiculus ille *proderit igitur ei quod creditor bonæ fidei possessor fuit*, cùm è contrario debuerit potiùs illationem sic concipere *non proderit igitur*, quemadmodum alio loco docuimus, Etsi enim cùm prædo pignori rem dedit, competit ei de fructibus quoque pignoratitia actio, perinde ac alij creditori cuilibet. Nihil tamen ei prodest quod ipsius creditor bonæ fidei possessor fuerit, vt eo magis fructos illos consequi possit, sibi, & locrari. Quandoquidem vt eos exegerit cogetur æquè reddere illos domino aut vindicanti si extent, aut condicenti si consumpti sint: acsi eos ipse per se non per creditorem percepisset, quæ illius loci sententia est. Sed & *in paragrapho vltim. eiusd. legis*, vbi scriptum est *nam vsu hoc euenerat*, mallem legere *casu*, quàm *vsu* vt *in l. posthumus 6. paragrapho si quis ex his D. de inoff. testament.* etsi non tam interpretis quàm librarij error hic esse potest. Quòd si admitterem etiam illo casu, quo debitor ipse pignus subripuerit dandam creditori aduersus eum incerti condictionem, nunquam tamen admittere possem, quod Azo & veteres voluerunt, illósque secutos Cuiacius, Non esse cogendum creditorem imputare debito, quod per eam condictionem incerti consecutus esset, quoniam ita fieret vt bis idem consequeretur, duplici actione quæ vtraque esset rei persecutoria. At quoniam idipsum nobis obiicitur quod iam olim obiectum est Irnerio, & ad quod respondere Irnerius non potuit, De quadruplo exacto per creditorem actione Quod metus causa, restat vt hanc quoque obiectionem diluamus, Sed postquàm ostenderimus Condictionem furtiuam incerti nullam esse, vt de eo propositam & institutam à nobis disputationem concludamus.

* * *

ERROR V.

Condictionem furtiuam incerti nullam esse ostenditur. & De certi condictione generali.

TAm multa inter disputandum nobis passim occurrunt, quæ nec prætermitti, nec obiter tractari possunt, vt cogamur plerumque inchoatos tractatus interrumpere & disputationis propositæ definitionem non solùm in aliud caput, sed in aliam quoque Decadem conferre. Quo tamen nomine tantum abest vt inuidiam & reprehensionem ab æquis lectoribus metuendam nobis esse arbitremur, vt gratiam potiùs aliquam speremus ab iis, quibus non aliud propositum est, quàm nobis, vt omnes si fieri posset iuris nostri difficultates tandem enodatas, vel nostro, vel alieno beneficio videamus. Hoc verò in quæstione instituta contigit. Nam cùm de illo primum tractaremus, An condictio furtiua sit aliquomodo famosa & aliquomodo pœnalis, quod primus affirmauit Iacobus Cuiacius vt probaret non dari eam in solidum contra hæredem, Illa emersit intermedia quæstio, An furtiua condictio aliqua sit incerti, vt sciremus an bonum esset argumentum quod sumpsit vir doctissimus ex *l. si pignore 22. D. de pignor. act.* de cuius sententia, & interpretatione latiùs ideò tractandum fuit. Cùm verò iam probauerimus, condictionem de qua eo loco Vlpianus loquitur, non aliam esse quàm incerti quæ competit creditori cui pignus subtractum est ad id quod ipsius interest, nec tamen desinat Cuiacius affirmare, furtiuam illam esse. Restat vt probemus quod iam in præcedentibus probandum suscepimus, Condictionem furtiuam incerti nullam esse posse: Quanquam nobis ad victoriam satis esset iam probasse, Nihil omnino esse pœnale in condictione illa cuius supra prædicto loco meminit Vlpianus. Furtiuam condictionem speciem esse condictionis certi tam apertè scriptum est *in l. certi condictio 9. D. de reb. credit.* vt mirum sit non modò tanti nominis Iureconsultum, sed alium quemlibet qui in prudentum numero poni velit, de eo dubitare potuisse. Nam posteaquàm scripsit Vlpianus certi condictionem competere ex omni causa, & ex omni obligatione ex qua certum petitur, Siue ex certo contractu petatur, siue ex incerto, dummodò præsens sit obligatio: Sed & competere hanc actionem ex legati causa & ex lege Aquilia, Subiicit *sed & ex causa furtiua per hanc actionem condicitur.* Quod vtique nec verè nec accommodatè subiiceretur si tam verum esset condictionem furtiuam aliquam esse incerti, quàm verum est aliquam certi esse. Neque verò fieri potest vt eadem condictionis species & certi & incerti esse queat, non magis quàm vt idem sit certum, & incertum. Idque in condictione furtiua eo manifestius est, quod per eam non aliud actor persequitur, quàm corpus ipsum quod furto subtractum est *l. in re furtiua 8 in princ. D. de condict. furt. In re furtiua*, inquit lex *condictio ipsorum corporum competit.* Atqui non potest corpus vllum incertum esse, vt neque furto subtrahi id quod incertum sit. Siquidem furtum nihil aliud est quàm contrectatio rei alienæ, & interuersio possessionis inuito domino *l. 1. § vltim. & pass. D. de furt.* Contrectari autem nihil potest quod non sit certum, adeoque nec digito demonstrari *l. certum 6. D. de reb. credit.* Multò minùs autem possideri, nec proinde possessio eius interuerti *l. locus certus 26.*

D. de acquir. poss. Ergo neque condictio rei furtivæ incerta aut incerti ulla esse potest. Et quamvis condictio furtiva non semper corporum ipsorum condictio sit, sed tamdiu duntaxat quandiu extant, Ubi verò extare desierunt si non sit purgatum furtum per oblationem, durat quidem condictio sed æstimationis tantùm, postea quàm corpus ipsum præstari amplius non potest *d. l. in re furtiva*, Nihilomagis existimandum est condictionem per hoc fieri certi quæ antea fuerit incerti, Et cùm dicat Ulpianus etiam post peremptam rem furtivam durare condictionem æstimationis, An non eo durandi verbo apertissimè significat talem durare condictionem qualis antea fuerat, Nec solùm talem sed quod plus eandem ipsam numero, nedum specie, quæ antea fuit. Ergo certi semper, nunquam incerti. Cur enim æstimatio præstanda in vicem corporis, quod præstari ipsum amplius non potest, faceret incerti condictionem quæ antea certi fuisset An forte quod rerum precia incerta sint, & pro temporum ac locorum varietate, aliter atque aliter constituenda *l. si servum 33. D. ad leg. Aquil. l. precia 63. D. ad leg. Falcid.* Atqui ut in cæteris actionibus ex quibus rei petitæ æstimatio præstanda est id verè dici posset, quod puto, Tamen in condictione furtiva de qua nunc agimus falsum esset, Ex qua scilicet singulari quodam iure non æstimatio quælibet condicitur, & quam in incerto vagari ius permittat, sed quanti plurimi unquam res fuit à tempore litis contestatæ in diem usque sententiæ & condemnationis *dict. l. in re furtiva §. 1. l. 2. §. quæsitum D. de privat. delict. l. inficiando 67. §. infans D. de furt.* Quæ æstimatio quanti plurimi non potest incerta esse per rerum naturam cùm eam quantitatem contineat quæ principalem gradum habet valoris, Exemplo eius, quod scriptum est *in l. ubi autem 75. §. 1 vers. usque adeò De verborum obligat.* eum qui ita stipulatus sit *Tritici Africi boni modios centum* aut *Vini Campani boni amphoras centum* videri quidem incertum deduxisse in stipulationem, quia cùm bono melius inveniri possit, boni appellatio nequeat esse certæ rei significativa, Sed si triticum Africum optimum, aut vinum Campanum optimum stipulatus fuerit, id eum stipulatum intelligi cuius bonitas principalem gradum bonitatis habeat: quæ res efficit, inquit lex, ut ea appellatio certi significativa sit. Similiter igitur dicendum est, Appellatione æstimationis quanti plurimi eam æstimationem significari quæ omnino certa est, Ut maximè alia quælibet æstimatio incerta dici posset, Præsertim cùm non infinita & indefinita sit æstimatio quanti plurimi, quæ per condictionem furtivam petitur, sed certi temporis finibus & terminis conclusa, quia non egreditur retrorsum iudicij accipiendi hoc est litis contestatæ tempus, In quo maximè differt ab æstimatione illa Quanti plurimi quæ in lege Aquilia præstatur sive ex primo eius legis capite *Quanti plurimi res fuit eo anno retrorsum computato* sive ex tertio *quanti plurimi res fuit in triginta diebus proximis dict. l. 2. §. quæsitum D. de privat. delict.* At neque verum est rei certæ æstimationem ullo casu incertam esse posse, quia licèt multum distet inter rem ipsam & ipsius æstimationem *l. si a'u 42. §. 1. D. de usufruct. l. ultim. Cod. de fideicomm. libert.* Necesse tamen est æstimationem respondere rei cuius æstimatio est, ut iusta sit & consequenter certam esse æstimationem quoties id quod æstimatur certum est. Quemadmodum è contrario rei incertæ æstimationem necessarium est incertam esse, puta si æstimandus sit iactus retis aut alea, quia & iactus ipse retis incertus est, & alea incerta *l. si iactum retis 12. D. de action. empt. l. periculi pretium 5. D. de nautic. fœn.* Idem dici potest de incerto condictionis, de quo *in l. 1. Cod. de pact. l. de fideicommisso 11. Cod. de transact. l. si pater puellæ 12. Cod. de inoff. testament.* Quanquam tum quoque cùm incerta res in stipulationem aut aliam conventionem deducta est, certam fieri æstimationem necesse est, ut de ea ferri sententia possit *dict. l. si iactum*, in iis verbis *incertum eius rei æstimandum est.* Non enim valeret sententia quæ sine certa quantitate proferretur *l. hac sententia 3. & sequent. Cod. de sentent. quæ sin. cert. quant. profer.* Et si quando contingat fieri condemnationem rei incertæ, puta eius quod interest, cuius quantitas ideò semper incerta est, quia quatenus cuiusque intersit in facto non in iure consistit *l. quatenus 24. de regul. iur. l. ultim. D. de prætor. stipulat.* Condemnationis tamen fieri taxationem oportet, ut certum fiat quod præstari debet, quoniam quod incertum esset præstari non posset *l. si traditio 4. in fin. Cod. de action. empt. iunct. l. 1. D. eodem.* Unde fiet etiam puto, ut quamvis certi condictio ei demum competere dicatur qui certam pecuniam numeratam petit *l. 1. D. de condict. tritic.* perinde tamen competat ea actio ad petendum vinum, triticum, oleum, fundum, & alias res omnes certas etiam quæ contineri non possunt appellatione pecuniæ numeratæ *l. certum est 6. d. l. certi condictio 9. l. vinum 22. l. si quis certum 24. & pass. D. de reb. cred. l. ult. D. de condict. tritic.* quæ lex quanquam posita est sub tit. De condictione triticaria tamen non nisi ad condictionem certi pertinet, ut ostendemus cùm de condictione triticaria paulò post tractabimus Nimirum quia quicquid petitur condictione certi quæ semper stricta est, si non præstetur idipsum eo tempore quo petitur, id est quo litis contestatio fit, iudiciúmque accipitur, postea in æstimatione præstandum necessariò est, cùm iudex litem æstimare cogatur, & quidem tanti quanti res fuit eo tempore litis contestatæ, Nec minùs si de homine aut alia specie quàm si de merce agatur *d. l. vinum dict. l. ultim. l. 3. §. in hac D. commod. l. hominem 37 D. mandat.* Et consequenter in pecunia numerata, quandoquidem æstimari res nisi per pecuniam non potest *l. si ita fideiussorem 42. D. de fideiuss. l. 1. D. de contr. empt. l. 1 D. de rer. permut.* Alioqui videretur præstari aliud pro alio & adiudicari si res ipsa petita in condemnationem deduceretur postquàm vel maioris, vel minoris æstimationis facta esset quàm contestationis tempore fuisset, cùm quale quid est cùm petitur, tale dari debeat *l. 2. D. de usur.* Tale autem non sit quod vel pluris vel minoris esse cœpit, licèt illud ipsum sit sive in specie sive in genere *l. quoties 59. & seq. D. de verb. oblig.* Nec verendum est ne actori fiat iniuria si pro merce vel specie quæ petebatur, lis æstimetur in pecunia: Aut ne fatuus iudex videatur si pro re petita condemnet reum ad æstimationem, ut *in l. ultim. C. de fideic. libert.* Cùm ita ferat natura condictionis certi quæ nihil nisi pecuniam numeratam persequitur, & voluntas actoris, qui licèt ab initio speciem aut mercem petierit, déque ea litem contestatus sit, Attamen post litem contestatam accipiendo iudicem sub formula condictionis certi quæ non de re ipsa quæ petita fuerat adiudicanda, sed de æstimanda lite *quanti res fuisset tempore litis contestatæ* concepta fuit, hoc ipso testatus est nolle se mercem ipsam aut speciem amplius consequi, sed præcisam æstimationem quæ fuerit eo tempore quo iudicium acciperetur, si non alio tempore dari res debuit aut alio loco, puta in diem certum, vel in alium locum promissa destinataque solutione *d. l. ult. de condict. tritic. & d. l. vinum.* Si enim hoc agebat creditor, ut non æstimationem, sed rem ipsam sibi debitam consequeretur, non condictione certi agere debuerat sed triticaria, cuius ad hunc effectum nominatim usus

compara

comparatus est, vt suo loco dicemus. Hoc enim obiter, dictum sit de certi condictione generali, de qua *in dict. l. certi conditio*. Vt quoius intelligas, non eo minus certi condictionem esse quod per eam petatur rei æstimatio per plerumque incerta est quoutque per taxationem certa facta sit. Sufficit enim vt petatur habita relatione ad certum tempus, quale est tempus litis contestatæ, quod semper præcedit damnationem formulæ, Ideóque dicitur tempus accipiendi iudicij non iam accepti *d. l. 2. §. quæsitum D. de priuat. delict.* An ergo erit certi quoque condictio, tametsi petatur id quod interest. Cùm etiam id quod interest, certam æstimationem recipiat per taxationem? vt iam diximus. Minime verò. Est enim propriè illa condictio incerti per quam agitur, ad id quod interest, aut ad factum aliquod, Cuius quoque non potest non incerta esse æstimatio, cùm in locum obligationis faciendi succedat præstatio eius quod interest *l. si quis ab alio 13. §. vltim. De re iudicat. l. quoties quis alium 81 l. stipulationes non diuiduntur 72 De verb. oblig.* Ideò autem condictio illa dicitur *incerti*, quia per illam neque certa, neque rei certæ æstimatio petitur, sed id quod interest aut factum ipsum, Nec ad pecuniam vllam numeratam certam condemnatur reus, sed ad illud ipsum quod interest, aut ad hoc vt fiat id cuius faciendi nomine conuenitur. Atqui condictio furtiua ea earum actionum numero non est, per quas agatur aut ad id quod interest, aut ad factum. Competit enim præcisè ad dandum rem ipsam furtiuam, vel eius æstimationem *quanti plurimi*, in quo nihil penitus incerti est. Quonam igitur casu, obiecero, fieri potest vt furtiua condictio aliqua sit incerti? Respondet Cuiacius, Condictionem furtiuam certi eam esse, quæ soli domino competit aduersus non dominum *l. 1. D. de condict. furt.* Consequens igitur esse vt condictio quæ datur etiam non domino, adeóque aduersus dominum ipsum, qualis illa est, quæ competit creditori subrepto pignore, non possit dici condictio furtiua certi. Ergo incerti. Sic enim ratiocinatur vir doctissimus ad Papinianum *in d. l. si pignore*. Certè parum subtiliter, Prius enim probandum esset quod nos negamus, Condictionem illam incerti esse furtiuam, quàm vt ex eo inferri possit, Condictionem aliquam furtiuam esse incerti. Nam quod Cuiacius fatetur, & verum est, condictionem certi furtiuam non dari nisi domino, & persecutionem esse ipsius corporis furtiui, Sicuti probat optimè Condictionem quæ datur creditori non esse condictionem furtiuam certi, Ita probat etiam nec minùs benè, Condictionem illam non esse furtiuam, cùm non magis habeat qualitates condictionis furtiuæ, quàm condictionis furtiuæ certi. Nisi fortè cætera etiam omnia quæ de condictione furtiua generaliter scripta sunt, tam *in tit. De condict. furt.* quàm alijs iuris locis ad condictionem illam certi restringere volumus, Quasi sint omnia differentia in furtiua condictione incerti: Quod si ita est, dicamus igitur, Duplicem esse condictionem furtiuam: Vnam quæ odio furum comparata sit, de qua *in dict. § sic itaque. Inst. de action.* Aliam quæ non odio furum. Nec enim alia furum odio comparata est, quàm quæ contra iuris regulas datur domino vt intendat rem suam dari sibi oportere: Cuiusmodi non est illa quæ creditori datur cui pignus subreptum fuit, cùm detur non domino, nec concurrat cum vindicatione, quæ scilicet nunquam accommodatur nisi ei qui dominium habeat vel iure gentium vel ciuili *l. in rem 23. & pass. D. de rei vendic.* Dicamus rursum, duplicem esse condictionem furtiuam, Vnam per quam consequitur actor æstimationem quanti plurimi nulla eius quod præterea interest, habita ratione. Alteram per quam consequitur id quod sua interest, relata condemnatione ad summam debiti vel pignoris, non ad æstimationem quanti plurimi. Item alio respectu duplicem, Vnam quæ furem furisque hæredem obliget periculo rei furtiuæ etiamsi rem illam per nil & extingui contingat, Alteram, in qua nihil tractandum sit de periculo, quia id quod per eam petitur perire non possit, puta cùm petitur id quod interest quod in pecunia numerata & in genere consistit, ideóque perire nunquam potest *l. incendium 11. C. si cert. pet.* Denique secundum hanc duplicis condictionis furtiuæ commentitiam distinctionem dicendum erit, Omnia quæcunque scripta de certi condictione furtiua legimus, de sola accipi debere, quæ sit certi, De alia verò quæ sit incerti, nihil tali penitus, Ita fiet vt cùm semper latiùs pateant ea quæ incerta sunt quàm quæ certa. Debuerint prudentes nostri multò diligentiores esse in tradendis iis, quæ ad furtiuam incerti condictionem pertinent, quàm in explicandis iis quæ ad condictionem certi. Et tamen nusquam proditum quicquam legimus de condictione incerti furtiua, si locum illum vnicum excipias de quo disputamus, *l. & ideo 12. §. Neratius D. de condict. furt.* qui locus etsi positus est sub tit. De condictione furtiua non ideò tamen consequens est vt de condictione furtiua intelligi debeat: Cùm expressim Paulus ex Aristone & Neratio condictionem incerti dixerit, nec meliùs aut apertiùs quàm eo nomine potuerit exprimere non esse illam condictionem furtiuam quippe quæ semper est certi: non minus quàm legis Aquiliæ quæ contra occisorem datur ad æstimationem semper quanti plurimi, & tamen semper certi est condictio, nunquam incerti *d. l. certi*, vbi in exemplis condictionis certi proponendis actio legis Aquiliæ & condictio furtiua iunguntur.

ERROR VI.

De condictione possessionis. De condictione incerti.

SEd quid esse potuit quod virum doctissimum mouerit vt tam improbabilem, & anteà inauditam duplicis condictionis furtiuæ distinctionem comminisceretur? Puto ego hoc commento causam dedisse primùm pertinaciam, qua conatus ille est defendere alium errorem illum in quo perstitit semper, Quod condictio furtiua sit quodammodo pœnalis, vt eo argumento probaret aliam probationem æquè falsam, Quòd furtiua condictio non detur in solidum contra furis hæredem sed tantùm de eo quod peruenit: quemadmodum iam diximus. Sed tamen ea eo quoque errandi occasionem sumpsisse illum credibile est, quod vidit Per condictionem furtiuam condici posse etiam possessionem. Sic enim quoque scriptum est *in l. 2. D. de condict. tritic. & in l. verum est 25. D. de furt.* Existimat nimirum possessionem etiam rei certæ ac furtiuæ esse quid incertum quia nec oculis, nec digito tangi possit, ideóque poni soleat inter ea res quas dicimus incorporales, de quibus *in l. 1. §. vlt. D. de rer. diuis.* Et consequenter certi eam condici non posse. In quo rursum, meo iudicio, valde fallitur. Neque enim fieri potest vt rei certæ possessio sit incerta, Cùm possessio, siue à pedibus, siue à sedibus dictam velis, tota ferè corporis sit, & ex corpore æstimetur licèt sit etiam iuris *l. possessio 44. §. 1 D. de acquir. poss.* Quod si quis incertam eam velit dicere, ob id solum quod iuris quoque sit ea parte, & plurimum ex iure mutuetur, vt loquitur Papin. *in d. l. possession. in princ.* facies vt multò

multò magis, cuiusque rei dominium incertum dici debeat, quia totum in iure consistit, & cerni oculis vel tangi multò minùs quàm possessio potest, nec quicquam commune habet cum possessione, vulg. *l. naturaliter 12. §. nihil commune & l pen. eod. tit.* Ita fiet vt certi condictio nunquam competitura sit neque ratione dominij, neque ratione possessionis contra id quod Vlpianus scribit *in l. vbi autem 75. §. vltim. D. de verb. oblig.* si ratiocinatio ista quam refellimus bona est. Verùm ne bona sit illud facit, quòd condictio certi non sic appellata est quòd pro re certa competat vt vulgo creditur, sed quia semper competit ad pecuniam numeratam, quæ cùm numerata sit, non potest non esse certa, *d. l. 1. in princ. De condict. tritic.* Qui sensus est Vlpiani *in d. l. certi condictio*, cùm ait Certi condictionem ex omni causa competere, & ex omni obligatione ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Nam cùm incerti contractus ij demum dicantur, in quos res incerta deducta est, vt ex iis constat quæ de certis & incertis stipulationibus tractantur *in l stipulationum 74. & seq. D. de verb oblig.* Apparet non posse dari condictionem certi ad rem certam ex contractu incerto, sed tantùm ad rem incertam, Nisi quòd non agitur ad rem ipsam incertam consequendam, sed ad ipsius pretium, quod semper certum est quia consistit præstandùmque est in pecunia numerata. Itaque qui promisit triticum aut vinum in genere, aut etiamsi voles triticum Africum, aut vinum Campanum non optimum, sed bonum, licèt incertum quid promiserit, & eo contractu quem idcirco incertum esse negari non potest *d. l. vbi autem 75. in princip. & §. 1 eod.* certi tamen condictione rectè conuenietur *d. l. vinum 22. D. de reb. cred. d. l. vlt. D. de condict. tritic.* nimirum quia per eam actionem conuenitur, non vt præster vinum & triticum, sed vt lis de vino & tritico ipso contestata tanti æstimetur quanti triticum vel vinum fuerit tempore contestationis. Enimverò possessionis furtiuæ condictionem non minùs certi condictionem esse, quàm si res ipsa furtiua condiceretur, apparet non obscurè, vt puto ex *d. l. verum est 25. de furt.* vbi postquam dixit Vlpianus, verum esse quod plerique probant, fundi nomine furti agi non posse, Subinde quærit, si quis de fundo vi deiectus sit an condici ei possit qui deiecit, Quæ quæstio haud dubiè est de condictione furtiua quam concurrere certum est cum actione furti & Vi bonorum raptorum *dict. §. sic itaque & §. ex maleficiis Inst. de act. l. si pro fure 7. §. 1. D. de condict. furt. l. 2 §. penult. & vlt. D. vi bonor. rapt.* Et ait, negasse quidem Labeonem condictioni in hac specie locum esse. Sed Celsum rectius putare, posse condici possessionem, quemadmodum potest, inquit, re mobili subrepta. Cùm verò eadem Celsi sententia extet relata latiùs ab eodem Vlpiano *in l. De condict. tritic.* Sic intelligenda sanè est vt non tantùm possessionem fundi condicere possit is qui vi deiectus est, sed etiam fundum ipsum, quod Sabinus primus aduersus Labeonem disputauit, Verùm hoc ita si dominus sit qui deiectus condicat, Nempe quia condictio furtiua de qua ibi agitur, vt & *in §. vlt. legis præcedentis* soli domino competit. Sed tamen itavt quatenus competit latiùs pateat, quàm actio furti, nec possit bona esse consecutio qua Labeo nitebatur, vt quia fundi nomine agi furti non potest, nec fundi nomine condictio dari debeat: quamuis difficile vt ea condictio furtiua dici debeat si fundus qui condicitur furtiuus dici non potest. Sed vtut sit est illa tamen furtiuæ proxima & simillima, ac sicuti furtiua, in odium raptoris, qui fure improbior dicitur, comparata quò pluribus etiam contrariis & incompatibilibus actionibus tentator *l. siue manifestus 10. §. 1. D. de condict. furt. l. 2. §. penult. & vltim. D. vi bonor. raptor.* Quid ergo si is qui de fundo vi deiectus est, dominus fundi non fuerit? Nullomodo poterit condicere, quia nec si res mobilis vi abrepta esset cuius furtum fieri potuisset, condictionem tamen furtiuam habere posset, Dabitur tamen ei condictio possessionis eius fundi, quia dominus possessionis fuit. Est enim quoddam possessionis dominium vt & aliarum rerum omnium, etiam incorporalium *d. l. 1. §. vlt. De rer. diuis.* quod dominium possessionis necesse est reperiri penes eum qui vi deiectus est, quoniam in interdictis, præsertim Vnde vi & vti possidetis vera possessio probanda est, non ea quæ sit nuda, & vt vocant, asinina detentatio, *l. officium 9. D. de rei vindic.* Proinde si ponas vi deiectum esse de fundo eum qui antea non possidebat sed tantùm erat in possessione, puta ex causa conductionis Negabo dandam ei condictionem, ne quidem possessionis in qua erat, quia dominus possessionis dici non potest qui nunquam verè possedit, licèt fuerit in possessione, quod longè diuersum est *l. si quis ante 10. D. de acquir. poss.* Idémque est in creditoribus missis in possessionem rei tantùm seruandæ causa. Nam nec hi possident licèt in possessione sint, itavt possessionis ipsius non tam dominium quàm possessionem habere videantur. *l. 3. §. creditores D. vti possid. & dict. l si quis ante. l. [illegible] legatorum 12. D. quib. ex caus. in possiss. eat.* Cæterùm quæ condictionis species competit fundi domino qui vi deiectus est, scilicèt ad fundum ipsum condicendum, Eadem illa sanè est quam Celsus putabat danda non domino ad possessionem, Ergo vtraque condictio certi. Nemo enim vnquam dixit certum fundum condictione incerti peti debere. Nec distinguebat Celsus condictiones sed tantùm casus illos, An qui deiectus vt esset de fundo, antea dominus fuisset an non, vt priore casu posset etiam fundum condicere, posteriore verò non nisi possessionem. Idémque apparet euidentius ex *d. l. verum est.* Vbi Vlpianus, quod ad condictionem hanc pertinet, comparat fundi, ex quo quis vi deiectus sit, possessionem cum re mobili abrepta, id est cum possessione rei mobilis, cuius rei dominus non fuerit, sed possessor tantùm is cui abrepta est. Vt nimirum vtroque casu eadem condictio competat, quam tamen certum est non aliam esse posse quàm condictionem & furtiuam & certi, cùm rei mobilis furtum verè ac propriè fiat, siue per vim abrepta sit, siue citra vim, licèt condictio competat solius possessionis. Fatendum igitur est ex Celsi & Vlpiani sententia, Tum quoque cùm fundi possessio raptori condicitur, esse illam certi non incerti condictionem: quia & eo casu æstimanda lis est in pecunia numerata, non minùs quàm si fundus ipse condiceretur, Nisi quod aliud est prætium fundi, aliud possessionis *d. l. 3. §. vlt. D. vti possid.* Quòd si actor ideò condicat possessionem vt illam ipsam non vt eius æstimationem habeat, Erit quidem illa condictio non certi sed triticaria *d. l. 1. §. vlt. & l. 2. De condict. tritic.* at non quasi detur ad rem incertam vt malè putat Cuiacius, sed qui non datur hoc casu ad pecuniam numeratam, quod in condictione certi omnino necessarium est *d. l. 1. in princip.* Et ideò non ob id magis dicenda erit condictio incerti, cùm per eam nihil incertum petatur. Non enim condictio incerti opponitur condictioni certi tanquam contradictoria, sed tanquam diuersa, ne dicam contraria, Cùm bona non sit consecutio, si quis dicat Condictionem aliquam esse incerti ob id solum, quòd non sit certi. Triticaria enim condictio est, & tamen neque certi, quia non datur ad pecuniam, neque incerti cùm detur ad rem certam: puta ad fundum Tusculanum, aut fundi possessionem.

Quam

Quamquàm non video cur condictionem illam incerti, quam prudentes dederunt creditori pro subrepto pignore, Cuiacius ideò incerti esse putet, quòd sit condictio possessionis, Cùm nulla possessionis mentio fiat iis locis quibus mentio fit huius condictionis, id est *in d.l. & ideò 12. §. Neratius. D. de condict. furt.* & *in d. l. si de pignor. act.* Nec dubitandum certè est, quin condictio incerti dicatur, qui non ad aliud datur, quàm ad id quod interest creditoris, quod semper incertum est. Idque ita esse intelligimus etiam ex eo, quod cùm creditor cui pignus subreptum est, agit furti siue ad duplum, siue ad quadruplum, non æstimatio possessionis duplatur aut quadruplatur, sed id omne quod interest creditoris, facta relatione non tantum ad summam debiti & vsurarum eius sed ad valorem ipsius pignoris *l. creditoris 15 D. de furt.* Scilicet cum pignoris furtum non à debitore ipso, sed ab extraneo factum est *l. creditori 87. eod.* Consequens enim est vt simplum quod in actione furti duplatur, aut quadruplatur, & quod tamen non per actionem furti, sed per propriam illam incerti condictionem petitur, non sit ni la possessio pignoris, aut æstimatio possessionis, sed quanti interest creditoris. Alioqui duplanda vel quadruplanda esset pignoris possessio sola, id est possessionis æstimatio, si in actionem quæ ad simplum competit, hoc est in illam condictionem incerti sola possessio veniret.

ERROR VII.

De sententia & emendatione l. hæres 21. D. ad SC. Trebell.

Scrupulus tamen vnus tollendus est, quem inducere fortasse q is velit est Marciano *in l. qui exceptionem 40. §. si pars domus D. de condict. indeb.* vbi ait, si pars domus quæ in diem per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommissi cedentem, & hæres sua impensa eam refecerit, dedocendam quidem esse impensam ex fideicommisso. Sed si sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici, quasi plus debito dederit, quod & scriptum est *in l. quod si nulla 60. de leg. 1.* Nam in hac specie non alterius rei quam possessionis condictionem competere, vulgo creditum est *ex l heres 21. D. ad SC. Trebell.* vbi Pomponius tractans de hærede qui debuerat quartam ex hæreditate fideicommissaria retinere, & tamen totam restituerat, nec sibi cauerat stipulatione proposita edicto illo prætoris Si cui plusquam per leg. Falcid. scribit ex Aristonis sententia, similem non esse illis qui retentiones quas solas habent omittunt, & quibus idcirco post amissam retinendi facultatem nullo alio modo prospici potest vt in specie *l. si in area 33. D. de condict. ind. deb.* sic enim legendum esse addita negatione aut mutata dictione *eum* in *non* sequentia omnino demonstrant.) Sed posse eum rerum hæreditariarum possessionem repetere vel nancisci, & aduersus agentem doli mali exceptione vti: Posse eum & debitoribus hæreditariis denunciare ne ab iis soluerent. Nam & sic quoque postremam huius legis clausulam interpungendam arbitror Ergo ex horum cōiunctione locorum putare quis possit condictioné possessionis esse condictionem incerti. Sed respondendum est in duabus his speciebus. Non possessionis condictionem dati, sed vt Marcianus loquitur Condictionem incerti, sic dictam non quia per eam possessio quasi quid incertum condicatur, licet verum sit ea condictione assequi hæredem vt repetat possessionem traditam rerum fideicommissariarum. Sed quia per eam agitur ad factum, id est vt hæreditas aut domus per hæredem restituta, retrotradatur hæredi ad hoc vt possit vel quartam partem hæreditatis vel impensas in rem fideicommissariam factas iure deductionis aut retentionis seruare Quémadmodum benè Accursius explicat *ad l. sed etsi me 22. §. 1. per ill. text. D. de condict. indeb.* vbi Pomponius scribit, Si cum iter excipere deberem, fundum liberũ per errorem tradiderim, posse me incerti condicere vt iter mihi concedatur, id est vt retrotraditum mihi fundum non aliter postea cogar tibi tradere, quàm vt me iter excipere patiaris. Retrotraditio enim sicut & traditio facti est *l. consil. 7. §. vlt. D. de cur. furios.* Quicquid autem facti est semper incertum est, & antequam fiat quia in pendenti est an fiet, & postquam certum esse cœpit factum non esse, nec fieri amplius posse, quia eo tempore succedit præstatio eius quod interest cuius quantitas semper incerta est, vt iam toties diximus *ex l. si quis ab alio 13. §. 1. D. de re iud. l. quoties quis alium 81. & l. stipulationes non diuid. 72. De verb. oblig.* Nec potest euenire hoc casu quod euenit in condictione certi vt lis per sententiam æstimetur quanti res fuit tempore litis contestatæ, aut quanti eainde plurimi si condictio sit furtiua. Ipsum enim factum in sententiam & condemnationem deducendum est, non facti æstimatio, ne ad aliud condemnetur debitor quàm ad illud ipsum quod promisit, quandiu scilicet purgari mora potest *l. si insulam 84 eod* Nam cùm purgari posse desiit, atque ita iam successit necessitas præstandi eius quod interest in pecunia numerata, certi condictio locum habere incipit, si appareat interesse, licet descendat ex contractu incerto, *d l. certi 9. D. de reb. credit.* Inauditum quidem est vt certi condictio detur ad factum, Sed non est nouum, vt ob non factum id quod fieri debuit, agatur certi condictione ad pecuniam numeratam, facta scilicet æstimatione vel taxatione eius quod interest. Hoc enim addendum est, ne quis nos puret contra id quod suprà scripsimus, existimare posse id quod interest vnquam peti per certi condictionem. Id enim ne fieri possit, illud semper impedimento est, quod nesciri certo potest non solum quatenus intersit, sed neque an intersit quicquam, donec actor probauerit sua interesse *d l. vlt. De præs. stipulat. d. l. quatenus 14. de reg. iur.* Io quod valdè differt æstimatio eius quod interest ab æstimatione rei alterius cuiuslibet non modo certæ sed etiam incertæ puta tritici, vini, obligationis, vsusfructus. Etsi enim vtrique æstimationi commune illud est quod consistit in pecunia numerata, Istarum tamen rerum omnium quamuis incertarum aliquam re vera esse æstimationem certum est, licet quænam & quanta ea sit nesciatur ante factam taxationem: quia fieri nequit vt eius rei quam certum est aliquam esse nulla sit æstimatio: At eius quod interest non tantum nulla est certa æstimatio, sed neque certum est an aliqua sit antequam actor probauerit sua interesse, quia nec certum est an quicquam intersit. Denique pendet id ex futuris probationibus quæ semper sunt incertæ, non etiam cuiusque rei valor, qui radices & fundamentum habet in re ipsa. Inde igitur fit vt quotiescomque vel ad factum agitur, vel ad id quod interest, necessaria sit condictio incerti *l. ob eam causam 9. & pass. De præscr verb.* Quæ etiam ratio eius quod Iulius scribit *in l. 3. De condict. sin. caus.* eos qui sine causa obligati sunt non aliter quam per incerti condictionem assequi posse vt liberentur, Nempe quia vt eadem lex ait, non aliter quam per acceptilationem ea liberatio potest contingere, Acceptum autem ferre, facti est, Proinde agit ad factum, quisquis ad hoc agit, vt debitum accepto feratur. Alia causa est eius qui sic accepto liberatus est vt ex ea tamen causa

condictione

condictione teneatur. Interdum enim condictio incerti ei necessaria est, Nimirum si velit agere ad id quod sua interest, vt *in l. ob eam causam*, Secundum quam puto accipiendum esse quod scriptum est, *in l. 4. D. de condict. caus. dat.* Interdum verò potest sufficere condictio certi, puta si malit condicere pecuniam, quæ debebatur *l. si mulier* 10. *eod. tit.* vbi actionem Iauolenus perelegantem reddit, quod nihil intersit verum ex numeratione pecunia ad aliquem sine causa, an per acceptilationem peruenerit. Cæterùm si neque ad factum agatur, neque ad id quod interest, sed ad solam possessionem, condictio certi locum habet non incerti, Vt præter ea quæ iam disputauimus, constat apertissimè ex *l. indebiti* 15. §. 1. *D. de condict. indeb.* Idque etiam Accursius noster bene vidit, Quemadmodum & illud quod Cuiacius videre noluit, Condictionem de qua *in d. l. si pignore* 12. *D. de pignor. act.* furtiuam nõ esse, sed condictionem incerti, qualis esse furtiua nunquam potest, quippe quæ nec ad faciendum, nec ad id quod interest vnquam competit, sed semper ad dandam rem ipsam præcisè aut eius æstimationem, ac proinde semper pro re certa, & ad rem certam. Hęc nos paulò aliter & minùs benè explicauimus *in Err. vltim. Deca.* 16. Decepti potissimùm ex corrupta lectione Pomponij *in dict. l. hæres* 21. *D. ad SC. Trebell.* quæ habet, Hæredem grauatum de restituenda hæreditate qui cùm posset quartam retinere, totam hæreditatem per errorem facti restituit, nec cauit sibi proposita stipulatione Prætoria, Si cui plus quàm per leg. Falcid. similem esse illis qui retentiones quas solas habent, omittunt. Quod si verè dicerent, vtique condictionem & repetitionem nullam haberet quam nec habent cæteri qui per solam retentionem prospicere sibi poterant, nec prospexerunt *dict. l. si in area* 35. *D. de condict. indeb.* Atqui, falsum est non habere condictionem hunc hæredem, cùm idem Pomponius ex eiusdem Aristonis sententia quem prioris sententiæ authorem laudauerat, statim subijciat, Posse illum rerum hæreditariarum possessionem vel repetere vel nancisci, & aduersus agentem doli mali exceptione vti si agens non consentiat vt quarta retineatur. Illo enim verbo *posse* non dubitatio quin non tam factum, quàm ius significetur, quia nec posse quisquam creditur id quod iure non potest *l. filius* 15. *D. de condic. instit.* Idque apparet manifestè, Non solùm ex eo quod in sequenti & postrema legis clausula illa *Posse eum & debitoribus denunciare ne soluerentur* eodem sensu verbum *posse* necessariò accipiendum est, cùm nullius momenti sit denunciatio ab eo facta, qui denunciandi ius nullum habuit *l. 1. C. debit. vend. pign. imped. non poss. l. tutor. vrgentibus* 47. *in princip. D. de minor.* Sed etiam ex duobus illis verbis alternatiuè & disiunctim positis *rerum hæreditariarum possessionem vel repetere vel nancisci.* Verbum enim *repetere* ad ius refertur *nancisci* autem ad factum. Quãdo fieri possit vt quis nullo iure possessionem corporalem nanciscatur, vt verò repetat, non item. Actione enim aliqua vel saltem interdicto aliquo est opus ad repetendam possessionem. Nec sanè verum esse potest, quod Aristonem sensisse volunt, hæredem hunc qui quartam quam retinere poterat ex hæreditate restituenda non retinuit, similem esse illis qui retentiones quas solas habent, omittunt: Siquidem negari non potest quin etiam post restitutã hæreditatem directas actiones retineat, quatenus vt potest non solùm denunciare debitoribus hæreditariis ne soluant, vt scriptum est *in d. l. hæres*, sed etiam ab ipsis exigere nisi se tueantur illi exceptione restitutæ hæreditatis *l. ita tamen* 27. §. *qui ex Trebelliano eod. tit. l. si hæres* 70. *in princip. eodem.* Quibus remediis potest vtique sibi prospicere si modò tantùm sit in nominibus hæreditariis quantum ad quartam satis esse possit. Idem quoque probat contextus verborum Pomponij per aduersatiuam illam dictionem conceptus, *sed posse eum &c.* quæ aduersatiua dissimilitudinem manifestam ostendit non similitudinem, vt & *in l. si pupillus* 45. *D. de admin. tuto.* In illis verbis *non ei similis est qui nihil habet, sed ei qui satisfecit.* Ergo cùm sint ista contradictoria nec simul stare possint, vt hæres qui poterat quartam retinere, nec retinuit, similis, sit illis qui retentiones quas solas habent, omittunt, Et vt possit rerum hæreditariarum possessionem vel repetere vel nancisci & postmodum vti exceptione doli, Itémque vt possit debitoribus hæreditariis denunciare ne soluant, cùm tamen neque talibus, neque aliis vllis remediis prospici possit iis qui retentiones quas solas habebant omiserunt, Fatendum necessariò est quod ante hunc diem non obseruaueram corruptam esse sententiam Pomponij & Aristonis conceptam affirmatiuè in verbis *similem eum esse Aristo ait*, et negatiuè potiùs concipiendam hoc modo *similem eum non esse*, aut quod fuerit probabilius mutata dictione *eum* negationem, quæ totidem non modò literis, sed etiam lineis constat. Et sanè dici non potest cur hæredi qui domum fideicommissarium in quam impensas necessarias aut vtiles fecerat restituit sine vlla impensarum deductione, dari debeat condictio incerti ad hoc vt restituta domus retro restituatur, vt possit ille per oppositam doli exceptionem vti deductione *dict. l. qui exceptionem* 40. §. *si pars D. de condict. indeb. dict. l. quòd si nulla* 60. *De legat.* 1. Hæredi verò qui totam hæreditatem fideicommissariam restituit nulla per errorem facti deducta quarta quam deducere & retinere poterat, nulláque de eo interposita stipulatione ex [illegible], Si cui plusquàm per leg. Falcid. eadem incerti condictio danda non sit ad hoc vt tota ipsa hæreditas iam restituta retro restituatur, & quarta tandem retineatur. Ponimus enim omissam quartæ retentionem ab hærede non vt plenius obsequium & vberiorem fidem præstaret voluntati defuncti, quo certè casu non posset ex pœnitentia vllam quartæ retentionem implorare *l. debitorem* 20. *iunct. l. præced. D. quæ in fraud. credit. l.* 5. 9. *si quis rogatus sit. D. de donat. int. vir. & vxor. l.* 1. *C. ad leg. Falcid.* Sed per errorem facti, cùm fortè putaret, adhuc penes se remansurum aliquid quod ad quartam retinendam satis esset. In qua specie non minùs verum est plus debito soluisse illum videri, quàm si domum fideicommissariam in quam impendisset æquè per errorem restituisset sine vlla impensarum deductione *d. l.* 1. *C. ad leg. Falcid. l. regula* 9. §. *si quis ius ignorans D. de iur. & fact. ignor.* Sed etsi verum amamus, longè maior ratio est vt hæredi condictio incerti detur in specie *d. l. hæres*, quàm in specie *d.* §. *si pars*, & *d. l. quòd si nulla*, quia quod per errorem solutum fuit indebitum ex causa fideicommissi, facit vt fideicommissum ipsum totum repeti possit *d.* §. *si quis ius ignorans.* Fideicommissum autem totius hæreditatis restitutæ cùm sit quid vniuersale ac in iure consistens, multò incertius quiddam est quàm sit domus vna hæreditaria fideicommisso subiecta. Multò igitur magis admittit condictionem incerti, cùm totum ipsum fideicommissum cuius quantitas non potest incerta, non esse restituendum sit, Quemadmodum è contrario si quid vel minimum ex fideic. restituendo desit quod restitutum non sit, totum fideic. peti potest acsi nihil adhuc restitutum esset: *l. debitor* 59. *versic. neque fideic. quasi minùs restituerit rectè petetur. eod. tit. ad SC. Trebellianus l.* 5. §. *si quis rogatus*

in fin. D. de donat. int. vir. & vxor. Nam & hæreditas tota petitur ab eo qui rem hæreditariam vel minimam possidet *l. regulariter 9. & seq. D. de petit. hered.* Vt appareat quotiescunque hæreditas siue directa, siue fideicommissaria petitur, in certum quid peti & vniuersale, Et consequenter cùm repetitur incertum quid repeti, ideóque ex ea causa non certi condictionem sed incerti habere locum debere.

ERROR VIII.

De sententia & emendatione l. 2. C. rer. amot. & cur actio rerum amotarum constante matrimonio non competat, Et ad l. vlt. §. vltim. C. de furt.

DEcepit Iacobum Cuiacium inter cætera vt putauerit actionem rerum amotarum saltem aliquomodo famosam & pœnalem esse, quod scriptum, & rescriptum ab Imperatoribus vidit *in l. 2. C. rer. amot.* Diuortij causa rebus vxoris à marito amotis, vel ab vxore mariti, rerum amotarum edicto perpetuo actionem permitti: aut vt Cuiacius legendum existimat & melius *promitti.* Constante etenim matrimonio, inquit lex, neutri eorum neque pœnalis, neque famosa actio competit sed de damno in factum actio datur. Quam rationem sic accepit vir doctissimus post omnes cæteros, quasi eò pertineat vt sciamus cur actio rerum amotarum non habeat locum inter coniuges constante matrimonio. Hoc autem admisso fatendum est, vel ineptam esse rationem, & quæ nihil cum dicto commune habeat, vel ex ea probari non malè, quod vult Cuiacius etiam olim Accursius noster fateri coactus est, actionem rerum amotarum aut pœnalem, aut famosam esse: quorum tamen neutrum verè dici posse tam multis clari quæ argumentis probauimus in præcedentibus, vt nec ab ipsis Imperatoribus contrariam sententiã nobis persuaderi facile passuri essemus, si contra nos illi pro Cuiacio decernerent, Itaque puto longè alio sensu eam rationem ab Imperatoribus allatam fuisse Nimirum vt docerent, Non cur actio rerum amotarum non detur constante matrimonio, sed cur detur soluto: Aut quod idem est, Cur necesse fuerit edicto prætoris induci & permitti singulare iudicium rerum amotarum ob res diuortij causa amotas, & diuortio demum secuto, cùm furti actio & condictio furtiua iure cõmuni sufficere in hanc rem videretur. Ratio autem licèt aliis verbis concepta, eiusdem tamen sensus est, cuius & illa quæ a Caio proponitur *in l. 2. D. eod.* quòd in honorem matrimonij turpis actio denegetur. Vtriusque enim sensus ille est, Licèt constante matrimonio furtum fiat coniugi à coniuge, non ideò tamen furti actionem ex ea contrectatione nasci, quæ famosa & pœnalis esset actio, Et idcirco nec si diuortium postea secutum sit, agi tamen posse furti, cùm actio quæ ex delicto nascitur, si non ab initio competat & ab eo primùm instanti quo delictum admissum est, postea competere nũquam possit, Consequenter necessariam fuisse in eam rem actionem rerum amotarum quam Prætor edicto suo pollicitus est, non vt constante adhuc matrimonio exerceri posset, sed vt eo tantùm soluto: quoniam alioqui nulla pro furto quod matrimonij tempore factum esset, actio competeret, non modò ad vindictam, sed neque ad indemnitatem ei ex coniugibus præstandam, qui furtum passus fuisset, Nisi quòd daretur ei vindicatio concurrentibus his duobus, vt & coniux qui amouisset possideret, & is cui res amotæ fuissent dominum se probaret. Quæ probatio vtraque valde difficilis plerumque est, Nec rursus fuit coangustandum auxilium iuris ad eum solum casum quo amotæ essent res, quæ fuissent in iure ac dominio coniugis, Cùm non magis licere debeat cõiugi alias res amouere quæ sint alienæ, præsertim si ex ea amotione futurum sit vt damnum aliquod coniux sentiat *l. si concubina 17. § vltim. l. ob res amotas 24. D. rer. amot. l. vltim. § vlt. Cod. de furt.* Fuit ergo in hac rem necessaria singularis actio rerum amotarum, & singulare iudicium, vt vocat Iureconsultus *in l. 1. ill. tit.* Sic dictum quod cùm actio furti & condictio furtiua contra furem quemlibet furisque hæredem competat, actio tamen rerum amotarum non inter alios datur, quàm qui coniuges fuerunt. Verùm illa semper dubitatio manet, Cur non igitur competat actio rerum amotarum etiam constante matrimonio si neque pœnalis, neque famosa illa est: Cùm alioqui futurum sit vt furtum impunitum remaneat, & in damno maneat ille ex coniugibus cui res amotæ sunt, etiamsi probet amotas, nisi probet etiam diuortij consilio amotas fuisse: Adeóque tametsi probet amotas esse animo & consilio diuortij, nisi diuortium secutum quoque sit *l. rerum quidem 25. D. rer. amot.* Augetur dubitatio ex eo, quod serui corrupti nomine actio coniugi quoque aduersus coniugem datur etiam constante matrimonio *l. vlt. D. de seru. corrupt.* quæ tamen actio sui natura & pœnalis est cùm proponatur in duplum eius quod interest *l. si quis seruum 9. § datur. l. vt tantùm 14 in hac actione eod. tit.* & si non infamis, saltem turpis *l. nec quicquam 56. pro socio.* Habet enim causam valde proximam & similem ei quæ parit furti actionem *l. Neratius 11. §. quamquam D. de seru. corrupt.* Item ex eo quòd pro damno dato inter coniuges actio legis Aquiliæ competit ex tertio saltem capite, Puta si cùm maritus vxori margaritas carricatas & exaluminatas dedisset in vsum, eas illa inuito vel inscio marito perforasset, vt iis pertusis vteretur. Hanc enim Vlpianus scribit teneri lege Aquilia, non solùm si diuerterit, sed etiamsi nupta sit adhuc, *in l. si seruus seruum 27. §. si cùm maritus 30. D. ad leg. Aquil.* quam tamen actionem legis Aquiliæ etiam ex tertio capite constat, licèt famosa non sit, pœnalem esse propter repetitionem triginta dierum in æstimanda re in qua damnum datum est *§. illud palam iunct. §. his autem verbis Instit. de leg. Aquil. l. qui seruum 34. in fin. D. de oblig. & act.* Quidni ergo etiam constante matrimonio detur actio rerum amotarum inter coniuges quam nos defendimus & verissimè si quid in iure nostro verum est, neque pœnalem vllomodo, neque famosam esse? At fortè promiscuum vsum vt Castr. loquitur *ad d. l. vlt. §. vlt. C. de furt.* quem habet mulier non earum duntaxat rerum quæ sunt in dominio mariti sed aliarum etiam quas maritus ipse habet in vsu, ita credi possit, quasi mulier non tam furandi animo, quàm iure quodam familiaritatis & illius societatis quæ per matrimonium contrahitur, res mariti contrectare videatur quamdiu in matrimonio manet, necdum de diuortio cogitat, Exemplo eius quod dicimus, eum qui rei communis partem habet si ea re vtatur, iure potiùs suo vti quàm furti consilium inire videri *l. meritò 15. D. pro socio.* Et creditorem qui rem sibi pignoratam aufert, non videri contrectare sed pignori suo incumbere *l. cum creditor 55. D. de furt.* Verùm quamuis non negem in dubio præsumptionem illam capi posse ac debere vt delicti suspicio euitetur, Fieri tamen facilè potest vt admissum contrariam voluntatem declaret, quemadmodum loquitur Vlpianus *in l. si quis extraneus 21. D de acquir. hered.* puta si quod subripuit & expilauit mulier in domum alienam intulerit, aut etiam

distraxe

distraxerit, eiúsque pretium aut liberis ex alio matrimonio susceptis, aut alicui ex agnatis cognatisve aut inuito, aut saltem inscio marito dederit. Quibus casibus cùm furandi & contrectandi animus sit obscurus, nihil iure familiaritatis factum dici potest. Alioqui nec secuto diuortio eo nomine peti posset actio rerum amotarum, si reuera furtum constante matrimonio factum non esset, Nos autem quærimus, Cur eo ipso casu quo actio rerum amotarum competit soluto per diuortium matrimonio, non competat etiam illo adhuc constante. Si casum illum excipias quem aduersùs omnem iuris veteris rationem noua Iustiniani constitutio introduxit *in dict.leg.vlt.§.vlt.Cod.de furt.* vbi constituit, vt si rem marito commodatam vxor amouerit, & maritus commodati actione constante matrimonio à domino conueniatur, possit ille vicissim agere aduersùs vxorem rerum amotarum, Quod haud dubiè sic intellexisse Iustinianus videtur, vt etiam durante matrimonio ea actio institui possit: Cùm cætera omnia illius constitutionis capita non ad alium casum referantur, quàm quo constante matrimonio agatur. Dat enim Iustinianus domino cui res subrepta fuit, facultatem & electionem agendi, aut contra virum actione commodati, aut contra mulierem actione furti, Nimirum etiamsi duret adhuc matrimonium. Subiungit enim exceptionem, Nisi maritus soluendo sit, quo casu non patitur vt furti actione mulier conueniatur, *Ne*, inquit, *ex huiusmodi occasione inter maritum & vxorem qui non benè secum viuunt, aliqua machinatio oriatur, & forsitan marito volente vxor eius extrahatur, & furti patiatur pœnalem condemnationem*, Et quia in eo succurrit mulieri ne constante matrimonio furti conueniri ab extraneo possit, Subuenit etiam ex alia parte marito vt conuentus prius actione commodati, habeat vicissim contra vxorem rerum amotarum actionem per quam prorsus indemnitati suæ consulat: quasi *propter causæ necessitatem*, vt ipse loquitur, Non dissimiliter ac eiusdem Triboniani manu alias scriptum monuimus *in leg. si mulier 59. §. ex asse, D. de iur.dot. propter iuris subtilitatem & casus necessitatem*. In quo tamen parum cautus siue Iustinianus, siue potiùs Tribonianus non videt, dum fauere vult mulieri & matrimonio contra ius vetus, se nouum inducere longè damnosius mulieri quàm erat vetus. Si quando enim contingebat olim vt rem alienam mulier amoueret, quæ marito vel pignorata vel commodata fuisset, non ideò tamen actio furti competebat domino aduersùs mulierem, quia ex furto quod vxor viro suo primùm & immediatè fecisset, non magis poterat extraneus, quàm maritus ipse contra eam furti agere, Ne scilicet plus iuris haberet ex mariti persona, quàm maritus, Nisi quod condictionem furtiuam quæ soli domino datur, habere poterat, quia non ex mariti sed ex sua persona, habet vt sit dominus *l. sed & domino 58. iunct. §. vlt. l. praced. D. rer. amot.* Vbi tamen additur alterutri agere permittendum esse, id est vel domino vt condicat, vel marito vt agat rerum amotarum, Non autem vtrique aut mulier quæ amouit, & actione rerum amotarum conueniatur à marito, & furtiua condictione à domino, quamuis aduersùs cæteros fures etiam condictio furtiua possit cum actione furti concurrere. Tantum abest vt prudentes veteres vllo casu permissuri fuerint quod Iustinianus permisit *in dicta lege vltima*, agi contra mulierem ab extraneo pro rebus quas illa non extraneo, sed marito amouisset, siue constante siue soluto matrimonio de danda furti actione quæreretur. Nam in rebus amotis erat illud speciale, Vt mariti bonis ex aliqua causa ad fiscum deuolutis, vxor rerum amotarum nomine in simplum duntaxat conueniretur, cùm tamen cæteri fures omnes eo casu fisco in quadruplum condemnentur, *l. ad fiscum 26. D. rer. amot.* Nimirum, quia omni casu æquum est puniri mulierem mitiùs, quæ licet amouendo furtum fecerit, non alij tamen quàm marito fecit, nec facere voluit. Sicut è contrario mulier quæ mariti res alij commodatas subripuit commodatario, tenetur furti extraneo, marito verò ne quidem rerum amotarum, *leg. antepenult. eod. tit.* Nempe quia, vt benè Accursius vidit, furtum eo casu à muliere factum est extraneo non marito licèt res fuerint mariti. Quòd si ex Tribonianea iurisprudentia nihil absurdi est dari etiam constante matrimonio inter coniuges actionem rerum amotarum, saltem in specie *d. l. vltim. §. vltim Cod. de furt.* ideòquòd non sit atrox actio, id est quod neque pœnalis, neque famosa sit qualis est actio furti quam ideò atrocem vocat ibidem Iustinianus, Aut quia causæ necessitas id exigere videatur, cùm maritus idémque commodatarius constante matrimonio actione commodati vrgetur. Quæro cur non eadem si non casus necessitas saltem causæ æquitas, induxit omni casu actionem rerum amotarum inter coniuges etiam constante matrimonio ad præstandam ei ex coniugibus indemnitatem cui amotæ res essent? Præsertim cùm dici soleat huius actionis proprium illud esse, vt damnum, quod ex amotione illatum est, repræsentet? *l. si mulier 21. §. hæc actio D. rer. amot.* Quid enim æquius, quàm sarciri damnum illud præsenti actione, Non expectata matrimonij dissolutione. Multò minùs autem ea quæ per diuortium euentura sit, cuius euentum & casum expectare, mali certi ominis, planéque inhumanum esse videatur. Quamquam nec diuortium secutum esse sufficeret, vt rerum amotarum agi posset, si non etiam illud concurreret vt diuortij posteà faciendi consilio res amotæ probarentur *l. rer. quidem 25. eod. tit.* Quidni ergo ita ius comparatum est, vt actio rerum amotarum statim competeret dareturque inter coniuges, quoquomodo & quoquo consilio amotis rebus? An fortè vno casu potiùs quàm alio æquum est coniugem cui res amotæ sunt in damno manere, Eum verò qui amouit, ex tam improbo facto suo lucrum sentire?

ERROR IX.

De actione damni in factum de qua in dicta lege secunda, Codice rerum amotarum, & in lege vltima, Digest. de seruo corrupto, & ad legem si quis vxori quinquagesimamsecundam, D. de furt.

Rursum si ratio aliqua reddi potest propter quam non sit permittendum coniugibus, vt constante matrimonio agant inuicem rerum amotarum, Finge etiam si voles quod fingere multò faciliùs tibi fuerit, quàm probare, Esse actionem rerum amotarum aliquo modo famosam & aliquomodo pœnalem ob idque maximè dari eam non posse constante matrimonio, quòd neutri eorum neque pœnalis, neque famosa actio eo tempore competat, vt scriptum est *in d l.2.C.rer.amot.* Cur non saltem de damno in factum actio dabitur etiam constante matrimonio, quam dant etiam Imperatores *in d.l.2.* An non id multò iustius & tolerabilius esset quàm quod certissimum est, Actionem de seruo corrupto, itémque legis Aquiliæ inter coniuges quoque dari, videlicet

delicet in simplum & sine vlla pœnæ commixtione? ex *d. l. vlt. D. de seru. corrupt.* & *d. l. si seruus seruum* 27. *§. si cum maritus D. ad l. Aquil.* Itaque si cum Accurs. interpretari velis de actione in factū quod de actione rerum amotarum constante matrimonio inter cōiuges danda scriptum est *in d. l. vlt. C. de fur.* aut cum Castrensi, & aliis promiscuè de actione rerum amotarum vel in factum, siue quasi nihil inter istas actiones effectu ipso intersit, Siue quasi tam impropriè locutus sit Iustin. vt actionem rerum amotarum dixerit eo loco pro actione in factum, Quomodo ac longè improbabiliùs vult Accurs. locutum esse Vlp. *in l. si quis vxori § 2. in princ.* iis verbis *furti non tenebitur sed rer. amot.* illa semper se torquebit hæsitatio, Cur non hæc saltem in factum actio detur coniugi aduersùs coniugem durantibus quoque nuptiis pro rebus quoquomodo amotis, licèt aut diuortij consilio amotæ non sint, aut eo quidem consilio amotæ fuerint, sed nullum tamen adhuc diuortium secutum proponatur? Et tamen certum est ita ius vetus fuisse, vt nullo penitus casu aut actio rerum amotarum, aut actio in factum constante matrimonio dari posset pro rebus amotis. Nam de actione quidem rerum amotarum id constat ex *l. 1. D. rer. amot.* vbi dicitur singulare iudicium rerum amotarum comparatum fuisse aduersùs eam non quæ vxor est, sed quæ vxor fuit: Item ex *d. l. 2. C. eod.* quam omnes sic intelligunt, & rectè, vt actio rerum amotarum non detur constante matrimonio, sed eo tantùm soluto. Postremò & omnium apertissimè ne in re tam aperta comprobanda diutiùs immoremur, ex *leg. rer. quidem* 25. *D. eod.* vbi Marcianus scribit rerum amotarum iudicium sic habere locum si diuortij consilio res amotæ fuerint, & diuortium secutum sit, Sed si in matrimonio, id est non eo tantùm tempore quo matrimonium adhuc constet, sed nulla diuortij cogitatione mariti res vxor subtraxerit, cessare actionem rerum amotarum. De actione verò in factum de damno in simplum, quæ possit vice actionis rerum amotarum acquirere marito indemnitatem, quòd nulla constante matrimonio competat, Non solùm ex eo apparet quod huius actionis nulla penitus mentio fit à prudentibus, qui tamen tam sæpè tractant & de rebus amotis, & de rerum amotarum actione, Verùm etiam ex eo quod addit Marcian. *in d. l. rer. quidem* 25. Si in matrimonio res mariti vxor subtraxerit, cessare quidem rerum amotarum actionem, sed tamen posse maritum res amotas condicere. Qua verò actione? An in factum de damno, vt loquitur *d. l. 2.* Minimè, Sed condictione sine causa, vt iam alio loco in præcedentibus explicauimus, ea ratione quæ statim sequitur apud Marcianum, quòd iure gentium condici possint res ab his, qui non ex iusta causa possident. Ciuili ergo actione, non prætoria. Condictiones enim omnes sunt ciuiles. Quibus competentibus nulla necessitas subest dandæ actionis in factum quæ siue ciuilis, siue prætoria sit, semper subsidiaria est. Nec rursus datur condictio sine causa de damno, id est ad hoc vt damnum sarciatur, sed ad hoc vt quod ex nostro alius possidet, quod adhuc nostrum sit idipsum nobis reddatur, vt eo facto indemnitatem consecutus actor nec de damno quærendi multò minùs conquerendi materiam habeat. Et verò si qua in factum actio competere posset constante matrimonio ob res amotas, etiam nullo diuortij consilio suscepto, Quidni eadem multò magis competeret diuortij causa amotis rebus, siue diuortium iam secutum esset, siue nondum secutum: Aut ad quid profuit induci rerum amotarum actionem tam nouo & singulari iure? An fortè vt pleniorem indemnitatem actor consequeretur, per iusiurandum in litem, cui locus est in actione rerum amotarum, in actionibus verò in factum nunquam: At dici hoc non potest quia nec prius nec aliter iuratur in litem promittitur, quàm si simplum damni arbitrio iudicis non præstetur, aut vt dicam melius quàm res ipsæ amotæ arbitrio iudicis restituantur. Nec enim aut in actione rerum amotarum, aut in alia vlla arbitraria condemnatur vnquam præcisè reus ad rei qua de agitur restitutionem, sed si arbitrio iudicis ita iubentis res non reddatur, tum demum ex bono æquo condemnatio fit aut quanti actor in litem iurauerit, aut ad aliam litis æstimationem *§ præterea Inst. de act.* Atqui cùm in factum agitur de damno ad simplum, nunquam potest reus euitare condemnationem simpli, quoniam in id præcisè agitur vt simplum præstetur, & vt simpli condemnatio fiat, Cuius nec difficilis præstatio vnquam est, cùm fiat semper in pecunia numerata, quæ in iudicati executione ex quibuscunque condemnati bonis redigi & explicari facilè potest, *l. 4. § aut prætor l. à Diuo Pio* 15. *D. de re iud.* Proinde fieri nequit vt soluto posteà per diuortium matrimonio supersit aliqua vtilitas nedum necessitas proponendæ actionis rerum amotarum, cùm nihil amplius petendum habeat is cui res amotæ sunt, posteaquam per actionem in factum de damno dato simplum iam consecutus est. Frustrà igitur Prætores inuenerunt singulare illud iudicium rerum amotarum si iam ita ius erat vt maritus ob res ab vxore amotas in factum agere contra vxorem etiam constante matrimonio posset, indistinctè, & omni casu, cùm è contrario rerū amotarum actio non in omnem euentum comparata sit, sed duntaxat in casum certum, Si duo illa concurrerent vt & meditatione diuortij res amotæ fuissent, & diuortium posteà secutum esset, Sed & illud auget dubitationem, quod videri possit, nullam prorsus actionem inter coniuges exerceri olim potuisse constante matrimonio, etiamque nec pœnalis esset, nec famosa, quod cùm actionum omnium instituendarū principium ab ea parte edicti proficiscatur, quæ est de in ius vocando, vt ait Iustin. *in § omnium Instit. de pœn. temer. litig.* satis eodum esset in necessarium antecedens vocari in ius maritum ab vxore, & vxorem à marito potuisse: Quod tamen si ita esset, vtique Prætor edicto suo De in ius vocando non minùs coniugum quàm parentum vtriusque sexus & patronorum mentionem fecisset, vt non nisi petita venia in ius vocari possent, cùm negari nequeat mutuam sibi reuerentiam eos debere, saltem vxorem marito. Generaliter autem verum sit eas personas, quibus reuerentia debetur, non nisi petita venia in ius vocari posse, *l. generaliter* 13. *D. de in ius vocand.* Atqui nec in Tit. De in ius vocando, nec alia vlla iuris parte reperias quicquam scriptum de hac venia vel petenda, vel petita, vel coniugem acturum contra coniugem, Et Accurs. ipse, quamuis non dubitet quin coniugi aduersùs cōiugem danda sit actio constante quoque matrimonio dum ne pœnalis sit vel famosa, Nihil tamen de coniugibus, scribit *ad d. l. generaliter.* At contra potiùs concludit, non ad alias personas referri posse quod scriptum est *in d. l. generaliter*, quàm ad eas quæ Prætoris edicto nominatim comprehensæ sunt, nisi quòd addit socerum & socrum. qui licet parentes non sint, parentum tamen de quibus Prætor locutus est appellatione ideò contineri possunt, quia parentum locum obtinent, *lege quia parentis* 16. *D. soluto matrimonio.* Cùm verò edictum prætoris De in ius vocando sit prohibitorium, *lege* 5. *lege quarta, paragrapho primo de in ius vocand.* Ne scilicet sine permissu Prætoris possunt vocari in ius eæ personæ, quibus reuerentiam illam deberi Prætor credidit, Consequens est, vt quisquis edicto illo specialiter prohibitus non est, alium quemlibet in ius vocare impunè possit:

possit: Quemadmodum in edicto De procuratoribus quod æquè prohibitorium est, ratiocinatur Paulus *in leg. mutus 43. §. 1. D. de procur.* Ergo impunè vocari vir in ius ab vxore poterat, & vxor à viro nullaque petita venia. Hoc verò quis credat? Aut quis Romanorum prudentiam in re tam honesta & quotidiana defuisse, sibi vnquam persuadeat? Si enim non patiebantur vt puræ fœminæ etiam contra alios per se litigarent, ne obtentu litis in contumeliam pudoris matrimonialis irreuerenter irruerent, & conuentibus virorum vel iudicis interesse cogerentur, ideóque visum est permittendum maritis vt etiam mandatum in rebus vxorum cum solemni satisdatione & alia obseruatione intercedendi liberam habeant facultatem, vt Constantini lex habet *in l. maritus 21. C. de procur.* quantò minùs ferre potuissent, vt mulier obtorto collo etiam per alium raperet in ius virum constante quoque matrimonio, nulla quoque petita venia? Id enim demum erat vocare in ius, scilicet aduersarium obtorto collo rapere ad Prætorem, habebátque omnis vocatio vim quandam & impressionem, vt scripsimus tam sæpè in libris Coniecturarum, & in Rational. *ad l. plerique 19. D. de in ius vocand.* Sed & cùm nihil tam solemne Romanis esset, quàm vt ciues & ad matrimonia contrahenda inuitarentur, & in contractis matrimoniis retinerentur per concordiam, qua nihil in eam rem fortius, aut feliciusest, adeò vt neque patriæ potestatis prætextu benè concordantia matrimonia turbari paterentur, *l. 1. §. vltim. D. de liber exhib.* Quid contra potuit ad dissociandas coniugum mentes excogitari aptius, quàm vt iis inuicem litigare permitteretur? Quis nescit quàm faciles sint & pronæ litigantium voluntates ad rixas, & à verbis ad verbera, tùm quoque cùm de re minima & leuissima contenditur? Indéque nimirum conflatum ingens odium illud litium, quod intelligat ciuilis legislator nihil esse Reipublicæ perniciosius ad concordiam ciuium labefactandam, cuius solius vinculo tota populi salus continetur? Prætereà quænam, obsecro, litigij & actionis materia inter coniuges olim esse potuit, cùm eo tempore libera essent diuortia, multóque esset expeditius & honestius, sed vtrique coniugum tutius diuertere cum bona gratia, nullâque adhuc inchoata lite, quàm inuicem litigare? Aut si diuertere maritus nollet quòd certæ pœnæ ei constitutæ essent, cuius culpa diuortium accidisset, *leg. si stipulatio 19. D. de verb. oblig. & tot. tit. De diuort.* quid obstabat quominùs maritus vxorem quæ bonam fidem nollet agnoscere, maritúmque ad necessitatem agendi mallet adigere, domi conueniret, vt loquuntur Imperatores *in l. vlt. C. an seruus pro suo fact. post manumiss. teneat.* id est verberaret ipse, ac malè tractaret, remotis quantum fieri posset arbitris, vt ea via tanquam breuiore ac minùs dispendiosa extorqueret ab vxore id ipsum, quod per actionem non nisi multò tardiùs, & incommodiùs consequi potuisset? Quamquam autem non eadem ratio facere poterat, vt vxori nil esset necesse aduersùs maritum agere, cùm tamen de coniugibus indistinctè loquamur, nec difficilius Interpretes dent actionem marito contra vxorem quàm vxori contra virum. Sufficit vt appareat in marito parum esse probabile, quod illi volunt in vtroque coniuge verum fuisse. Taceo quod plerumque mulieris bona sunt eiusmodi, vt nulla de iis materia litis superesse possit. Quid enim si omnia sint dotalia? Vtique omnia erunt in bonis viri, nec alij quàm viro de iis agere licebit contra tertios, *l. doce 9. C. de rei vind.* Quantò minùs posset de ipsis mulier agere aduersùs maritum? Aut cur maritus contra mulierem quæ iam omnia dederit in dotem & tradiderit? Quòd si habeat illa etiam bona quædam paraphernalia, sicuti certissimum est nihil iuris habere illam in iis maritum prohibente muliere, *l. hac lege 8. C. de pact. conuent. tam sup. dot.* Ita nec dubitatur quin si ea viro vxor tradiderit vt haberet extra dotem, hoc ipso eorum administratio viro mandata esse censeatur. *l. vlt. eod.* Sic tamen, vt non possit mulier ea bona repetere à viro nisi soluto demum matrimonio, vt disertè scriptum est *in l. si ego 9. §. vlt. D. de iur. dot.* vbi additur nihil hac parte referre an bona hæc paraphernalia ideò tradita sint marito vt statim eius efficerentur, an vt potiùs in mariti custodia essent: Quo tamen posteriore casu, si maritus constante adhuc matrimonio petenti ea mulieri negaret in domum suam illata esse, Cur non esset permittendum mulieri agere eo nomine contra virum etiam constante matrimonio, si non ratio & pudor matrimonij omnem agendi viam ei præcluderet? Sic enim scribit Vlpianus *in d. §. vlt. sed magis, vt certum sit in domum eius illata ne si quandoque separatio fiat, negetur.* Ita significans impunè futurum marito si constante adhuc matrimonio neget eas res se habere, id est non ideò futurum vt vel depositi vel mandati actione conueniatur, non magis quàm rerum amotarum, nisi matrimonio demùm soluto. Quidni verò daretur etiam constante matrimonio si non actio rerum amotarum, saltem actio depositi, aut mandati pro earum rerum restitutione in quibus maritus nullum planè ius habeat, neque dominij, neque possessionis? si quo vnquam casu mulieri contra maritum durante matrimonio agere tam facilè permittendum esset? Ea verò causa fuisse videtur, propter quam Iustiniano tandem placuit vt pro his quoque bonis paraphernalibus haberet mulier tacitam hypothecam non minùs quàm pro dotalibus *d. l. vlt. & l. in rebus 30. in princip. C. de iur. dot.* Nimirum vt ei succurreretur, quæ ipsa sibi per actionem contra virum instituendam succurrere non potuisset: Cuius auxilij æquitas, & necessitas sanè nulla suberat, si tale ius erat vt de iis saltem rebus posset mulier quandocumque agere etiam ante dissolutum matrimonium. Quemadmodum nec hodie succurrimus mulieri quæ ius suum deterius fieri passa est etiam in dote ex quo potuit ob superuenientem inopiam mariti aduersùs eum agere constante quoque matrimonio, *d. l. in rebus §. vlt. & Nouell. 97. De æqual. dot. cap. 6.* vnde sumpta est Auth. *quod locum C. de collat.* Adde, quod plerumque matrimonia olim sic fiebant, vt mulier quæ nubebat conueniret in manum viri, atque ita constitueretur in eius potestate fierétque ei sua hæres: Præsertim si non erat illa in potestate patris, vt Vlpianus refert in Titulis. Quo casu non tantùm iuris constitutio, sed etiam natura ipsa impedimento erat ne vir cum vxore non magis quàm cum seipso agere posset, vt de patre & filiofamilias scriptum est *in l. ne cum filiofamilias 16. de furt.* Nulla verò facta in manum conuentione etsi non transibat mulier in potestatem viri, non eò minùs tamen arcta illa vitæ societas iuriúsque diuini & humani iuris communicatio quæ per iustas nuptias contrahebatur, *l. 1. D. de rit. nupt.* faciebat vt vtriusque coniugis vna ferè & eadem persona esse censeretur, nec quicquam esset tam personale, quod non vtrique commune esset *l. 4. §. mulieri. l. sed neque 8. §. 1. De vsu & habitat.* Nam vt viri & vxoris eadem persona esse censeatur sicut patris & filij, fit equidem per quandam iuris fictionem, sed quæ propiùs accedit ad rei & naturæ veritatem inter coniuges, quàm inter patrem & filium. Quomodo igitur fieri poterat vt constante matrimonio inuicem agere coniuges possent? Sed quamquam hæc omnia non insubtiliter tractantur,

vt dubitationem propositam augeant, fatendum tamen est quod plerisque iuris nostri locis probarut, coniugi aduersùs coniugem & agere iam olim plerisque casibus licuisse & hodie licere, vt ex iis legibus constat, de quibus sequenti dicemus. Nisi fortè ad omnes aliquis vno verbo respondeat, sic eas intelligi debere vt actio inter eos non qui sunt, sed qui fuerunt coniuges exerceatur, & soluto demùm per diuortium matrimonio: A quo tempore nullam illi mutuam sibi reuerentiam debent, cùm ex die diuortij non modò coniuges esse desierint, sed etiam inimici existimentur inspecto eo quod vt plurimùm euenire solet, *l. cùm in fundo 78. §. quòd si mulier in fin. D. de iur. dot. leg. Cicero 39. D. de pœn.* Nam & eodem sensu passim scriptum legimus in *Tit. Rer. amot.* agi ea actione à viro in vxorem vel à muliere in maritum, cùm tamen fateantur omnes non dari actionem illam nisi inter eos qui coniuges fuerunt, & diuortio tantùm secuto. Verùm neque verbis illarum legum conuenit hæc interpretatio, vt ostendemus in sequentibus. Neque ea ipsa lex quam nunc in manibus habemus quæ secunda est *Tit. Cod. rer. amot.* vllum sanè aut huic, aut alij vlli responsioni locum relinquit, Cùm verba illa *Constante etenim matrimonio neutri eorum neque pœnalis, neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio*, apertissime sonent, nec tantùm à contrario sensu, sed directo, actionem in factum de damno dati constante quoque matrimonio. Mihi certè videtur Cuiacius dixisse verissimè, esse legem illam crucem Interpretum, nec quemquam esse qui in ea explicanda se non torqueat, Si Bartolum, & Baldum excipias & alios plerosque ex veteribus & melioris notæ Interpretibus, qui ne se torquerent, maluerunt nihil ad eam scribere quasi difficultates, quibus lex plena est, non viderint. Puto tamen quod pertinet ad actionem illam in factum de damno, de qua lex loquitur, & quam sit constante quoque matrimonio dandam esse, debere legem intelligi non de actione rerum amotarum, sed de actione legis Aquiliæ quæ & damni iniuriæ actio appellatur, Ea *l. si seruus seruum 27. §. si cùm maritus, D. ad legem Aquiliam.* & de seruo corrupto, *l. vlt. D. de seruo corrupto.* Nam datur quidem actio illa in factum, & de damno inter coniuges etiam constante matrimonio, sed actio rerum amotarum nunquam nisi soluto. Hoc ipsum autem ideò, quia singulari quodam iure, vt toties diximus, comparata est certis legibus & conditionibus, Inter quas præcipua hæc est, vt non tantùm amotas res esse oporteat, sed etiam amotas diuortij causa, Nec hoc solùm nisi etiam illud accedat, vt diuortium fuerit secutum. Et sicuti benè à Cicerone quodam loco scriptum est non debere nos recusare quominùs ea qua nati sumus lege & conditione viuamus, Ita nec mirum cuiquam videri debet actionem rerum amotarum iis legibus & regulis contineri quibus comparatam eos Prætores voluerunt, non aliter eam promissuri, Siue quod quandiu diuortium factum non est possit maritus vxorem domi conuenire, atque ita sibi suisque rebus consulere, Siue quòd in persona mulieris, etiam quæ diuortij consilio res amouit locus pœnitentiæ relinqui debeat quandiu res integra est diuortio nondum secuto, Quod in actione legis Aquiliæ, aut De seruo corrupto diuersum est. Nulla enim arte fieri queat, vt damnum datum possit haberi pro non dato, aut seruus corruptus pro non corrupto. Cùm tamen res amotæ diuortij causa pro non amotis haberi debeant, si vel nullo vnquam secuto diuortio, aut antequàm sequatur, in domum coniugis vnde amotæ fuerant, reportentur. Porrò si actio Rerum amotarum exigit secutum esse diuortium ad hoc vt competat, Consequens sanè est, vt exerceri constante matrimonio nunquam possit, Non quòd generaliter dicendum sit coniugi aduersùs coniugem dari constante matrimonio actionem nullam debere, Sed quia prius sit, vt actio aliqua competat quàm vt exerceri possit, *d. l. in rebus 30. Cod. de iur. dot.* Hæc autem non competit nisi secuto diuortio, quo demum tempore matrimonium amplius nullum est. Illa autem ratio quæ ponitur in *d. l. 2.* quod constante matrimonio neque pœnalis, neque famosa actio inter coniuges dari possit, non eò pertinet, vt sciamus cur actio rerum amotarum non detur constante matrimonio, vt putant Cuiaciani qui ex hoc inferunt actionem istam & pœnalem & famosam esse quod est ridiculum, sed vt intelligamus cur eam Prætores tam singulari iure induxerint cùm iure ciuili furti actio iam esset comparata, Nimirum quoniam furti actio & pœnalis & famosa est quam in honorem matrimonij denegandam esse placuit constituto iure. Atque ita omnes has difficultates à nobis aliisque contra nos propositas dissolui posse & dissolutas esse arbitramur. Cùm ergo actiones quædam sint quæ inter coniuges dari possunt etiam constante matrimonio, latiùs dicendum est quænam illæ sint, Ea iis etiam quæ pœnales sunt vel famosæ.

ERROR X.

De actionibus quæ constante matrimonio inter coniuges dantur ab Interpretibus. Ad legem si extraneus trigesimamtertiam, Digest. de iure dotium, lege prima, Codice eodem, lege quinta, paragrapho si donationis, & paragrapho sequenti, lege si prædia quinquagesimaoctaua, paragrapho vltimo, Digest. de donat. inter virum & vxorem, lege etsi de ananona, Codice eodem, lege hac actio sexagesimaquinta, Digest. de soluto matrimonio.

ILlud primùm constat, & apud omnes in confesso est, nec nos negamus, quòd si mulier ipsa quæ nubit, dotem marito promiserit, obligatur illa haud dubiè ex eiusmodi promissione, Sicut & cæteræ omnes personæ cuiuscumque sexus & conditionis sint, promittendo dotem obligantur *l. promittendo 41. in princ & §. vlt. D. de iur. dot.* quamuis in dote dicenda aliud iuris esset, nec nisi certæ personæ dicendo dotem obligarentur vt Vlpianus in Titulis docet. Quin etiam constat mulierem dotem promittendo non alij posse obligari quàm marito *l. si mulier 59. in princ. D. de iur. dot.* Quidni ergo etiam constante matrimonio conueniri poterit, vt aliquis effectus sit promissionis & obligationis? Nec enim dos est nisi constante matrimonio, & quæ matrimonij oneribus seruiat, *l. si pater 76. in fin. eod. tit. D. de iur. dot. l. cùm pater 11. D. de pact. dotal.* Quò pertinet quod Vlpianus tractat *in l. si extraneus 33. de iur. dotium.* Siue pater mulieris, siue mulier ipsa dotem promiserit, dotis periculum non ad maritum sed ad mulierem pertinere. Nec enim quisquam iudex, inquit Vlpianus, propitiis auribus audiet mulierem dicentem cur patrem, qui de suo dotem promisit non vrserit ad exsolutionem, *multò minus cur ipsam non conuenerit*, Quibus verbis significat non obscurè, Esse igitur in potestate viri, vt si volet conueniat vxorem quæ dotem promisit, Nec sanè mirum est

est mulierem ex hac causa etiam constante matrimonio à marito conueniri siue dotem, siue dotis etiam vsuras constante quoque matrimonio promiserit, *l. si quis pro vxore 21. §. 1. D. donat. int. virum, & vxorem.* Cur non enim possit? cùm ea res dissidij & repudij materiam non solùm non præbeat, sed etiam excludat? Poterat enim mulier olim ex hac causa repudiari, si dotem quam promiserat non soluisset, Adeò vt dubitaretur, an posset maritus eam quoque repudiare quam duxisset indotatam: Fuitque in hanc rem necessaria Iustiniani constitutio, Ne posset *in l. pen. § 1. C. de repud. & Nouell. 22. De nupt cap 18. §. sed a nobis.* Meliùs autem fuit actionem ex ea causa inter coniuges permittere, quàm diuortij causam ex eo vel inducere vel retinere. Nec tantùm marito contra vxorem pro dote promissa conceditur agere, sed etiam vxori contra maritum ad condicendam dotem etiam constante matrimonio si quando sic fortè dos constituta sit, siue per promissionem, siue per traditionem, aut filiofamilias, aut seruo factam inscio patre vel domino, vt periculum dotis spectaturum sit ad mulierem ob non secutam patris vel domini ratihabitionem, *l. quemadmodum 46. D. de iur. dot.* vbi Accursius notat, ita cautum esse iure valdè speciali, & ex æquitate & necessitate illa, quòd alioqui futurum esset vt dos periclitaretur: quod nunquam ferendum est cùm intersit reipublicæ dotes mulieribus saluas esse *vulg. l. 1. D solut. matrim. l. interest 18. D. de reb. auth. iudic. possid. aliàs l. 3. D. de priuileg. credit.* Non valdè dissimile est quod rescribunt Imperatores *in l. 1. C. de iur. dot.* Euicta re, quæ fuerat in dotem data si pollicitatio, vel promissio fuerit interposita, generum agere posse contra socerum, vel mulierem, seu hæredes eorum aut condictione aut ex stipulatione. Si autem nulla pollicitatio, vel promissio intercesserit, post euictionem eius, siquidem res æstimata fuerit competere ex empto actionem, nec minùs contra mulierem ipsam, quàm contra socerum si mulier ipsa res dederit in dotem æstimatas. Æstimatio enim facit emptionem, *l plerumque 10. §. pen. eod. l. 1. §. vltim. D. de æstim. act.* Nisi conuenerit vt res ipsæ quæ æstimatæ fuerunt reddantur soluto matrimonio, Quo casu magis est vt summa declaretur, non venditio contrahatur *l. cùm post 69. §. cùm res D. de iur. dot. l. si inter 21. C. eod.* Si verò neque pollicitatio, neque æstimatio facta sit, siquidem bona fide res ille in dotem data est, nullam marito actionem competere, Dolo autem dantis interposito, de dolo actionem aduersùs eum locum habere, Nisi à muliere ipsa dolus interpositus sit: Tunc enim ne famosa actio aduersùs eam detur, in factum cum ea agendum esse. Quod ego sanè sic intelligo, vt actiones hæ omnes etiam contra mulierem competant constante quoque matrimonio *ex l quoties 16. D. eod.* Nimirum ne alioquin eueniat, vt euicta re dotali, nullam dotem maritus habere existimetur, qui tamen indotatam vxorem ducturus non fuit. Quid enim refert an nullam dotem mulier dederit, quæ tamen dotem promisit; An verò in dotem dederit eam rem quæ posteà fuerit euicta? Potestas enim euictionis tollit intellectum traditionis, nec videtur traditum quod euictum quandoque fuit, *l. si patrem 55. §. vlt. D. ad SC. Trebell quod euincitur 190. de reg. iur.* His ergo casibus æquum est marito dari actionem etiam manente matrimonio ne decipiatur maritus, quod fiet si dotem nullam habiturus sit, *l. si donaturus 9. §. 1. D. de condict. caus. dat. l. purè 5. §. penult. D. de doli mal. except.* & fructus dotis ab oneribus matrimonij separentur, *l. cùm pater 11. D. de pact. dotal.* Ad has autem species referre commodè potest, quod Vlpianus scribit, *in l. 5. §. si vxor. 7. D. donat. int. vir. & vxor.* Si vxor vel maritus exceptione quadam donationis causa summoueri voluerint, facta postmodùm à iudice absolutione, valere quidem sententiam, sed posse condici ei cui donatum est. Nam cùm locus ille vt & totus titulus sit de donatione facta inter virum & vxorem constante matrimonio, nullus autem exceptioni locus esse vnquam possit, nisi aduersùs propositam actionem, consequens est vt senserit Vlpianus, Posse actionem & iudicium exerceri inter coniuges, Nisi fortè velis eam sententiam restringere ad casum illum quo iam ante nuptias acceptum fuisset inter eos iudicium, Quod sane minùs durum esset. Præter id quod iudicium ante acceptum capitare solet quoties peruenit res ad eum casum à quo incipere iudicium non potuisset, *l. si à me 11. D. de iudic.* Vt euenit si mulier diuerterit, & iudicio de dote contestato reuersa fuerit in matrimonium: Redintegrato namque matrimonio capitat iudicium & omnia in pristino statu retinentur, *l. si mulier 19. D. solut. matr.* Non quia inter coniuges iudicium non possit consistere, Sed quoniam redintegrato matrimonio dos quoque redintegratur de qua fuerat acceptum iudicium, *l. post diuortium 64. D. de iur. dot.* Itaque aliud iuris erat si non iudicio rei vxoriæ, sed actione ex stipulatu dos petebatur, vt constat *ex l. si mulier post diuortium 13. eod tit.* ex qua commodissimum exemplum sumi potest *ad d. §. si vxor.* Idémque iuris est in iudicio rerum amotarum, quod in iudicio rei vxoriæ. Nam cum soluto matrimonio rerum amotarum iudicium contra mulierem instituitur, redintegrato rursus matrimonio iudicium soluitur *l vlt. D. rer. amot.* Quamquam si post redintegratum matrimonium iterum fiat diuortium, placet ob res amotas prioris diuortij causa, itémque ob impensas & donationes priore matrimonio factas actionem superesse, *l. redintegrato 24. eod.* Hæc omnia ideò, qui neque de dote restituenda, neque de rebus amotis agi potest constante matrimonio. Non igitur distinctio illa adhibenda est, An iudicium acceptum sit ante vel post nuptias. Sed illa potiùs, An de ea re acceptum sit, de qua etiam durante matrimonio agi possit. Quid ergo si extra causam promissæ dotis aliqua viro contra vxorem actio competat, aut vxori contra maritum? An manente quoque matrimonio permittendum iis erit, vt inuicem agant? Finge donationem aliquam inter coniuges illicitè factam esse, quæ posteà sic reuocata per pœnitentiam, Ex qua causa constat si res donatæ adhuc extent, vindicari eas posse, Si verò consumptæ sint, condici, hactenus scilicet quatenus persona cui donatum fuit, locupletior facta est, *l. 5. alias l. si mulier §. vltim. D. donat. inter vir. & vxor.* An ergo dabimus donatori vindicationem, aut condictionem durante quoque matrimonio? Et non puto, siue quòd donatorem quandiu viuit & matrimonium durat pœnitere possit suæ pœnitentiæ, Suprema enim pœnitentia semper spectanda est *l. cùm hic status 32. §. pœnitentiam eod. tit.* eáque spes sanè probabilis est, vt quæ affectionis ratio donationem ab initio extorserat eadem reuocatam donationem rursum restituat, siue quod inciuile omninò sit, & quid diuortio proximum, si ex ea causa coniugi aduersùs coniugem agere permittatur. Idque mihi videtur Vlpianus disertè scribere *in d. l. 5. §. si donationis eod. tit.* vbi ait, Si donationis causa vir vel vxor seruitute non vtatur, amitti quidem seruitutem, verùm post diuortium condici posse. Cur enim addidisset *post diuortium*, si etiam ante diuortium condici donata seruitus posset? Scio Accursium sic intelligere vt omni tempore & ante diuortium quoque condictio competat, Nec diuortij mentio facta sit ab Vlpiano, nisi quòd per diuortium

intelligatur ipso facto reuocata donatio, etiam quæ reuocata antea non fuisset *ex l. à marito 18. C. eod. l. & ideo 62. §. 1. D. eod. tit.* Sed parum probabilis interpretatio est, cùm possit reuocari donatio à coniuge priùs etiam quàm diuortium fiat, vt scriptum est in *d. l. à marito.* Possit etiam diuortium fieri non reuocata donatione, puta si fiat cum bona gratia, *d. l. cùm hic status 32. § si diuortium & seq. & l. vtrcum 60. §. 1. & duab. legib. seqq. eod. tit.* Longéque aliud est dicere, Reuocari donationem per diuortium, Aliud verò, id quod donatum est, condici post diuortium, quomodo Vlpianus loquitur. Quò etiam pertinere arbitror, quod Iulianus scribit *in l. si mulier 37. D. eod. tit.* Si mulier dolo fecerit ne res extaret sibi à marito donata, vel ad exhibendum, vel damni iniuriæ, id est lege Aquilia cum ea agi posse, Maximè, inquit, si post diuortium id commiserit. Qua adiectione significat, nihil quidem interesse an manente matrimonio, an post diuortium mulier dolum admiserit, damnúmque & iniuriam dederit, quòd vtroque casu perinde mulier teneatur, quod & scriptum est *in l. si seruus seruum 27 §. si cùm maritus D. ad l. Aquil.* sed tamen vtroque casu non nisi post diuortium actionem dari, Alioqui esset aliqua inter hos casus differentia cùm de dolo post diuortium admisso non possit agi nisi post diuortium, Satísque marito faueatur in eo quod tametsi mulier constante matrimonio dolum admiserit, eius tamen nomine actionem habet diuortio quandoque postea secuto: quemadmodum eueniit rebus amotis, aut si quo alio modo mulier in matrimonio deliquerit circa res mariti, Puta si vxor mariti res subtraxerit durante matrimonio nulla cogitatione diuortij, & tamen diuortium posteà secutum sit. Tunc enim sicuti cessante rerum amotarum actione datur marito condictio aduersùs vxorem non ex iusta causa mariti res possidentem, *leg. rerum quidem 25. D. rer. amot.* Ita dicendum est non alio tempore permittendum esse marito, vt condicat, quàm quo posset agere rerum amotarum si actio illa locum haberet. Neque enim melior condictio mariti esse potest ob id quod agi de rerum amotarum non possit, at potiùs tantò deterior, Alioqui magis damnosa, quàm vtilis esset actio rerum amotarum, quam tamen Prætores singulari iure, ac summa æquitate induxerunt, vt ei succurrerent cui res amotæ essent, Atqui rerum amotarum actio non competit nisi soluto matrimonio. Ergo neque condictio illa sine causa, quæ non nisi quodammodo in subsidium, & deficiente rerum amotarum actione datur. Atque ita intellige quod scriptum est *in dicta lege 25. rer. amot.* Itémque quod *in l. etsi de tua 9. C. de donat. inter vir. & vxor.* Si de viri pecunia vxori mancipia comparata sunt & tradita eorum quidem dominium non ad maritum sed ad mulierem pertinere, sed tamen pecuniæ repetitionem habere maritum, siue negotium vxoris gerens numerationem fecerit, siue animo conferendæ in eam donationis quantitatem pretij largitus sit, *Etenim vel in solidum*, inquit Imperator ad maritum, *vel quatenus locupletior facta est actione cum ea competenti experiri poteris*, Nimirum in solidum si agat maritus negotiorum gestorum. Quatenus autem locupletior mulier facta est si agatur condictione sine causa quæ solet competere post reuocatam à coniuge factam coniugi donationem, quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex iniusta causa retineri intelligitur: ex quibus causis condictio nasci solet, vt Caius ait *in l. quia quod 6. D. eod.* Cæterùm neque actionem negotiorum gestorum, neque condictionem illam sine causa puto dandam esse marito contra vxorem nisi post diuortium. Cur enim daretur facilius constante adhuc matrimonio, quàm condictio quæ datur in subsidium actionis rerum amotarum? An fortè quia sit maiore odio digna mulier, quæ ex illicita donatione possidet, quàm quæ mariti res amouit? Imò longè fauorabilior est, quia licèt possideat rem quam scit alienam ac proinde mala fide, *l. si vxor 19. D. de iur. dot.* possidet tamen sciente ac volente viro, *leg. de eo 63. D. de don. inter vir. & vxor.* eique causam possidendi si non iustam certè aliquam præstitit donatio, *leg. si donata 36. eod.* vbi hanc ob causam tractat Paulus, quod valdè singulare est, & à paucis obseruatum, Si res donatæ extent vindicari quidem eas posse, sed nisi reddantur æstimationem faciendam esse iusto pretio, quanti reuera sunt, cauerique possidenti debere de euictione simpli: quod in cæteris vindicationibus diuersum est, in quibus res quæ non restituuntur æstimantur quanti actor in litem iurauerit, nec cauere petitor cogitur possessori, *lege qui restituere 68. & sequent. D. de rei vindicat.* Ex quo intelligimus non magis vindicationem rerum illicitè donatarum, quàm earum condictionem dandam esse constante matrimonio, quòd earum consumptio impunita esse debeat si fiat matrimonij tempore, dum ne locupletior facta sit mulier nec dolo fecerit, quominùs res soluto posteà matrimonio extarent, *dicta lege cùm hic status 32. §. quod ait oratio.* iunct. *dicta lege si mulier 37. eodem.* Et ratio est, quia non amarè nec tanquam inter infestos ius prohibitæ donationis tractandum est, sed vt inter coniunctos maximo affectu & solam inopiam timentes, *lege si id quod 28 § si quis eodem.* Inopiam autem metuere non potest coniux qui donauit, quandiu constat matrimonium, sed tum demùm cum matrimonium soluitur, & sibi quisque res suas habere incipit, quod fit diuortio secuto. Et ita esse intelligitur ex illo etiam quod reuocata donatione quæ inter coniuges facta fuerat, in idem tempus incidit, vt quæri oporteat an res extent necne, Vt sciatur an vindicari debeant, an condici: Nam quo casu & tempore vindicari possunt res donatæ si extent, eodem possunt & condici si non extent. Is enim vnicus effectus est eius quod dicimus, Donationes inter virum & vxorem factas prohibitas esse. *dicta lege 5. aliàs, lege si mulier in fine eodem titulo.* Atqui cùm quæritur an aut quatenus locupletior facta sit persona cui donatum est, inspicimus illud præcisè tempus quo de dote agitur, *lege si cùm mulier 50. eodem titulo.* in illis verbis, *quæritur enim an mulier ex viri patrimonio locupletior sit eo tempore quo de dote agatur.* Sicque accipiendum est quod Vlpianus scribit *in leg. quod autem 7. eodem.* cùm quæritur vtrùm tempus spectandum sit an litis contestatæ, an rei iudicatæ vt sciatur an locupletior factus sit coniux cui donatum fuit, litis contestatæ tempus spectari oportere, Tempus scilicet illud quo iudicium de dote contestatur, cui porrò locus non est nisi soluto demum matrimonio. Ergo neque condictitia actione experiri potest ille ex coniugibus qui donauit nisi post solutum matrimonium, licèt anteà donationem reuocauerit. Quomodo accipi etiam debere puto, quod Paulus respondet *in leg. vxor marito 55. eodem.* Si vxor marito suo pecuniam donauerit, & maritus ex pecunia sibi donata rem mobilem, vel soli comparauerit, nec soluendo sit, res tamen extent, mulierem si donationem reuocet, vtiliter condictitia acturam, Nimirum suo tempore, ac post diuortium. Nec enim, inquit, negari potest quin locupletior factus sit maritus, licèt soluendo non sit, quia non quærimus quid deducto ære alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat. Possidet autem effectu ipso

rem sibi donatam, cùm possideat rem ex pecunia donata comparatam, perinde acsi res ipsa, siue mobilis, siue immobilis, quæ ex bonis donata comparata fuit, donata esset, Nisi quòd de eo casu haberet mulier directam rei donatæ vindicationem, tanquam quæ dominium retinuisset. Et addit, *nec erit deterior causa viri* (sic enim legendum esse *nec pro &* docuimus in Coniecturis) *si et pecunia quatenus res valet, non vltra tamen id quod donatum est, condicatur, quàm si dotis iudicio conueniatur.* Ita significans eodem tempore & actioni condictitiæ locum esse, & iudicio de dote, Et vtroque in iudicio æquè fauendum esse marito qui soluendo non est, vt quamuis in solidum locupletior ex donatione factus sit, non tamen in solidum condemnari debeat, sed catenus tantùm quatenus facere potest, & deducto ne egeat, id enim quod Modestinus docet *in lege non tantum 20. D. de re iudic.* Non tantùm dotis nomine maritum in quantum facere potest condemnandum esse, sed ex aliis quoque contractibus, ex quibus ab vxore iudicio conuentus sit. Eodem nimirum tempore quo & iudicio de dote conueniri potest, ac proinde post dissolutas nuptias, cùm quandiu durat matrimonium non possit maritus egere quin & ipsa mulier egeat, cuius alendæ onus ad maritum pertinet, Nisi ponas ab initio conuenisse, vt mulier se suó que aleret, quod olim aliquando, quamquam rarissimè, fiebat. *dicta lege si quis pro vxore vigesimaprima in fine. Digest. de donation. inter virum & vxorem.* Potest autem multis casibus contingere vt soluto matrimonio conueniendus sit maritus, non tantùm iudicio de dote, sed ex aliis quoque causis & contractibus, puta actione depositi, vel mandati, vt in specie *lege si ego 9. in fine, Digest. de iur. dotium.* Aut ea actione quæ iam ante nuptias competebat, vt in casu quem Marcellus ex Iuliano tractat *in leg. si pater 44 §. 1. eodem titulo*, de muliere quæ debitorem habens filiumfamilias patri eius dotem ita promisit, *Quod mihi debes, vel quod filius tuus mihi debet dotis tibi erit.* Iulianus enim ait his verbis non obligari mulierem vt ab ea exigere maritus dotem vllam possit, sed effici duntaxat vt id quod actione de peculio seruari à patre poterat, in dote sit, Marcellus verò Iuliani sententiam probans, subiungit, *Siue igitur cum filio posthac siue cum patre agere instituerit, exceptione pacti conuenti summouebitur: Actione autem de dote si experietur, consequetur quod in peculio fuisse apparuerit, eo tempore quo dos promittebatur.* Non ait, *actione autem de dote cum experietur*, sed *si experietur*, vt intelligamus in idem tempus incidere vt possit mulier in ea specie eligere, an iudicio de dote, an pristina actione contra maritum experiri velit. Cui consequens est vt sicuti actione de dote experiri non potest nisi soluto matrimonio, ita neque pristinam actionem exercere contra maritum nisi eo tempore, quo maritus & vxor esse desierint. Sequitur autem apud Marcellum *vtique si post nuptias promissa est, eius temporis peculium æstimari debebit, quo nuptiæ fierent.* Qui versiculus certè mancus est, & omninò supplendus, vt hoc quoque obiter adnotemus, addita dictione, *alioquin* ante verba illa *eius temporis.* Sensus enim est, multùm referre an supradicta dotis promissio facta sit post nuptias, an verò ante. Vt priore casu æstimetur peculium quod fuit eo tempore quo dos promittebatur, cum ante illud tempus nulla dos fuerit, Posteriore verò æstimetur peculium quod fuit non promissionis tempore sed nuptiarum, quia dotis promissio qualibet sicuti tacitam conditionem illam habet si nuptiæ sequentur, *lege stipulationem vigesimaprima, & sequentibus eodem.* Ita & in illud tempus dilata, relataque intelligitur quo nuptiæ fient, quoniam nec ante dos vlla esse potest cùm non sit sine matrimonio, *lege tertia, lege promittendo quadragesimaprima eodem titulo.* Aliud fortasse iuris est in ea specie quæ apud Scæuolam tractatur *in lege si prædia quinquagesimaoctaua, §. vltimo, D. de donat. inter virum & vxorem.* de filio qui rebus matris interuenire solitus, ex pecunia matris consentiente ipsa, res plerasque & mancipia mercatus emptionum instrumenta suo nomine confecerat, deinde in patris potestate decesserat. Nam cùm quæreretur, an mater cum marito suo experiri, & qua actione vti posset, Respondit Scæuola cum distinctione, si mater obligatum filium in ea pecunia esse noluit, intra annum quàm filiusfamilias decessit de peculio cum in patre in cuius potestate filius fuisse proponitur, actionem habere illam, Sin donauit filio repeti posse, & condici, quod donatum est, quanto locupletior ex ea donatione pater factus fuit: Quo responso videtur Scæuola vtramque actionem dare vxori contra maritum etiam constante matrimonio, Nec tantùm actionem annalem de peculio, sed etiam condictitiam illam quæ nascitur ex reuocatione donationis factæ inter virum & vxorem, Quam tamen actionem nos suprà diximus non dari nisi soluto matrimonio, cùm non detur nisi in quantum ille qui donationem accepit locupletior ex ea factus est. Quatenus autem locupletior factus sit, statui debeat inspecto eo tempore quo de dote agatur, *lege si cùm mulier quinquagesima eodem titulo.* Verùm dici meo iudicio non incommodè potest, responsum hoc Scæuolæ propriam in vtraque actione, & specialem habere iuris rationem. In actione quidem annali de peculio, Ne actio illa quæ anno concluditur mulieri pateat si non intra annum exerceatur. Quæ tamen ratio facere tantùm posset, vt litem contestari actionis tantùm conseruandæ & perpetuandæ gratia, non etiam vsque ad condemnationem peruenire oporteret, *lege prima, paragrapho vltimo, Digest. de fer.* In actione verò condictitia, quoniam donatio non in maritum ipsum, sed in mariti filium collata proponebatur: Filius autem viuis parentibus defunctus, cuius obitu certum erat non modò extinctam donationem esse, verùm etiam ita extinctam, vt ampliùs conualescere posteà nunquam posset *dicta lege à marito decima octaua, Codice de donat. inter virum & vxorem.* Non enim hoc casu inspicienda est persona patris, cui donationis commodum & emolumentum acquireretur per filium si donatio valeret, sed persona ipsius filij in quem collata donatio est, *lege cùm hic status trigesimasecunda, paragrapho si filius familias decima septima & sequentibus vers. in hac autem donatione, Digest. eodem.* Sanè actio vna est de qua negari non potest quin constante matrimonio mulieri contra maritum competat. Sic enim scriptum est *in lege hac actio 65. D. solut. matrim.* Sed quænam illa sit non facilè dici potest cùm sumpta sit lex illa, ex Scæuolæ libro singulari Quæstionum publicè tractatarum, sed tam concisè vt nesciri queat de qua actione Scæuola senserit. Neque verò Interpretes consentiunt: Probabilius tamen videtur, &, si non ad Scæuolæ, certè ad Triboniani mentem accommodatitius, quod Cuiacius docuit ex coniunctione legis præcedentis, & ex *leg. filius 14. §. vlt. ad legem Corn. de fals.* intelligendam esse de condictione ex lege Iulia quam lex illa dedit mulieri contra maritum, ad hoc vt cogatur vir reddere statim vxori quicquid ad eum ex manumissione serui dotalis peruenerit. Scilicet, quia post solutum matrimonium id exigi iudicio de dote non posset cùm neque in dote fuerit, neque ex causa dotis ad maritum peruenerit, *l. dotalem sexagesimaprima, D. solut. matrimonio.*

Atque

Atque hæc quidem videntur mihi nec falsò nec insubtiliter de supradictis actionibus inter virum & vxorem constante adhuc matrimonio vel concedendis vel denegandis ex vera iuris ratione disputari posse. Sed tamen non desunt leges, quibus probari posse videatur liquere, quovsque maius mihi otium suppetat inquirendis & examinandis legibus omnibus, quæ in vtramque partem afferri hac in quæstione possent. Est enim quæstio sanè perdifficilis, Vel ob id maximè quòd non desunt leges, quibus probari possit, Etiam pœnales actiones plerasque, adeóque turpes, dum ne protsus famosæ sint, constante quoque matrimonio dari posse Qualis est actio furti de qua in specie *l. 3. § 1. D. rer. amot.* legis Aquiliæ in specie *l. si seruus seruum 27. §. si cum maritus D. ad l. Aquil.* aut serui corrupti *in l. vlt. D. de seru corrupt.* Sed dignus tractatus est, qui separatim à nobis sequenti Decade instituatur.

a

ANTONII FABRI I.C.

Decas octogesimasecunda.

ERROR PRIMVS.

De pœnalibus aut turpibus actionibus inter coniuges etiam manente matrimonio dandis. Ad legem tertiam, paragrapho prima, Digest. rerum amotarum, lege si seruus seruum vigesimaseptima, paragrapho si cùm maritus, Digest. ad legem Aquiliam, lege vltima, D. de seruo corrupto.

QVi vident scriptum esse *in l. 2. C. rer. amot.* constante matrimonio, neque pœnalem, neque famosam actionem inter coniuges competere, Sicuti non dubitant quin aliæ omnes actiones competant, quæ nec pœnales sunt, nec famosæ, quamuis nullam possint rationem reddere, Cur non ergo competat etiam actio rerum amotarum durante quoque matrimonio quam certissimum est, nullo modo pœnalem esse nec famosam, Ita se torquent maximè, vt respondeant ad eos iuris locos, in quibus apertè contra scriptum videtur, non modò pœnalem, quod facilius est, sed etiam famosam aut saltem turpem actionem coniugi aduersus coniugem dandam esse. Nos verò tantò difficiliùs hoc admittimus, quod neque post diuortium fieri posse arbitramur, vt famosa vel turpis actio inter eos detur qui coniuges fuerunt, In honorem scilicet transacti matrimonij, quomodo interpretamur quod scriptum est *in l. 2. D. eod.* Alioqui non erat cur Prætor singulare iudicium induceret Rerum amotarum aduersus eam quæ vxor fuisset si præsentis tantùm non etiam præteriti matrimonij pudor, vt Iustinianus loquitur *in l. vlt. §. vlt. C. de furt.* actionem furti denegandam suasisset, Quando nec nisi soluto matrimonio competit actio Rerum amotarum, vt omnes consentiunt ex *leg. 1. leg. rerum 25. & pass. eod tit. & d. l. 2. C. eod.* Primus locus occurrit *in l. 3. §. 1. D. eod tit.* vbi scriptum est si seruus vxoris furtum fecerit marito, furti cum ex agi posse, Sed & cum vxore ipsa furti agere possibile esse, Nempe si ei cui hæredes sumus furtum illa fecerit, vel nobis antequàm nuberet. Nemo enim nescit actionem furti licèt non semper famosa sit, puta si ex furto alieno quis conueniatur, *l. furti 6. §. si quis aliano, & l. si rum 24. D. de his qui not. infam.* semper tamen esse pœnalem, quia nunquam nisi ad quadruplum datur si furtum fuit manifestum, aut ad duplum si fuit nec manifestum, Quia scilicet nunquam persequitur nisi pœnam: Pœna autem dupli tantùm est, vel quadrupli. Ergo si contra mulierem ex furto serui puta dotalis maritus agat furti, quod facere vtique potest, famosam quidem non erit actio, sed pœnalis tamen erit, nec eo minùs competitura, si nostris credimus etiam constante matrimonio. Nam & *in leg. si qua vxori 51. §. seruus verò, D. de furt.* Vlpianus disertè scribit nequaquam esse ambigendum, quin etiam vxor serui sui nomine furti teneatur. Alijs verò duobus casibus qui ponuntur *in dict. leg. 3. §. 1.* hoc est, Siue mulier ei furtum fecerit, cuius maritus hæres extitit, siue marito ipsi antequàm illa nuberet, non modò pœnalis erit furti actio quæ contra vxorem exercebitur ante diuortium, sed etiam famosa, quoniam his casibus non ex alterius persona, sed ex propria mulier condemnabitur. Nec difficultatem hanc summouet, quod pro temperamento subijcitur *in d. §. 1.* in hæc verba, *tamen propter reuerantiam personarum in vtroque casu furtiuam tantum condictionem competere, non etiam furti actionem dicimus.* Primum quia, vt disputauimus in præcedentibus Decadibus, Condictio furtiua licet neque pœnalis, neque famosa vllomodo sit, turpis tamen actio est, quia furti nomen præ se fert & exprobrationem. Ideóque fatentur omnes veteres post Accursium, & recentiores post Cuiacium, Esse speciale & contra iuris regulas, vt condictio furtiua iis casibus inter coniuges detur, neque extra duos illos casus dari eam posse inter coniuges, nec magis soluto quàm constante matrimonio, pro furto, quod durante matrimonio factum sit. In honorem verò transacti matrimonij non tantùm famosa, sed etiam ea quæ turpis tantum sit actio inter eos qui coniuges fuerunt, denegatur *dict. leg. 2. ead.* Deinde, quia sic Paulus loquitur *in d. l. 3. §. 1.* non vt dicat Actionem furti iis casibus non competere, sed solam condictionem furtiuam, At è contrario ita vt dicat Possibile vt his casibus contra eam quæ vxor adhuc est, furti agatur. Quibus verbis agnoscit ingenuè, furti actionem competere, Cùm sit impossibile vt agatur actione non competente. Falsum ergo erit, quod scriptum legimus *in dicta lege secunda Codice rerum amotarum* constante matrimonio neutri coniugum neque pœnalem actionem competere, neque famosam. Potiúsque debuerant Imperatores rescribere, Ipso quidem iure, & famosam, & pœnalem actionem inter coniuges, manente quoque

matrimonio

matrimonio competere posse. Sed tamen in honorem matrimonij, & ob reuerentiam personarum dari eam non debere. Aliud enim est Competere, aliud dari actionem, Sicut & aliud non competere, aliud denegari, Quia fieri potest vt summo iure competat actio, quæ tamen ob causam aliquam deneganda sit, Et contra vt detur per Prætorem actio ei cui nulla stricto iure competit, Sed vt deneganda sit ea quæ nec competit, fieri nunquam potest. Non habent sane interpretes nostri quod comminisci possint vt se hinc euoluant Nam quod dicunt, Esse istos casus speciales nulla tamen specialitatis allata ratione, nugatorium est. Quid enim refert, an furti conueniatur vxor à marito propter furtũ quod ipsa fecerit, vel viro suo ante nuptias, vel alij post contractas nuptias cui maritus hæres extiterit, An vero ex causa furti quod ipsa viro fecerit iã contracto matrimonio? An nõ his omnibus casibus infamis sit mulier adhuc vxor manens? Quod si nimis durum & intolerabile illud creditur vt maritus infamem vxorem faciat, etiam ob furtum quod ipsa iam vxor facta admiserit, Quanto durius & intolerabilius est, vt agẽte marito infamis fiat propter furtum, quod illa vel alij quàm marito, cui tamen maritus hæres extiterit, vel ipsi quidem marito, sed ante nuptias fecerit? At nodum hunc facilè dissoluet quisquis nobiscum sentiet. Docuimus namque in superioribus, id quod à Paulo scriptum est *in d. l.* 3. §. 1. de danda furti actione contra mulierem ex furto serui, sic esse accipiendum vt tamen non nisi post solutum matrimonium actio illa exerceatur, & eo tempore quo agi posset ac deberet. Rerum amotarum. si mulier ipsa furtum fecisset. Sensus enim est Posse mulierem conueniri furti, post diuortium, non solum eo casu quo ipsa res ante diuortium amotas post diuortium quoque contrectauerit, sed etiam si constante matrimonio seruus eius furtum fecerit: quòd eo casu neque famosa, neque turpis actio furtiua sit licet non possit non esse pœnalis. Quod verò ibidem ex Paulo subiicitur, Etiam cum ea quæ vxor adhuc sit posse agi furti si vel furtum illa viro fecerit antequam nuberet, vel alij cui maritus hæres fuerit. Totum id non Pauli sed Triboniani esse ostendimus. Quemadmodum & temperamentum illud, vt pro actione furti danda sit potiùs vtroque illo casu condictio furtiua. Itaque ex his tribus casibus, neque primus obstat sententiæ nostræ qua defendimus constante matrimonio nullam ex maleficio pœnalem & famosam actionem coniugi aduersus coniugem competere, nedum eam quæ quoquomodo vel pœnalis, vel famosa videri possit. Neque duo posteriores, nisi apud eos qui Tribonianeam iurisprudentiam habeant, pro Papinianea quod à me certè nunquam impetrabunt. Secunda obiectio est ex *d. l. si seruus* 27. §. *si cum maritus D. ad leg. Aquil.* vbi dicitur teneri mulierem lege Aquilia si cùm maritus dedisset ei margaritas extricatas vt eas in vsu haberet, illa inuito vel inscio viro eas perforauerit vt iis pertusis in linea vteretur, *siue diuerterit*, inquit, *siue nupta sit adhuc*. Si quidem in confesso est actionem legis Aquiliæ esse pœnalem, ob repetitionem illam quam continet vel anni retrorsum computati vel triginta dierum proximorum in re quanti plurimi fuerit æstimanda *l. qui seruum* 34. *in fin. D. de oblig. & action. §. his autem verbis. Inst. de leg. Aquil.* vbi additur actionem illam hac de causa dari contra hæredem, quæ tamen dari deberet si pœnalis actio non esset, id est si supra damnum lis nunquam æstimaretur. Sed respondent nostri Vlpianum *in d. §. si cum maritus*, non de lege Aquilia, vel vt dicam melius de legis Aquiliç actione directa intelligi debere, sed de illa in factum cuius mentionem fieri videmt *in d. l.* 2. *C. rer. amot.* id est quæ de solo damno sarciendo in simplum detur, ac proinde quæ non magis pœnalis vlla ex parte, quam famosa dici possit. Quæ tamen interpretatio si non esset necessaria, mihi paulò durior videretur: Cùm apud Vlpianum verbum nullum sit de actione in factum, sed tantum de lege Aquilia, quam non solent prudentes nostri dicere nec actionem legis Aquiliæ pro actione in factum, vt nec è contrario actionem in factum pro actione legis Aquiliæ. Nam si adeò sunt diligentes Iureconsulti in distinguendis casibus quibus competit actio directa legis Aquiliæ, ab iis quibus datur tantum vtilis, quamuis soleant directæ & vtiles eiusdemque effectum habere vt ait *leges actio* 47. *D. de negotiis gestis* Neque hoc contenti dederunt præterea operam vt inducerent actionem in factum subsidiariam, quæ iis casibus locum haberet quibus legis Aquiliæ actio prorsus deficeret, nec minus vtilis quam directa si quo casu damni restitutionem fieri æquitas postularet, vt Iustinianus noster tractat *in § vlt. Inst. de leg. Aquil.* & latius prudentes nostri *in tit. Pandect. Ad. leg. Aquil.* quis credat Vlpianum quod non alius diligentior aut felicior fuit in partire loquendo, vsque adeò impropriam locutionem vltrò affectasse, vt de legis Aquiliæ locutus sit cùm de sola in factum actione sentiret? Actionem enim siue legis Aquiliæ, siue aliam cùm simpliciter prudentes dicunt, semper directam intelligunt, vtilem verò nunquam, nisi cùm directa actio legis Aquiliæ ita demum competat si quis corpore suo damnum dederit, Vtilis verò ita si alio modo quàm corpore suo damnum intulerit, In factum autem subsidiaria non aliter, quàm si neque corpore damnum datum, neque corpus læsum fuerit *d. §. vlt. Inst. de leg. Aquil.* quis non videt in ea specie quam Vlpianus tractat *in d. §. cùm maritus*, neque actioni legis Aquiliæ vtili, neque actioni in factum posse locum esse, sed omnimodo directam legis Aquiliæ actionem competere aduersus mulierem, quæ non solum dolo, sed etiam corpore suo margaritis quas à marito acceperat, damnum dedit. Videtur autem hæc eadem sententia & interpretatio probari multo apertius ex Iuliano *in l. si mulier* 37. *D. de donat. int. vir. & vxor.* vbi ait ille in specie non valde dissimili, id est, si mulier dolo fecerit ne res extaret sibi à marito donata, vel ad exhibendum, vel damni iniuriæ cum ea agi posse. Quid enim aliud est actio legis Aquiliæ de damno iniuria dato? Id namque est, quod Iustin. scribit initio *d. tit. de leg. Aquil.* actionem damni iniuriæ per legem Aquiliam constitui, Nempe quia eadem lex Aquilia omnibus legibus quæ ante se de damno iniuria dato locutæ fuerant derogauit, vt testatur Vlp. *in l.* 1. *eod.* Cumque Iulianus *in d l. si mulier*, non tantum actionem damni iniuriæ & legis Aquiliæ det marito contra mulierem, sed etiam actionem ad exhibendum, de qua ideo dubitari minùs poterat, quod iis præcipuæ competat qui rem exhibitam vindicare postea possit, *l.* 1. *& pass. Digest. ad exhibend.* cur non æquè ac tam facilè meminisset commentitiæ istius actionis in factum, si qua ratione competere illam existimasset? Atque dicas idem ei contigisset, quod Vlpiano vis imponere vt aliud scripserit, aliud senserit, subiungit Iulianus noster *maximè si post diuortium id commiserit.* Qua adiectione docet apertissimè iisdem actionibus teneri mulierem, quæ dolo fecerit ne res extaret sibi donata, siue ante, siue post diuortium id fecerit, quamuis maior ratio sit vt ex eo quod post diuortium quàm ex eo quod constante matrimonio fecit, teneatur, quasi liberiorem in rebus mariti durante quoque matrimonio grassandi potestatem habere debeat, ob indiuiduam illam vitæ, & totius diuini humanique iuris societatem, quàm vbi

societas

societas illis per diuortium dissoluta est. Atqui si tale quid mulier post diuortium admisisse probaretur, nemo diceret conueniendam eam ex hac causa actione in factum, potiùs quam directa legis Aquiliæ. Quid enim obstaret quominus actione illa directa teneretur, & post solutum matrimonium, & propter dolum quem æquè soluto iam matrimonio admisisset? Nec subesset necessitas vlla inducendæ huiusmodi actionis in factum subsidiariæ, quam neque nostri putant esse necessariam, nisi cùm id agit maritus vt indemnitatem ab vxore constante quoque matrimonio consequatur. Ergo nec si constante matrimonio damnum iniuria datum sit à muliere in specie *d. l. si mulier*, eóque nomine agere maritus velit actioni tamen in factum Iulianus locum vllum daret. Alioqui debuisset distinguere casus illos quos coniungit. An mulier ante diuortium, an post fecisset dolo ne res sibi donata careret. Vt priore casu teneretur actione in factum non legis Aquiliæ, & damni iniuria dati, Posteriore verò actione damni iniuriæ & legis Aquiliæ, non in factum. Hoc autem admisso vt legis Aquiliæ actio & quidem directa eo casu locum habeat, non possit dicere cum Accursio & Cuiacio dandam illam esse in simplum duntaxat, vt non sit pœnalis. Inaudita namque est, incognita prudentibus nostris actio legis Aquiliæ quæ non pœnalis sit, cum ab initio eam huic actioni naturam lex Aquilia dederit vt pœnalis esset, ac proinde omnino necesse sit. vel nullomodo actionem dari legis Aquiliæ, vel talem dari qualis per legem inducta & comparata est. Cui conuenit quod Paulus scribit *in l. penultim. ad legem Aquil.* Mulierem si in rem viri damnum dederit, pro tenore legis Aquiliæ conueniri. Quid enim aliud sibi volunt verba illa *pro tenore legis Aquiliæ* quàm si scriptum esset *secundum eam formam quam lex Aquilia præscripsit.* Non ergo in simplum. sed cum repetitione triginta dierum, vel anni proximi retrorsum computati, quæ res facit pœnalem actionem. Etsi video Accursium suæ illius interpretationis perpetuò memorem ad illum ipsum locum notare Actionem legis Aquiliæ dixisse Paulum pro actione in factum, quod multò minus ferre possum, cùm Pauli verba supradicta repugnent apertius, quàm Vlpiani. Quid ergo melius afferre possumus, quod respondeamus? Nos enim negamus actionem vllam pœnalem, præsertim quæ ex maleficio nascitur dari posse inter coniuges durante matrimonio, Ergo neque actionem legis Aquiliæ, quippe quæ non tantum ex delicto nascatur, sed etiam sit pœnalis. Tentabam aliquando, an dici posset, Teneri quidem legis Aquiliæ actione & quidem directa mulierem, quæ damnum per iniuriam viro dedit, siue adhuc nupta, siue post diuortium dederit; & teneri iam ab eo ipso tempore quo damnum datum est, cum nascatur ea actio ex damno: Sed tamen non dari eam actionem marito statim vt possit eam exercere constante adhuc matrimonio, sed diuortio tantum secuto. Nec enim verbum vllum est in supradictis locis omnibus, ex quo possit colligi eã aut Vlpiani, aut Iuliani, Aut Pauli sententiam fuisse, vt existimauerint legis Aquiliæ actionem constante quoque matrimonio inter coniuges dandam esse. Quod si hæc quoque interpretatio durior & supradictarum legum verbis minus conueniens videbitur, Nihil certè relinquetur quod melius dicere possimus. quam quod Accursiani volunt, esse illas necessario intelligendas de actione illa in factum, de qua loquitur *d. l. 2. C de rer. amor.* & quam Imperatores eo loco scribunt dari etiam constante matrimonio: Tam apertè vt obiectionem hanc nemo possit effugere nisi qui legem totam negare velit. Cum qua etiam consentit quod ex Marciano scriptum legimus *in l. vltim. D de seruo corrupt.* De cuius tamen sententia superest vt aliquid dicamus.

ERROR II.

De actione serui corrupti an detur inter coniuges etiam constante matrimonio. Ad l. vlt. D. de seruo corrupt. Et ad l. si ego 9. §. vltim D. de iur. dot.

SCribit Marcianus *in l. vltim. D. de seru. corrupt.* Serui corrupti nomine etiam constante matrimonio marito in mulierem dari actionem, sed fauore nuptiarum in simplum. Quæ verba *& constante matrimonio* nullum dubitationi locum relinquere videntur quominus de actione illa Serui corrupti etiam constante matrimonio inter coniuges danda Marcianus senserit: Et tamen ne dari eo tempore debere videretur, duplex ratio impediebat, Vna quòd sit actio illa sui natura pœnalis, cum detur ad duplum eius quod reuera interest *l. 1 l. si quis seruum 9. §. datur l. vt tantum 24. §. in hac actione eod. tit.* Altera quod licèt non sit famosa, negari tamen non potest quin vel nomine ipso sit turpis *l. nec quicquam 56. D. pro socio.* Certum autem est in honorem etiam transacti & præteriti matrimonij turpem actionem inter eos qui coniuges fuerunt, denegari *l. 1 l. 2. D. rer. amot.* Tantùm abest vt constante adhuc matrimonio inter eos dari possit, Etsi autem prior dubitandi ratio tollitur ex eo quod Marcianus admittit fauore nuptiarum non esse dandam actionem illam nisi in simplum, quæ res facit vt pœnalis dici hoc casu non possit, cùm eius duntaxat quod reuera interest persecutionem contineat. Posterior tamen illa semper manet, quòd actio De seruo corrupto, si non famosa, saltem sit turpis. Quod Accursius noster non intellexit qui ad *d. l. vltim.* notat, Actionem illam famosam non esse, probatque ex eo quod detur marito aduersus vxorem, etiam constante matrimonio. Propositio quidem vera est quia serui corrupti actio non recensetur inter eas quæ ex Prætoris edicto infamiam irrogant condemnato, de quibus in *l. 1. & seq. eiu. D. de his qui not. infam. & in l. infamem 7. D. de public. iudic.* Sed illatio tamen & collectio falsa est, quia probari æquè posset, ne quidem turpem esse actionem, quando non tantum famosæ actiones, sed illæ etiam quæ tantum turpes sunt, denegantur inter coniuges, adeóque soluto etiam matrimonio *d. l. 2. D. rer. amot.* Qua ratione docuimus in præcedentibus, Condictionem furtiuã licèt famosa nõ sit, quia tamen turpis est non dari marito contra vxorẽ, nec vxori contra maritũ, siue constante matrimonio, siue soluto. Atqui actionem serui corrupti turpem esse certissimum est *dict. l. nec quicquam.* Vnde illud etiam fit, quod scriptum est *in l. parens 5. §. vlt. & legib. seqq. D. de obseq. parent. & patron. præst.* Aduersus parentem, patronum, patronam, liberósve aut parentes patroni patronæve non solum famosas actiones dandas non esse, sed nec illas quæ doli, vel fraudis habent mentionem licèt famosæ non sint, Ideóque nec serui corrupti agi cum iis posse: Vt intelligamus actionem serui corrupti famosam quidem non esse, sed tamen turpem esse quòd corruptionis mentionem habeat, quæ corruptio sine dolo malo esse non potest *d l. 1. l. 3. 4. & 5. & pass. de seruo corrupt.* Et tantque in eo nostri interpretes quòd infamiam & turpitudinem in designandis actionibus habent pro synonimis, cum tamen multò latiùs pateat turpitudo, quam infamia. Omnis namque actio famosa hoc ipso turpis est, At non vicissim omnis actio turpis

famosa

famosa est, vt in condictione furtiua manifestè apparet: Manifestius autem in exceptionibus quæ turpes facilè esse possunt qualis est exceptio doli, & De eo quod vi metúsve causa & si quæ sunt similes. At famosæ esse nunquam possunt, quia infamiam affert sola sententia & condemnatio, quæ porrò nulla sequi potest ex exceptione, sed potiùs impeditur nec eo minus tamen denegantur aduersus eas personas quibus debetur reuerentia, quod turpitudo quæ ipsis inest suggillet existimationem eorum quibus obiiciuntur, saltem apud bonos & graues viros *l. 4. §. aduersus D. de doli mali & met. excep.* Idémque etiam cernere est in plerisque interdictis, Puta Vnde vi, & Quod vi aut clam. Quanquam enim neque Vnde vi, neque aliud vllum interdictum famosum est *l. neque vnde vi 13. D. vnde vi l. si Præses 32. D. de pœn.* Turpe tamen est, quia violentiæ mentionem habet, quæ sine dolo esse non potest, non magis quàm corruptio, & atrocitatem facinoris in se continet, vt loquitur Vlpian. *in l. 1. § interdictum hoc 41. D. vnde vi & de vi armat.* vbi hanc ob causam scribit verus esse nec liberto in patronum, nec liberis aduersus parentes interdictum illud dandum esse, meliúsque esse vt in factum actio his competat, nisi vis armata interuenisse proponatur, Quod & scriptum est *in l. licet 7. §. ne e exceptiones D. de obseq. parent. & patr. præst.* Illa igitur dubitatio semper manet, Cur actio serui corrupti quæ licèt non famosa, turpis tamen est detur marito contra vxorem etiam constante matrimonio. Nec quærenda ratio est ab Accursianis, aut aliis qui actionem turpem à famosa non distinguunt. Putant enim illi omnibus his obiectionibus satisfactum esse, cùm a nobis impetrauerint, non esse famosam actionem, Marciano autem non esse pœnalem quippe quæ in simplum duntaxat danda sit fauore nuptiarum: Neque vident multò esse difficilius, vt actio, quæ nec pœnalis, nec famosa est detur inter coniuges manente matrimonio, [illegible] modo sit turpis, quàm vt ea quæ est pœnalis, [illegible] famosa, vel turpis. Honor enim maritalis longè magis exigit vt parcatur famæ & existimationi coniugis, quàm vt pœna pecuniaria ei remittatur, quæ cum existimatione nihil commune habet ne quidem apud bonos & graues viros Cuiacius verò etsi Accursianum errorem in eo imprudens sequitur, quod turpem actionem à famosa non distinguit, eo autem grauiùs peccat quàm Accursius quod actionem serui corrupti famosam esse admittit, quæ tantummodò turpis est Accursius verò nec turpem eam esse videt. Respondet tamen ex *l. vlt. sequi. C. de furt.* fauore nuptiarum siue propter fauorem nuptiarum in vxorem dari actionem serui corrupti, Et in simplum tantum, id est in id solummodo quod interest non pœnalem in duplū. vt ipsa lex ait, Et præterea sic, vt intentetur constante matrimonio verbis temperanda sit in factum, detracta omni atrocitate & infamia verborum. Parum accommodatè meo iudicio. Non enim de actione serui corrupti loquitur Iustinianus *in d. l. vlt* sed de actione furti: Quam negat quidem dari debere inter coniuges ob suam atrocitatem, sed malè addit *constante matrimonio*, quia nec soluto eo danda est ob furtum quod mulier in ipso matrimonio & ante diuortium admiserit: eum ob eam causam necesse fuerit induci à Prætoribus singulare iudicium Rerum amotarum cui nec nisi propter furtum matrimonij tempore factum, nec nisi soluto iam matrimonio locus esset, Sicuti nos in superioribus contra Tribonianum disputauimus, cuius tota illa iurisprudentia est Itémque illa, quod actionem rerum amotarum dat inter coniuges etiam constante matrimonio, quod ante ipsum nemo ex prudentibus vnquam dixerat, nec vllo casu admiserat. Melius igitur aliquid quærendum est quam quod possit colligi ex peruersa illa Triboniani eruditione. Sed & in eo errat perperàm Cuiacius quod non aliter vult actionem serui corrupti temperandam esse verbis in factum, quàm si constante matrimonio intentetur, Quasi nihil absurdi sit turpem & famosam actionem exerceri soluto matrimonio aduersus eam, quæ vxor fuit, Contrà quam apertè scriptum est *in d. l. 1. & 2. D. rer. amot.* Ego verò non inficior quod ait Cuiacius temperandam esse verbis in factum actionem serui corrupti, vt & aliam quamlibet quæ propter atrocitatem, & infamiam verborum torpis videri possit, Sed dico adhibendum esse hoc temperamentum non modò si constante matrimonio, sed etiam si soluto eo talis actio exerceatur: vt non minus prærerit quàm præsentis matrimonij pudor ius hoc extorqueat, Cum hac tamen differentia quod constante matrimonio neque turpis aut pœnalis, neque alia vlla actio permittenda est coniugi aduersus coniugem, siue delictum ex quo nascitur actio, nuptias præcesserit, siue subsecutum sit. Soluto autem matrimonio ita demum turpis actio aduersus eam quæ vxor fuit deneganda est si ex eo facto mulieri conueniatur, quod ipsa constante adhuc matrimonio admiserit, & eo tempore quo indiuidua illa vitæ societas, peccandi si non causam & rationem, saltem materiam, & occasionem præbuerit. Itaque vt tandem respondeamus ad *d. l. vlt. D. de seru. corrup.* dicendum sane est, non dari ex loco actionem serui corrupti, aut, quod idem est, De seruo corrupto coniugi aduersus vxorem, sed illud tantùm Marcianum dicere, Serui corrupti nomine vxorem à viro conueniri posse: quod longè diuersum est. Nam illa verba *serui corrupti nomine* hoc tantum significant *ob seruum corruptum*. Fieri autem potest vt ea causa serui corrupti agatur alia actione quàm De seruo corrupto, puta actione in factum de damno dato vt & Accursius & alij interpretantur *ad d. l. vlt. ex d. l. 2. C. rer. amot.* Sic enim dicimus Rerum amotarum nomine posse fiscum agere contra mulierem quæ res amouit, si quoque fure bona mariti fisco delata & vindicata sint *l. ad fiscum D. rer. amot.* Et tamen nemo dixerit fiscum in ea specie agere rerum amotarum, Etenim iudicium illud, singulare inter eos duntaxat inductum qui coniuges fuerunt, Nisi quod etiam hæredi coniugis datur in solidum aduersus coniugem superstitem, non similiter aduersus hæredes nisi in quantum ad eos peruenit *lege si mulier 21. § hac actio eod.* iunct. *l. vlt. C. eod.* Postrema obiectio quæ diluenda nobis superest, vt generaliter verum maneat quod defendimus, Actionem inter coniuges famosam constante matrimonio neque competere, neque dari posse, Ex eo est, quod in vxorem datur actio depositi & mandati *l. si ego 9. §. vlt. D. de iur. dot.* quæ tamen sunt famosæ *l. 1. de his qui not. infam.* Respondet Cuiacius ita demum famosas esse actiones illas si agatur de perfidia depositarij & mandatarij, Ob idque si quando inter coniuges dentur sic esse temperandas vt non exprimatur causa perfidiæ, sed illæsa fidei, sed illæsa existimatio mulieris conseruetur. Ego verò iam respondi in præcedentibus id quod scriptum est *in d. l. si ego §. vltim.* de danda depositi vel mandati actione viro contra mulierem, sic intelligendum esse vt detur soluto demum matrimonio. Idque probaui ex illis Vlpiani verbis *ne si quandoque separatio fiat, negetur*. Sed tamen quia non magis pati possum vt famosa, adeoque turpis tantum actio detur marito contra vxorem soluto matrimonio, vt quam eo adhuc cōstante si modò nascatur actio ex eo quòd durantibus nuptiis factum sit, Respondeo actionem depositi aut mandati non esse famosam

famosam aut turpem solo nomine, vt sunt illæ quæ doli vel fraudis mentionem habent, quia non supponit dolum in necessarium antecedens, licet dolum præcedere aliquem necesse sit vt sequi possit condemnatio, cum depositarius non nisi de dolo teneatur, *l. 1. §. vlt. D. deposit.* Actio enim depositi nascitur non ex eo primum & immediatè quod depositum dolo malo non reddatur, aut quod circa depositum aliquid dolo malo factum sit priusquam redderetur, Sed ex eo potius quod depositum re ipsa datum susceptúmque sit. Id namque est quod Iulianus dicebat, vt refert Vlp. *in l. 1. §. est autem 22. D. depos.* eum qui rem deposuit, statim actione depositi agere posse: id est non expectato eo vt dolum aliquem depositarius admiserit. Hoc enim ipso facere dolo eum, qui suscepit quod reposcenti rem non reddat, Quanquam non semper videri potest dolo facere is qui reposcenti non reddit, vt Marcellus ad Iulianum notauit. Quid enim si in prouincia res sit vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas: Vel quid si conditio depositionis nondum extiterit? Et idcirco benè Paulus *in l. si quis infíciatus 13. §. 1. eod. tit.* ait competere quidem condictionem etiam depositæ rei nomine, sed tamen non antequam dolo admissum sit, Non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accepit condictione obligari, verum quo dolum malum admiserit, cum tamen certum sit obligari quem depositi hoc ipso quod depositum accepit, quia depositi obligatio re contrahitur, Cum ergo sufficiat dolus præsens qui interueniat eo tempore quo agitur depositi, Apparet nihil obstare quominus depositi actio detur soluto matrimonio contra eam quæ vxor fuit sine vllo verborum temperamento, quamuis ex eo futurum sit vt condénata mulier infamia notetur. Nempe quoniam ea ratione vindicatur dolus post solutum iam matrimonium admissus, Quo casu nullus matrimonij præteriti fauor est qui eiusmodi actione impedire possit aut debeat. Quemadmodum dicimus si ea quæ vxor fuit, mariti quondam sui res contrectet, post diuortium etiam eas ipsas quas constante adhuc matrimonio iam amouerat, posse illam furti actione perinde eo nomine conueniri acsi nunquam vxor fuisset *d. l. 3. in princip. D. rer. amot.*

ERROR III.

De sublata per Iustinianum retentione ob res amotas, & ob impensas, Et an hodie vllus possit esse vsus actionis rerum amotarum.

Dicam hoc etiam capite rem nouam, nedum ab vllo, quod sciuerim tentatam, sed quam non erit mihi difficile probare, Nullum hodie vsum esse posse actionis Rerum amotarum, Et consequenter retentionem illam ob res amotas quæ toto Pandectarum & Codicis iure obtinuit vsque ad Iustiniani constitutionem *in l. vnic. C. de rei vxor. action.* & quam Iustinianus ea constitutione sustulit præterea actionis rerum amotarum hodie restituendam esse, nec nisi valde iniquè tolli à Iustiniano vel olim potuisse. Vtrumque nouum certè est, sed vtrumque tamen verissimum, Ac primum quidem illud quod dicimus, Actionis rerum amotarum nullum hodie vsum esse posse Si enim iuris rationem, prudentúmque responsa quæ de huiusmodi actione extant, intuemur, nihil certius est, quam quod in superioribus nos sæpius inculcare necesse fuit, Actionem rerum amotarum non aliter locum habere vnquam potuisse, quam si consilio & cogitatione diuortij res amotæ probarentur & diuortium postea secutú esset. Quod cùm plerisque locis iuris nostri traditum est præsertim vero *in tit. Rer. amot. & D. C.* vbi vix vnquam fieri videas mentionem Rerum amotarum quin adiectio illa *diuortij causa* præcedat, vel sequatur, Tam verò omnium apertissime *in l. rerum quidem 25. D. eo.* sumptam ex Marciani libro tertio Regularum, vbi quasi ex regula iuris traditur Rerum amotarum iudicium sic habere locum si diuortij consilio res amotæ fuerint & diuortium secutum sit, Ex quo infert Marcianus si in matrimonio vxor res marito subtraxerit, cessare actionem Rerum amotarum, Nec aliud superesse auxilium marito nisi vt ipsas res amotas mulieri condicat: Quòd iure gentium condici possint res ab his qui nó ex iusta causa possident. Idque est quod toties diximus actionem rerum amotarum non dari constante matrimonio, sed eo demùm soluto, nec contra eam quæ vxor est, sed aduersus eam quæ vxor fuit *d. l. 2. C. eod. d. l. 1. D. eod.* Adeóque si soluto matrimonio rerum amotarum iudicium contra mulierem institutum sit, redintegrato rursus matrimonio solui iudicium *l. vlt. eod. tit.* Vt è cótrario si redintegrato matrimonio diuortium iterum factum sit, placet manere actionem ob res amotas prioris diuortij causa, itemque ob impēsas donationes priore matrimonio factas. *l. redintegrato 23. eod.* Vsque adeò autem verum est non aliter posse locum esse iudicio rerum amotarum quam si consilio & cogitatione diuortij res amotæ sint, Vt si mulier cùm de viri vita desperasset, subreptis quibusdam rebus diuertisset, deinde vir conualuisset, non ideò tamē directa rerum amotarum actio competere posset, sed tantum vtilis, quia cogitatione mortis mariti potius quam diuortij causa amotæ essent, licet diuortium postea secutum fuisset *l. si mulier 21. in princip. eod. tit.* Atqui nemo nescit Christianis moribus, & ex ipso diuinæ vocis oraculo sublata omnino esse diuortia, Ita vt si quādo thori separatio permittenda sit puta ea causa adulterij, vel ob alios coniugum malos mores, nihilominus matrimonij vinculum maneat, tanquam inuiolabile propter sacramenti religionem, & sanctitatem qua subnixum est. Rerum ergo amotarum iudicio locus hodie nunquam esse potest. Nec si pœnas fuisse res amotas consilio & cogitatione futuræ huiusmodi separationis thori, quæ veteris diuortij vel vmbram vel imaginem quandam videtur continere. Nam nec olim imago diuortij sufficere poterat vt rerum amotarum agi posset, Sed verum diuortium intercessisse oportebat: Quod porro non aliter intercessisse videbatur, quam si vel aliæ nuptiæ secutæ essent, vel tam longo tempore vidua fuisset, vt dubium non foret alterum esse matrimonium, etiamsi ad eundem virum postea vxor reuersa esset *l. vir mulieri 64. D. de donat. int. vir. & vxor.* Cæterum si quando contingebat olim vt mulier & maritus diu seorsum quidem habitarent, sed inuicem tamen matrimonij honorem haberent, quod inter consulares quoque personas aliquando vsuuenisse proditum est, durare tamen nuptiæ intelligerentur, ob idque inter tales coniuges non minus quàm inter cæteros donationes prohiberentur, *l. cùm hic status 32. §. si mulier. eod. tit.* vbi rationē Vlpianus affert quod non coitus matrimonium faciat, sed maritalis affectio, Cur ergo admittamus separationem thori quæ moribus nostris permissa est cóparandā esse hac parte vero diuortio, cú maneat inter coniuges etiam inuitos, & honor & nomen matrimonij, nec aliæ nuptiæ sequi vnquam possint, nec quantocunque tempore duret separatio thori,

thori ... cere vt quandocunque reuersa vxore ad virum aliud matrimonium videri possit. Nam si sola illa thori separatio iam olim & quo tempore libera erant diuortia, nun adeò referebat imaginem diuortij, vt non potius matrimonij honorem conseruaret, Quanto minus hodie comparanda erit diuortio, quod nec cum bona gratia, nec ex vtriusque coniugis consensu fieri possit? Quare neque ferre illud possum, vt saltem vtilis Rerum amotarum actio dari hoc casu debeat, Tam enim nouum & inauditum est vt actio vtilis rerum amotarum, quam vt directa detur constante matrimonio, nec tempore differunt vtilis & directa, vt neque effectu sed tantum causa *d. l. si cum mulier & l. 5. D. rer. amot.* His consequens est, vt tantò magis necessaria hodie sit retentio ob res amotas, quæ olim tantopere fuit in vsu, Et quam tamen Iustinianus sustulit *in dict. l. vnic. §. taceat C. de rei vxor. act.* equidem ea mente vt mosso suo dotibus plus æquo faueret, sed tamen non alio colore, quam quod marito posset sufficere actio Rerum amotarum. Quæ tamen ratio euidenter mala & manca est, Non ob id solum, quod commodius cuique sit prospicere sibi per retentionem & exceptionem quam per actionem *l. 1. D. de pign.* quoque perpetuò & sine exceptione verum sit, Cui damus vltro actionem multo magis exceptionem ei conuenire et dandam esse *l. 1. §. is autem D. de superfic. §. cui damus l. 156. de reg. iur.* Sed etiam quia multo latius semper patuit retentio ob res amotas, quam actio rerum amotarum. Non enim quod in dandam rerum amotarum actione inspiciendum esse diximus an consilio, & cogitatione diuortij res amotæ sint, idem in concedenda ob res amotas retentione obtinet. Quocumque enim consilio amotæ sint, siue diuortij causa, siue nullo præmeditato diuortio, dubitandum non est quin olim competieris eo nomine retentio ac veluti compensatio quædam, tametsi actio rerum amotarum competere non posset, *l. 1. C. rer. amot.* si ponderes verba illa *eo magis quod ea te persequi dicis, &c.* Quidni verò? Nam & amotis iis rebus quæ vel propriæ essent viri, vel dotales, certum est potuisse illas & vindicari & condici *l. ob res amotas 24. D. rer. amot.* idque non adhibita ea distinctione, an diuortij consilio amotæ essent necne, Quid enim habebat illud commune cum causa dominij, quæ sola vendicationem parit? An fortè ob id minus est dominus rerum amotarum maritus, quod vxor quæ amouit nihil cogitauerit de diuortio? An ob id quoque minùs verum est iniustè possideri ab vxore res, quas illa tanquam in eodem matrimonio perpetuò mansura dolo malo amouerit? Quod si tum quoque cùm nullo diuortij consilio res amotæ sint vindicationem nihilominus habet maritus & condictionem, Cur non multo magis habeat retentionem dotis ob easdem res amotas si iudicio de dote conueniatur? An non eadem omni casu subest æquitas concedendæ exceptionis, & retentionis marito, vt ipsius indemnitati ea via consulatur? dummodo probet res sui iuris amotas esse, vt loquitur Imp. *in d. l. 1. C. eod.* Non ergo debuit Tribonianus abuti nomine & authoritate Iustiniani vt exceptionem & retentionem ob res amotas tolleret eo prætextu quod competat hoc nomine actio rerum amotarum. Et quamuis Triboniano minus hac de re succensendum sit, quam iis qui hodie Tribonianum secuti id ipsum sentiunt propterea quod eius temporibus adhuc permista essent aliquibus casibus diuortia, quæ hodie sunt prorsus interdicta: Errorem tamen Triboniani grauiorem illud facit quòd iam tum valde coarctata erat vetus illa diuortiorum libertas posterioribus Imperatorum constitutionibus, præsertim Theodosij *in l. consensu 8. C. de repud.* & ipsius etiam Iustiniani *in l. iubemus 11. eod.* per quos factum est vt non nisi ex certis & iustis causis iisque causis perpaucis diuortia fieri possent, quæ poterant olim fieri etiam sine causa, quamuis ea quæ sine causa fiebant, non essent impunita ex parte illius, qui hoc ipso quod diuertendi causam nullam habuerat, diuortij causam præbuisse credebatur.

ERROR IV.

De sublata retentione dotis ob impensas in l. vnic. §. sed nec ob impensas C. de rei vxor. action.

Eadem ferè ratio fuit quæ monuit Tribonianum vt eadem lege tolleret eam quoque retentionem quæ ob impensas dari solebat, Nisi quod puduit eum tollere retentionem ob impensas necessarias, quippe quæ minuant ipso iure dotem, vt eadem lex ait, Quamuis tantò magis verum posse illas peti per actionem aut mandati si ex voluntate mulieris expressa factæ sint, aut negotiorum gestorum, si voluntas & mandatum mulieris non intercessit, Vt proinde si bona est ratio, qua mouetur ille vt tollat retentionem ob impensas vtiles, quod earum nomine competat actio vel negotiorum gestorum, idem quoque iuris constituere debuerit, quod ad impensas necessarias. Quod vero circa vtiles ratiocinatur, vt earum deductio ex dote, id est per dotis retentionem ideò inhibenda sit, quod non aliter locum habeeret quam si expensæ factæ essent mulieris voluntate, quæ voluntas non tantum æquitatem exceptionis inducere poterat, sed etiam actionem mandati, adhuc ineptius est. An non enim fauorabilior est maritus qui vtiles impensas fecit in rem dotalem ex voluntate expressa mulieris, vt tanto meliorem & vtiliorem faceret causam dotis, quam qui muliere vel inuita vel ignorante impensas fecit, quantumlibet necessarias? Aut cur non multo magis retentionem habere debeat, cum possit eo nomine habere eam actionem mandati? Incautior verò hac parte fuit idem Tribonianus quam credi possit, qui tollens retentionem dotis ob impensas vtiles etiam ex mulieris voluntate factas, dedit tamen marito contra mulierem ex hac causa actionem negotiorum gestorum, si mulieris voluntas in eam rem nulla intercessisse probaretur. Quod olim certe non ita fuit. Nec enim pro vtilibus expensis in dotem factis actio vlla marito aduersus mulierem competebat sed tantum retentio, quam si prudens & sciens omisisset, vtique repetere non potuisset quod retinere noluisset, quasi qui eas impensas donasse videretur. Nam & impensarum, vt cæterarum quoque rerum donatio fieri potest, non quidem constante matrimonio *l. in voluptariis 11. §. 1. de impens. in reb. dotal. fact.* sed eo tempore quo matrimonium amplius nullum est, & quo de dote agitur, Neque id dissimulat Tribonianus cùm dat marito actionem mandati quasi ex sola Iustiniani authoritate profectam. Quod si qua actio iam olim pro huiusmodi expensis vtilibus competiisset, non aliter tamen competere haud dubiè potuisset, quam si eæ ex voluntate mulieris factæ proponerentur, cùm eo solo casu deductio ipsarum fieri posset *l. vtilium 8. D. eod.* vbi rationem Paulus reddit, quod iniquum esset mulierem compelli rem dotalem vendere, vt impensas in eam factas solueret, si aliunde soluere forsassis non posset.

Quis enim credat faciliores & procliuiores fuisse prudentes ad dandam actionem quam ad concedendam retentionem & deductionem? Et tamen dat Tribonianus marito actionem negotiorum gestorum contra mulierem ad eas quoque impensas vtiles repetendas, quæ in rem dotalem etiam citra voluntatem mulieris factæ essent. Facit ergo deteriorem in eo conditionem dotis & mulierem quam esset antea, dum tamen id totius agit vt faciant meliorem. Nec sine magna dotium & mulierum iniuria cum sit longè æquius locupletari mulierem ex mariti iactura, cui potest imputari cur eas impensas fecerit in rem quam sciebat non esse sibi propriã, non explorata priùs voluntate mulieris quæ nec vltrò prohibendarum impensarum ius habebat, Quàm eo incommodo affici mulierem vt ob eas impensas sarciendas cogatur rem suam vendere: quamquam vtrumque certè iniquum est & à naturali æquitate alienum, ideóque nec admittendum si quid esset quod melius æquius dici posset. Verum hic euenit vt & aliis plerique casibus, quod habet iuris regula, vt quoties nihil sine captione inuestigari potest, id necessario sequẽdum sit quod minus habeat iniquitatis *l quoties nihil 200. De regul. iur.* Proinde saltem debuerat Tribonianus casum illum excipere, quo tam locuples esset mulier dotem repetens, vt ad restituendas impensas vtiles se insciente factas rem ipsam in quam factæ essent, vendere non cogeretur. Nam & eo casu prudentes veteres dedissent absque dubio impensarum eiusmodi deductioné, etiam quæ ignorante muliere factæ fuissent, vt & in aliis casibus in quibus alioquin eadem æquitatis ratio vltimom impẽsarum deductionem impediuisset, quemadmodum scripsimus pluribus in Rationalibus *ad l. in fundo 38. D. de rei vindic.* Sed non idcirco tamen potuisset Tribonianus æquè illo casu dare actionem negotiorum gestorum marito contra mulierem, quia faceret vim antiquis legibus, ex quibus talis actio nulla dabatur. Non quod deficeret æquitas, quæ marito succurrendum esse suaderet, Sed quia imputare sibi maritus debuisset qui eo casu per retentionem, quod facere commodius & expeditiùs poterat suæ indemnitati non prospexisset. Idem namque omnibus accidit, qui retentiones quas solas habent omittunt, vt scilicet si eas omiserint, necesse sit morari illos in damno *l. si in area 33. in fin. D. de condict. indeb. l. heres 21. D. ad SC. Trebell.* Sed quod addit Tribonianus, *in d. §. taceat.* de voluptariis impensis, vt quamuis ex voluntate mulieris expressa factæ sint non ideò tamen retineri adeóque nec peti possint, sed tantum permittatur marito vt eas tollat, idque si sine rei in quam factæ sunt, læsione fieri possit, certè multò absurdius, & iniquius est. Quid enim possis imputare marito, qui in rem dotalem impensas fecit, voluptarias quidem & superuacuas, sed tamen muliere ita mandante ac iubente? Quod si tam rigidè cum eo agere voles vt non idcirco impensarum huiusmodi voluptariarum deductio per retentionem dotis ei permittenda sit, Quidni saltem adiuuandus erit vt Iustiniani verbis vtar, actione mandati? Supposito scilicet ex Tribonianea iurisprudentia, Non esse absurdum vt hac de causa facilius alicui detur actio, quam exceptio & retentio: quod tamen antiqui prudentes nostri si audirent, sanè quam riderent. Est autem tanto iniquius & indignius voluptariarum impensarum nomine quas maritus ex mulieris voluntate fecerit neque deductionem per exceptionem doli, neque repetitionem per viam, actionis competere, quod potest fieri vno casu vt voluptariæ illæ impensæ euadant in vtiles, Nempe si rem in quam factæ sunt, vendi postea contingat vt scriptum est *in l. quòd si heres 10 eod. tit. De impens. in reb. dot. fact.* Cur non enim hoc saltem casu voluptariarum quoque impensarum nomine si non deductionem tamen petitionem superesse Iustinianus voluit, eo præterea concurrente quòd ex voluntate mulieris factæ probentur? Sed hæc de retentione dotis ob impensas obiter tractasse sufficiat, vt tanto probabilius maneat quàm peruersa sit ratiocinatio illa Triboniani tollentis retentionem ob res amotas, eo solo prætextu quod marito competat actio rerum amotarum.

ERROR V.

Retractata interpretatio l. si is qui Stichum 56. §. quod dicitur D. de iur. dot. & de iudicio De moribus, & de compensatione obiicienda actioni Rerum amotarum Ad l. 1. C. rer. amot.

CÆtera quæ pertinent ad dotis impensas præsertim necessarias, quæ ipso Iure dotem minuunt, adeóque interdum ipsa in re, si dos consistat, in pecunia numerata, vel in corporibus æstimatis, Nos alibi iam explicauimus, Maximè verò *lib. 1. Coniect. cap* 2 Nisi quod minus benè ibi docuimus, reprehendi Scæuolam à Paulo *in l. si is qui Stichum 56. § quod dicitur D. de iur. dot.* in eo quòd Scæuola dicebat, Si in fundum dotalem impensum sit per partes quanti fundus est desinere fundum esse dotalem, Nisi mulier sponte marito intra annum impẽsas obtulerit. Hoc enim certè Paulus quoque probat, sed cum subiecisset aliam speciem, si pecunia & fundus in dote sint, necessariæ impensæ in fundum factæ fuerint, in qua specie dicebat Nerua dotem pecuniariam minui, Quærit Paulus per occasionem, *Quid ergo si mulier impensas marito soluerit vtrum crescet dos an ex integro data videbitur?* Nec tamẽ respondet ad propositam quæstionem, Sed redeundo ad eum casum, quem prius ex Scæuola tractauerat, ait longè manifestiorem esse iniquitatem in fundo secundum Scæuolæ sententiam, si dicas totam dotem ex integro datam videri, quàm si quæstio in ea dote proponatur, quæ partim pecuniaria sit. Nam si desinat, inquit Paulus dotalis esse fundus vt Scæuola volebat, & rectè, Consequens fiet vt possit alienari. Rursus vbi erit alienatus quanam demum arte dotalis iterum fieri poterit data pecunia? An iam pecunia in dote esse videbitur? Et tandem concludit magis esse vt ager in causam dotis reuertetur reddita pecunia, sed interim tamen alienatio fundi prohibeatur. Quod vtrumque omnino congruit opinioni Scæuolæ. Non enim posset ager in dotis causam reuerti si non desineret esse dotalis cùm in eum fuit impensum per partes quanti fundus ipse est. Et tamen æquum est alienationem eius interim inhiberi, quia nec absolutè & simpliciter volebat Scæuola desinere fundum esse dotalem, sed sub ea veluti conditione, aut potiùs exceptione, Nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. Itaque quandiu fundus in eo est vt reuerti in dotis causam possit, nõ est permittendum marito vt possit eum distrahere, quoniã sera esset oblatio pecuniæ posteaquam dominium ad emptorem pertinere cœpisset. Nec enim quemadmodũ plerique salua pignoris sui causa consentiũt alienationi rei obligatæ *l. 4. §. 1. D. quib. mod. pig. vel hyp. solu.* Ita fieri potest vt salua prioris dominij causa res alienetur, cũ alienatio ipsa nihil aliud sit quam trãslatio & mutatio dominij *l. 1. C. de fund. dotal.* pignoris autem causa nihil commune habeat cum intẽtione dominij *l. 1. § cũ præd. D. de pig l. iusto errore 44 §. non. aut. D. de vsucap.* Atque ita locus

ille

ille accipi proculdubio debet. De retentione quæ olim fiebat quintarum & sextarum dotis ob liberos, alibi etiam scripsimus. Superesset dicendum aliquid de retentione ob res donatas, & ob mores, Sed longior tractatus est, & in opportuniorem locum relegandus. Illud tantum obseruari volumus, Ex iis causis sicut & ob res amotas non modò retentionem competiisse, sed etiam actionem, Scilicet de rebus donatis duplicem Vindicationem si res donatæ extarent, & Condictionem si res extare desiissent, ita tamen si ex ea consumptione locupletior factus esset is ex coniugibus qui donationem accepisset *l. 5. aliae l. si mulier in fin. D. de donat. int. vir. & vxor.* Itemque ad exhibendum & damni iniuriæ id est legis Aquiliæ si dolo fecisset mulier ne res extaret sibi à marito donata *l. si mulier 37. eod. l. si vir 14. D. ad exhib.* De moribus verò siue grauioribus, qui appellatione sola adulteria significabantur, siue leuioribus, vt puta furtis, duplicem quoque actionem ciuilem & criminalem. Inter quas illa erat differentia quod ciuilis admittebat exceptionem compensationis *l. viro 39. l. cum mulier 47. D. solut. matr.* Criminalis verò non item *l. 5. §. si publice l. si vxor. 13. §. iudex D. ad leg. Iul. de adult.* vt post Accursium nostrum Cuiacius explicat *in d. l. viro.* De quo tamen nihil nunc affirmamus, Non enim dubitatione aliqua res caret. Cæterùm actionibus illius omnibus siue ciuilibus siue criminalibus commune illud fuit, vt non nisi soluto demum matrimonio exercerentur, & eo tempore quo poterat agi iudicio de dote, Erant enim quodammodo portiones actionis Rei vxoriæ vt Cuiacius supradicto loco scribit. Nam nec in iudicio De moribus de alio quærebatur, quã vter ex coniugibus ob malos suos mores diuortij causam præbuisset, quod Papinianus satis innuit *in d. l. viro.* In iudicio autẽ de rebus donatis in quantum locupletior ex donatione inueniretur donatarius eo tempore quo de dote agebatur *l. si cum mulier 50. D. de donat. int. vir. & vxor.* Sicùt & in iudicio Rerum amotarum non de alio, quã quid & quantum amotum esset diuortij postea secuti causa. Locuti autem ideò sumus de actione rei vxoriæ, quoniam actionis ex stipulatu ius erat potentius, vt nulla ei retentio posset obijci *d. §. taceat in fin.* quia vinculum stipulationis sui natura tam arctum est, vt stipulatione interposita nihil aliud quærendum sit, nisi vtrum ea commissa sit, *l. stipulatio ista 38 §. alteri l. qui Romæ 22. §. Agerius & pass. D. de verb. oblig.* Adeò, vt si mulier post diuortium antequam ex stipulatu ageret de dote ad eundem virum reuersa esset, dubitaretur, an saltem per doli exceptionem inefficax fieri deberet actio ex stipulatu quousque matrimonium duraret, vt Modestinus tractat *in l. si mul. post diuortium 53. D. de iur. dot.* vbi tamen concludit, Dici constantiùs, vtilem eo casu fore doli exceptionem, ad constituendam inefficacem actionem ex stipulatu quæ alioquin ipso iure competeret & teneret, etiam post redintegratum matrimonium, quod in actione rei vxoriæ diuersum erat, etiamsi iudicium de dote ante redintegrationem matrimonij contestatum iam fuisset *l. si mul. diuerterit 19. D. solut. matr.* Potuit sanè olim etiam actioni ex stipulatu obijci compensatio rerum amotarũ, vt constat ex *l. 1. C. rer. amot.* at non per viam retentionis, sed, eo iure quod inductum fuit rescripto Diui Marci, cui placuit vt etiã in stricti iuris iudiciis compensatio possit obijci opposita doli mali exceptione, vt Iustinianus refert *in §. in bonæ fidei Inst. de act.* Non quasi doli exceptio Iudicium bonæ fidei constituere possit, quod ab initio & sui natura strictum fuerat, vt Iacobus Cuiacius Dorotheum Græcum interpretem secutus male existimat, quem nos in Coniecturis refutauimus, Sed quia doli exceptionem iis omnibus nocere æquum est qui per occasionem iuris ciuilis aliquid moliuntur contra naturalem æquitatem *l. 1. D. de doli mali except.* Æquitas autem compensationis naturali iure nititur, & pendet ea præcepto illo iuris naturæ gentiũ & ciuilis, Quod tibi fieri vis, alteri feceris. Huic porro consequens est, vt quamuis hodie sublata sit retentio ob res amotas, compensatio tamen rerum amotarum nomine sublata non sit. Nec enim plus iuris tribuit Iustinianus actioni rei vxoriæ, quam haberet olim actio ex stipulatu, Nec proinde sustulit exceptiones illas quæ obijci poterant actioni veteri ex stipulatu. Præsertim verò compensationem ob res amotas. Nam cum ob eas res non tantum retentio competeret olim, sed etiam actio rerum amotarum, dici potest compensationem hoc casu fieri non tam dotis & rerum amotarum, quam actionum De dote ex stipulatu. & Rerum amotarum, Maximè postquam placuit Iustiniano vt omnibus siue in rem, siue in personam, siue aliis quibuscumque actionibus obijci compensatio possit. Quanquam obseruandum est *in d. l. 1. C. rer. amot.* non tam de compensatione tractari, cui nomen illud propriè conueniat, quam de mutua petitione, quæ tamen vt nomine ita & iure differt in plerisque à compensatione. Non enim omnis mutua petitio compensatio est, cùm possint multa venire in mutuam petitionem quæ non æquè in compensationem venire possent. At omnis compensatio mutua quædam petitio est *l. amplius 15. D. rat. rem haber.* Sed hoc quoque à nobis alibi iam explicatum est.

ERROR VI.

De vtili actione furti inter patrem & filium militem habentem peculium castrense, Ad l. si quis vxori 52. §. sed si filius meus, De de furt.

CVm reuerentia, quæ coniugi debetur à coniuge, ius illud iam olim extorserit, vt displicuerit vxorem viro, aut virum vxori furti obligari, licèt reuera furtum alter alteri faciat, Idque non tam quòd pœnalis actio sit quæ constante matrimonio neutri coniugum potest competere, vt vulgo creditum est ex *l. 2. C. rer. amot.* quam quod sit actio famosa nedum turpis, quæ saluo pudore transacti matrimonij non potest inter eos exerceri qui coniuges fuerunt, licet esse desierint *leges 1. & 2. D. eod.* Intelligimus longè minus fieri posse, vt actio furti filio contra patrem detur, cui tantam reuerentiam debet, quanta maiorem alij debere nulli potest. Inde est quòd generaliter placuit famosas actiones, aduersus parentes dandas non esse, adeóque nec aduersus patronos, aut patronorum vxorem & liberos quod iis quoque personis omnibus reuerentia debeatur *l. si dolo 5. C. de dolo l. non debet 12. §. 1. D. eod. l. parens 5. §. 1. D. de obseq. parent. & patr. praest.* vt additur nec eas quidem actiones quæ doli vel fraudis habent mentionem licèt famosæ non sint, qualis est serui corrupti, condictio furtiua & si quæ sunt similes, dandas esse liberis aduersus parẽtes aut libertis aduersus patronos. Imo quod magis est nec doli exceptiones, aut De eo quod vi metúsve causa, nec interdictũ Vnde vi, vel Quod vi aut clam contra eiusdem personas proponi posse, Nimirum quia licet infamia ex his causis non irrogetur, fama tamen, & existimatio apud bonos & graues viros suggillatur ex solo verborum atrocitate *l. 4. §. aduersus D. de doli mali except. l. 1. §. interd. hoc 41. D. de vi & vi armat.* Quid ergo si filius patri furtũ fecerit? Facere enim posse constat *l. 1. D. rer. amot.*

nec suitatis ius, vt loquuntur, impedimento esse, quia licet, efficiat, vt filius etiam viuo adhuc patre rerum omnium paternarum dominus quodammodo esse existimetur *leges in suis 11. D. de liber. & posthum.* nemo tamen dixerit æquè possessorem illum intelligi bonorum paternorum quandiu pater viuit, Alioqui nihil superesset quo amplius nancisci & consequi posset mortuo patre se immiscendo bonis paternis, Nec dubitandum est idem hac parte iam olim ius fuisse suorum hæredum, & extraneorum, vt etiam hæredes facti & domini rerum hæreditariarum, non prius tamen possessores facti intelligerentur quam corporalem earum possessionem apprehendissent *l. cum hæredes 23. D. de acquir. possess.* vt docuimus in Rationalibus *ad l. cum 20. D. quib. ex caus. maior.* Cùm igitur ius suitatis non faciat, quin pater bonorum suorum omnium possessor maneat, Nec impedire etiam potest quin filius patri furtum facere possit, quod nihil aliud est quam interuersio possessionis alienæ *l. 1. §. vltim. D. de furt.* Vnde fit vt hæreditariæ rei furtum fieri nequeat *l. hæreditariæ 68. eod. tit.* Nempe quia hæreditas nihil potest possidere *l. 1. §. Scæuola D. si is qui testam. lib. ess. iuss.* An ergo filius qui furtum patri fecerit, furti actione à patre conuenietur Non enim quemadmodum filius patri, sic vicissim pater filio reuerentiam aliquam debere videri potest, ob quam dicendum sit non esse permittendum patri vt contra filium famosam aliquam instituat actionem, Quamquam vt bona sit antithesis, tractandum esset in vtraque quæstione de filio qui non esset in patris potestate. Filius enim qui in potestate est, non tam reuerentiâ paternâ, quàm iure potestatis impeditur ne furti agere possit aliave vlla actione contra patrem, quia his nulla esse nobis potest cum eo quem in nostra potestate habemus, nisi ex causa castrensis peculij *l. lis nulla 4. l. si a me 11. D. de iudic.* Et cum dicimus, Non posse filium furti agere aduersus patrem de illo demum filio intelligimus, qui sit emancipatus, & cui solo verecundia obstare possit ne famosa actione patrem lacessat. Quemadmodum & in edicto Prætoris, qua parte prohibitum est filio ne patrem in ius vocet nisi petita venia *l. adoptiuum 8. D. de in ius vocand.* Itaque in emancipato filio fatendum est aliam filij rationem esse, aliam patris. Non posse patrem à filio conueniri actione furti aut alia vlla quæ sit famosa, Posse tamen filium à patre, quia honorem illum debet filius patri, non pater filio. Sed si de filio agamus qui in patris potestate sit, quemadmodum ratio propter quam non potest ille patrem furti conuenire non tam ex paterna verecundia petenda est quam ex iure patriæ potestatis, Ita fatendum est ius commune esse patri & filio, vt non magis pater contra filium quam filius contra patrem furti agere possit: quoniá ex vtraque parte ius potestatis id euincit. Et hoc est quod ait Paulus *in l. cum filiosfamilias 16. D. de furt.* Ne cum filiofamilias furti agere pater possit, non iuris constitutionem, sed rei naturam impedimento esse, quod non magis cum iis quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possimus. Quæ ratio cùm euidenter cesset in filio emancipato, intelligimus neque constitutionem iuris aliquam, neque rei naturam impedimento esse quominus possit ille vt alia qualibet actione, ita & furti etiam conueniri. Quid autem si filiusfamilias miles sit, qui peculium castrense habeat? Hoc enim addendum est, quia non omnis miles filiusfamilias habet peculium castrense, licèt quisquis peculium castrense habet, eum necesse sit militem vel esse adhuc vel fuisse. An ob id magis conueniri poterit furti à patre? Si rationem iuris consulas, in promptu responsio est, Non magis hoc quàm alio vllo casu fieri posse vt filius à patre furti conueniatur. Nam cùm neque militia, neque peculij castrensis acquisitio eximat filium à patria potestate *§. filiusfamilias Inst. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* appareat idem semper impedimentum subsistere, quod ex iure potestatis proficiscitur. Et tamen aliud ab Vlpiano responsum legimus *in l. si quis vxori 52. §. sed si filius meus D. de furt.* vbi quærit, si filius meus qui peculium castrense habeat furtum mihi fecerit, An possim vtili actione furti aduersus eum agere, *cùm habeat*, inquit, *vnde satisfaciat* Et respondet posse defendi agendum. Non alia ergo ratione quam illa, quòd habeat filius hoc casu vnde satisfaciat. Quæ tamen ratio euidenter mala est. Non enim ideò pater impeditur, ne contra filium agere furti possit, quod non habeat filius vnde possit satisfacere, sed quia ius potestatis facit vt patris & filij vna eadémque persona esse censeatur: quod perinde verum est siue habeat filius vnde satisfaciat, siue non habeat. Alioqui & in filiofamilias pagano idem eueniet quod in milite vt possit etiam aliquo casu si non directa saltem vtili actione furti conueniri, cum fieri possit vt aliqua habeat bona ex quibus satisfaciat, Vt puta si qua ei sit delata hæreditas vel bonorum possessio quam noluerit pater sibi per filium acquiri, vt *in specie l. nec is 13. §. vltim. D. de acquir. hæred. l. 1. Cod. qui admitt. ad bonor. possess. poss. l. cogi 16. § si pater D. ad SC. Trebell.* Aut si inuito etiam patre fideicommissaria hæreditas ei obuenerit, in qua nihil iuris habere possit pater quandiu filius vixerit, vt *in l. imperator 50. eod. tit.* His enim casibus iure quoque vetere inspecto habebat filius vnde patri satisfacere posset Hodie verò multo magis, cùm ex Iustiniani constitutionibus *in l. cum oportet 6. & lege vltim. C. de bon. quæ liber.* facti sint filiifamilias capaces acquisitionis ex quacumque causa etiam inuito patre nisi ex causa peculij profectitij. Proinde si bona esset ratio Vlpiani consequens esset dicere, & potuisse olim filiumfamilias quamuis paganum conueniri furti à patre saltem aliquo casu, & posse hodie multo faciliùs, quandoquidem vix est vt non habeat quisquis filiusfamilias est, bona aliqua vel materna vel auita quorum proprietas ad ipsum non ad patrem pertineat, Neque tamen vllo siue Pandectarum, siue Codicis loco probare possis, Furti actionem vnquam competiisse patri aduersus paganum filium in patris potestate constitutum. Tantúmque abest vt tale quid vspiam scriptum sit, vt idem Vlpianus *in dict. l. si quis vxori vers. idem in filiofamilias*, apertè scribat idem in filiofamilias milite obtinere, quod paulò antè dixerat de muliere nupta circa actionem furti, & rerum amotarum, Nempe quemadmodum non tenetur furti mulier quæ mariti res amouit, sed tantùm actione rerum amotarum, Si autem seruus eius furtum marito fecerit, potest illa serui nomine etiam furti conueniri, Sic & filiusfamilias miles qui seruum habet castrensis peculij si furtum ipse patri fecerit, furti tamen ei non tenetur, Serui autem sui castrensis nomine tenebitur, si seruus furtum patri fecerit. Et verò an habeat filiusfamilias, vel non habeat vnde satisfaciat non tam ad actionis substantiam, quàm ad exactionis causam pertinet, quæ nihil cum actione commune habere solet, Alioqui dicendum esset nec ab alio quàm à patre posse furti conueniri filiumfam. qui extraneo furtum fecisset: cum non magis habeat vnde extraneo, quã vnde patri satisfaciat: Atqui certum est filiumfamilias ex omnibus causis & siue ex contractibus, siue ex delictis non solùm tanquam patremfamilias obligari, sed etiam agi cum ea tanquam cum patrefamilias posse *l. filiusfamilias 39. D. de obl. & act. l. tam ex contractibus 57. D. de iudic.* Nec enim

quòd

quòd viuo patre nulla bona habeat in quæ fieri possit executio iudicati, facere potest vt dominùs condemnati debeat etiam viuo patre *l. si dubites* 10. *§. filiusfamilias D. de fideiuss.* Quod cùm ita sit videtur responsum illud Vlpiani de quo nunc agimus non tantùm à iuris ratione sed etiam ab eiusdem quoque; Vlpiani sententia dissentire. Nam quod ait si filius meus qui castrense peculium habet furtum mihi fecerit posse me vtili actione furti contra eum experiri, an non pugnat euidenter cum eo ipso quod idem ille paulò antè scripserat, In filiofamilias milite qui peculium castrense habeat, & inter cætera bona seruum castrensis peculij, sic obseruandum esse, vt serui qui sui nomine, si is furtum patri fecerit, furti actione conueniri possit, ex propria verò persona si furtum ipse filius admiserit, patri non teneatur. Nisi fortè sententias istas è diametro pugnantes sic conciliare velis, vt neget Vlpianus teneri filium patri directa actione furti, Admittat tamen teneri eum vtili, Quasi in eo differat vtilis à directa, quòd directa non modò pœnalis est, sed etiam famosa, Vtilis verò famosa non est, sed pœnalis tantum. Sic enim Cuiacius quoque noster ratiocinatur ad Papin. *in l.* 5. *D. rer. amot.* existimans absurdum esse vt inter patrem & filium famosa detur actio, non etiam vt detur pœnalis. Ex quo infert magis hac parte faueri coniugi quàm patri, cùm non magis pœnalis quam famosa actio coniugi aduersus coniugem dari possit, saltem constante matrimonio *ex l.* 1. *C. rer. amot.* Sed distinctionem hanc & conciliationem neque iuris, neque æquitatis ratio vlla admittit. Non enim idcirco directam furti actionem patri contra filiumfamilias denegamus, quòd actio sit famosa, cùm reuerentiam nullam filio pater debeat, vt sup à docuimus, sed quia ipsius rei natura impedimento est, ne cum filio quem in potestate habet pater agere possit, non magis quàm cum seipso, quia filius vna eademque persona cum patre esse existimetur. Atqui non magis per rerum naturam potest vt quis vtili quàm vt directa actione cum seipso experiatur: Siquidem non minùs in actione vtili quam in directa necesse est aliam esse personam actoris, aliam rei, vt sciri possit quis agat & quis conueniatur, & quis actoris, quis rei, partes sustineat. Hoc enim saltem casu si quo vnquam alio verum est, impossibile esse, quod Paulus *in l. si plures* 9. *D. de pact.* difficile esse ait, vt vnus homo duorum vicem sustineat. Ergo non magis actio vtilis furti, quàm directa patri contra filium dari potest. Aut alia ratio afferenda erit, quàm quæ affertur à Paulo *in dict. l. ne cum filiofamilias*, cur pater cum filiofamilias furti agere non possit. Quòd si quis Paulo nostro subtiliorem rationem petere ex eo volet quod non habeat filiusfamilias paganus vnde patri satisfaciat, Præter id quod mala ratio est vt iam ostendimus, & quæ faceret vt non minùs extraneo quàm patri aduersus filiumfamilias paganum & furti actio & alia quælibet denegari deberet, Hunc fateri oportebit, Eo igitur casu quo filiusfamilias habeat vnde possit satisfacere, non vtilem tantùm sed etiam directam furti actionem patri competituram, Quod tamen nec Vlpianus dicere ausus est, qui solam vtilem hoc casu patri accommodat. Quare & hunc quoque locum inter eos recensendum esse puto, quos inscitia Triboniani corrupit. Mira enim illa, nimisque crassa inscitia est, Putare ideò denegatam patri actionem furti contra filiumfamilias paganum quòd non habeat filius vnde patri satisfaciat: Sed inscitia illa crassior, Non videre si bona hæc ratio est, Dandam igitur patri directam non vtilem contra filiumfamilias, Neque posse solam vtilis actionis mentionem facere vt non pugnet hæc Triboniani opinio, cum eo quod statim antè Vlpianus dixerat filiumfamilias etiam militem & qui castrense peculium habeat, patri teneri actione non posse. Quod sine dubio ita accipiendum est vt iis verbis Vlpianus non minùs vtilem, quàm directam actionem excluserit. Quid enim proderat dicere filiumfamilias militem patri non teneri furti hoc sensu directa quidem actione non teneatur, sed vtili tamen teneatur. Cùm effectu ipso nihil intersit an directa quis an vtili actione conueniatur *l. actio* 47. *D. de negot. gest.* Sed neque memini alio vllo iuris loco fieri mentionem vtilis actionis furti. Nam cùm actio furti sit legitima descendens ex lege duodecim tabularum, quæ in eam rem plenissimè prouidit, Certum est quoties furti actio vel competere, vel dari potest, directam competere & dandam esse non vtilem, id est quotiescumque furtum factum esse constat, & ab ea persona quæ furti conueniri possit. Nam quemadmodum si furtum factum non sit licèt facinus aliquod admissum sit furto proximum quod puniri & vindicari oporteat furti agi nullomodo potest neque vtili actione, sed ad subsidiariam in factum actionem omnimodo recurrendum est quæ pœnalis esse nunquam potest, vt ostendimus in præcedentibus, velut in specie *dict. l. si quis vxori §. si quis asinum in fin. l. in furti* 50. *in fin. l. si is qui* 66. *§. si tu Titium in fin. D. de furt. l. si hæredis* 48. *de leg.* 1. *l. si hæres* 63. *de leg.* 2. *§. interd. quoq.* 11. *Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.* Ita si furtum quidem factum sit sed ab ea persona quæ furti actione conueniri non possit, vel ob implicitam aliquam contradictionem, vt euenire diximus in persona filiifamilias, qui furtum patri fecit, vel ob aliquam honestatis & æquitatis rationem, vt si coniux coniugi furtum fecerit, non magis vtilis quàm directa furti actio, vel competere, vel dari potest. Sed vel nulla prorsus competit vt inter patrem & filiumfamilias, Vel actio in factum necessaria est, vel alia noua singularis inducenda, qualis est actio Rerum amotarum, quàm sanè prætores nunquam induxissent si qua per interpretationem prudentum induci potuisset vtilis actio furti, præsertim quæ famosa nõ fuisset. An non enim erat id multò expeditius, quàm propriam & specialem, anteáque inauditã actionem proponere, Maximè verò quæ non nisi soluto matrimonio exerceretur Nemo enim absurdum esse vnquam dixit dari pœnalem actioné inter coniuges post diuortiũ, sed eo tantùm tẽpore quo adhuc constet matrimonium vt scriptum est *in d. l.* 2. *C. rer. amot.* fauore scilicet nuptiarum, vt ait *l. vltim. D. de seru. corrupt.* At famosa ne quidem post diuortium dari potest *l.* 2. *D. rer. amot.* Si ergo vtilis actio furti pœnalis tantùm non etiam famosa est, vt vult Cuiacius, nihil certè causæ erat, cur non posset illa sufficere ob res amotas, Et tamen eam sufficere non putauit prætor qui in eam rem quasi ex necessitate, cui sola honestas publica causam daret singulare iudicium Rerum amotarum introduxit. Fateamur ergo vtilem actionem furti nullam esse totumque illum versiculum de quo hîs tractauimus, Triboniani inscitiæ potius quàm Vlpiani elegantiæ adscribi oportere. Nam præter id quod pugnat euidenter cum versiculo præcedente qui æque est filiofamilias milite ac peculium castrẽse habente, vt ostendimus, verba ipsa Triboniani manum & stylum produnt. Quid enim attinebat subiicere quæstionem illam, Si filius meus qui castrense peculium habet, furtum mihi fecerit, an possim actione vtili aduersus eum agere, Cum ad hanc ipsam quæstionem, & in eadem penitus specie responsum proximè esset ab Vlpiano filium furti non teneri? Quid rursus addere verba illa *videndum est*, quæ soli Triboniano tantopere sunt familiaria,

Nec sibi re, quia nunquam ille satis videt. Adde rationem illum dubitandi adeò ineptam & planè indignam quę ex Vlpiani ore vel calamo prodierit *cum habeat vnde satisfaciat*, Sed quod sequitur *& potest defendi agendum*, euidentius Tribonianeum est. Nihil enim ille vnquam audet affirmare, aut constanter dicere, ideòque ait, *potest defendi* & subiungit *agendum* cum scribere debuisset agi posse Non enim quæstio erat, An patri agendum esset vtili actione furti contra filiū, sed an agere posset, Respondeti ergo debuit posse patrem agere non quomodo responsum est *agendum* quasi cogendus sit pater vel inuitus vt contra filium huiusmodi actione vtili experiatur. Fiet autem & manus & inscitia Triboniani manifestior ex bis quę subiiciemus *Error. seq.* circa quæstionem aliam quæ apud Vlpianum immediatè sequitur *in §. an autem pater filio.*

E R R O R VII.

De patre qui subraxit rem peculij castrensis, Ad d. l. si quis vxori 52. §. an autem pater filio D. de furt.

CVm scripsisset Vlpianus *in l. si quis vxori 52. vers. idem in filiofamilias D de furt.* In filiofamilias milite ita obseruandum esse vt si patri furtum fecerit, non ideirco furti teneatur, Si tamen seruum habeat in castrensi peculio qui rem aliquam patri subtraxerit, eius serui nomine possit à patre furti conueniri, Erat conueniens vt subinde quæreret, An vicissim pater furti actione teneatur filio cui rem aliquam peculij castrensis subtraxerit. Ea vero quæstio est quæ proponitur *in dict. §. an autem* in hæc verba, *An autem pater filio teneatur si rem siue castrensis peculij subtraxerit, videamus. Et putem teneri. Non tantùm igitur furtum faciet filio, sed etiam furti tenebitur.* Vbi statim illud occurrit quod mirere, non quod lex ait patrem hoc casu furtum facere filio, (quidni enim faceret subtrahendo rem castrensis peculij in qua nullum ipse ius habeat neque dominij, neque possessionis, & quæ ex Imperatorum constitutionibus pleno iure sit filij, quippe qui in peculio castrensi patrisfamilias locum obtinet *l. 2. D. de SC. Maced*) Sed quod addit patrem hoc casu furti teneri filio. Nam cum neque militia, neque peculij castrensis acquisitio filium eximat à patria potestate, vt superiore capite dicebamus ex *§ filiusfamilias si militauerit. Inst. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* durum certe videtur vt filio detur actio furti contra patrem in cuius sit & maneat potestate. Ita enim esto quantum voles, vt ea constitutionibus filiusfamilias in peculio castrensi pro patre familias habendus sit. Nihil aliud potest ea res facere, quam vt perinde aduersus patrem agere possit, ac si esset emancipatus. Nam & illud est quod ait *l. 4. D. de iudic.* litem nobis esse nullam posse cum iis quos in potestate habemus, prætetquam ex causa castrensis peculij, Vt intelligamus patriæ potestatis ius non obstare quominus inter patrem & filium de castrensi peculio lis moueri & actio exerceri possit, Sed tamen negari non potest quin semoto iure potestatis, supersit vinculum pietatis & reuerentiæ patri debitæ, præsertim subsistente adhuc vinculo patriæ potestatis, ea quo etiam vinculum pietatis æstimatur *l. vltim. D. si à parent. quis manum. sit.* Quæ pietas & reuerentia patri debita facere certè decet vt non sit permittendum filio patrem lacessere tam infami actione tamque atroci, vt loquitur Iustin. *in l. vltim. §. vltim. Cod. de furt.* nam nec emancipato filio id permitteretur *l. si superstite 5. vers. sanè Cod. de dolo l. non debet 10 § 1 D. eod. l. parens 5. & seqq. D. de obseq. parent. & patr. præst.* cum tamen emancipatus non per fictionem iuris paterfamilias esse intelligatur, vt filiusfamilias in castrensi peculio, sed reuera paterfamilias in eoque plus iuris, certe non minus quam filiusfamilias in re peculij castrensis habere videatur. Ne alioqui contra vulgare nostrorum brocardicum. plus possit fictio in casu ficto quàm veritas in casu vero. Hac nimirum de causa putat vir doctissimus Iacobus Cuiacius, id quod scriptum est *in dict. §. an autem*, de danda furti actione filio contra patrem qui rem castrensis peculij subtraxerit, non de directa furti actione intelligendum esse, sed de vtili & verbis in factum temperata: Quam actionem vtilem vult quidem esse pœnalem & dari vt & quamlibet actionem furti ad duplum vel quadruplum, prout furtum vel manifestum fuerit, vel nec manifestum, Sed negat esse famosam. Absurdum esse existimans vt famosa actio vllò casu filio contra patrem detur. Verùm non conuenit Vlpiani verbis hæc interpretatio. Primùm quia non de vtili actione furti loquitur. quomodo locutus de ea fuerat Tribonianus in specie versic. præcedentis, sed de furti actione simpliciter, quo nomine vt iam monuimus, directa non vtilis significatur. Deinde quia vt superiore capite ostendimus, furti actio vtilis nulla est, Quæ si aliqua esset, aut exerceri aliquo casu posset, vtique multò magis dari deberet agente filio contra patrem, quàm agente patre contra filium, cùm reuerentiam maximam filius patri debeat, pater autem filio nullam Tertiò quoniam si quod Vlpianus dixerat in filiofamilias milite obseruandum esse vt quamuis furtum ipse patri fecerit, furti tamen non teneatur, de directa furti actione intelligendum est, ne pugnet quod statim subiicitur in vers. sequent. vtilem furti actionem eo casu patri contra filium dandam esse, Consequens necessariò est, vt quod in contrario casu de patre qui filio furtum rei castrensis fecerit, contra respondet, teneri patrem furti non de alia actione quàm de directa intelligi debeat. Tantúmque abest, vt aliqua huiusmodi interpretatione verba sua temperari hac parte Vlpianus voluerit, vt è contrario quasi rem exaggerans, & nescio quid valde nouum & mirabile respondens, clamet ac profiteatur apertissimè, Patrem hoc casu non modò furtum facere filio, sed etiam furti teneri. Quidni enim addidisset *vtili tamen* aut quid simile ad moderandam huius sententiæ asperitatem, si qua moderatio adhiberi vel potuisset, vel debuisset? Illud verò longè improbabilius est, licèt à Cuiacij sententia non valde abhorrere videatur, quod Bartolus ait intelligendum esse Vlpianum non de furti actione siue directa siue vtili, sed de actione in factum: Facit enim apertè vim hæc interpretatio Vlpiani verbis quibus non modò expressum est, sed etiam bis repetitum, Patrem qui rem peculij castrensis filio subtraxerit, furti actione eo nomine teneri. Quo ineptius nihil ab Vlpiano scribi potuisset, si appellatione actionis furti actionem in factum significare voluisset: Cùm prorsus diuersæ & dissimiles sint actiones non nudo tantùm nomine, sed etiam rei effectu, Vel ideò quòd actio furti & pœnalis est, & famosa, Actio verò in factum etiam quæ actionis furti subsidiaria est, nec pœnalis, nec famosa, sed per quam simplum duntaxat actor persequitur pro sua indemnitate consequenda *d. l. si heres 63. De legat. 2.* Deinde quia ex cæteris omnibus quæ in ea lege præcedunt ab initio legis vsque ad hunc §. apparet clarissimè, id omnino agere Vlp. vt tractet, an & quando in iis casibus quos

tractat

tractat furti actio verè competat. Incipit enim ab eo casu quo aliquis vxori subtrahenti res mariti opem consiliúmve accommodauerit, Et ait furti eum teneri, Vera scilicet directáque furti actione, quia licet neque ipse furtum fecerit, neque ei personæ opem tulerit quæ furti conueniri possit, tulit tamen ei, quàm negari non possit furtum admisisse. Quod tamen valde nouum & singulare ius est. Etsi enim lex ipsa duodecim tabularum furti actionem introduxit, non tantùm contra furem, sed etiam contra eum qui furi opem consiliúmve dederit, quamuis fur ipse non sit, ideóque nec furtiua condictione teneatur *l. proinde 6. D. de condict. furt.* Inauditum tamen est extra hunc casum, vt furti teneatur is qui opem & consilium accommodauerit ei qui ipse furti teneri non possit. Nec enim de hoc casu lex duodecim tabularum cogitauerat, vt neque de actione rerum amotarum quàm post multa ab inde secula Prætores introduxerunt, cùm furti actio per eam legem indistinctè ac generaliter constituta esset aduersus omnes qui furtum fecissent, Non excepta muliere de qua nondum erat constitutum ius quod postea constitutum fuit, vt quamuis furtum ipsa marito faceret, furti tamen eam obligari non placeret. Subiicit Vlpianus, *sed etsi furtum cum ea fecerit, furti tenebitur, cùm ipsa non teneatur.* Quæ verba non possis de alia furti actione intelligere, quàm de directa, quia nec tam mirum est hoc casu quàm superiore teneri furti eum qui mulieri furanti opem consiliúmve dederit, quamuis mulier ipsa furti non teneatur, Nempe quia fur ipse est qui cum muliere furtum fecit. Cùm ergo verè fur sit, quidni etiam vera & directa actione furti teneatur.

ERROR VIII.

De actione Rerum amotarum quam dat Vlpianus contra vxorem quæ furi opem tulit.
Et de danda filio in patrem actione furti de castrensi peculio aut si filius fuerit emancipatus.

Addit Vlpianus, *Ipsa quoque si opem furti tulit, non tenebitur, si rerum amotarum.* Cur nō verò furti, cùm ex lege duodecim tabularum furti actione teneatur, non ille solùm qui furtum fecit, sed & qui furtum facienti opem tulit. Nimirum, quia nec si furtum ipsa fecisset, furti tamen conueniri posset, Iure ita constituto quando displicuit eam furti obligari *d. l. 1. D. rer. amot.* Atqui minùs delinquit is qui fori opem fert quàm qui ipse fur est, cùm fur non sit, ob idque nec furti actione conueniri posset, sed actione in factum vel qua alia quę in eam rem nominatim debuisset introduci, nisi de hoc quoque casu lex duodecim tabularum specialiter cauisset. Ergo multò magis de directa furti actione hic versiculus intelligi debebit, vt directa furti actione mulier non teneatur, Addetem *neque vtili* si quam vtilem furti actionem esse existimarem. Non enim dubitandum est quin omnem omnino speciem furti actionis Vlpianus excluserit, Non ob id solùm quòd furti actionem absolutè & indistinctè denegat, sed etiam quia dat contra mulierem actionem rerum amotarum, cui nunquam locus esse posset, si qua furti actio vtilis in eam rem esset. Cumque actio rerum amotarum substituta sit in locum tam actionis furti quàm condictionis furtiuæ vt suo loco ostendimus, potuerat Vlpianus & debuerat, si contra morem suum proprietatem verborum tam parum curabat, scribere In hac specie mulierem teneri furti. Statim namque interpretes nostri sic Interpretati fuissent, vt furti actionem dixisset Vlpianus pro actione Rerum amotarum. Et quidem longè probabiliùs & tolerabiliùs; quàm quòd iidem interpretes duce Bartolo in hoc ipso loco actionem rerum amotarum interpretantur actionem in factum ob res amotas. Quid enim simile, aut commune habet actio rerum amotarum cum actione in factum siue vtriusque actionis nomen, siue vim & effectum rei consideremus: Aut quid obstat, obsecro quominùs in ea specie quam Vlpianus tractat detur actio, quæ verè sit Rerum amotarum? Scilicet suo tempore, id est soluto matrimonio. Id enim est quod Bartolo imposuit, vt putauerit non posse rerum amotarum actionem in illa specie competere, quia credidit Vlpianum de ea actione sentire, quæ constante quoque matrimonio exerceatur: quod in actionem rerum amotarum cadere nullomodo potest. Ei idcircò affert Bartolus quod scriptum est in *l. vlt. §. vlt. C. de furt.* de danda actione rerum amotarum etiam manente matrimonio, vt ostendat non esse nouum Actionem rerum amotarum dici actionem quæ sit in factum ob res amotas. Nec videt multò faciliùs admitti posse vt vel iuris veteris ignoratione, vel nouæ Iurisprudentiæ inducendæ gratia Tribonianus crediderit absurdum non fore, si etiam constante matrimonio Rerum amotarum actio concederetur, quàm vt actionem Rerum amotarum pro actione in factum interpretari vnquam liceat. Etsi verò mihi liquido constaret eo sensu sic Tribonianum scripsisse *in d. §. vlt.* nihilomagis tamen admitterem Vlpiano idem contingere potuisse. Fuit enim ille sectator studiosissimus eius laudis vt propriè ac partitè, si quis alius post Papinianum, semper loqueretur. Sequitur apud Vlpianum *serui verò sui nomine eam furti teneri nequaquam ambigendum est.* Quanam verò actione furti? Directa sanè non vtili: Quantumuis enim directa sit, tamen nec famosa est etiamsi ex persona serui mulier condemnetur, nec pœnalis sed noxalis *l. furti 6. §. si quis alieno l. seruus 14. D. de his qui not. infam.* Cùm igitur in omnibus his speciebus in quibus Vlpianus de actione furti siue concedenda siue deneganda locutus est, non de alia senserit quàm quæ sit directa & propriè actio furti. Quis ferat in eo versiculo de cuius interpretatione nunc tractamus, dixisse Vlpianum actionem furti pro actione in factum, cùm patrem actione furti filio teneri bis scripsit? An ergo patiemur filium per famosam actionem agere contra patrem, cuius non minùs existimationem, quantum in se est, quàm vitam illæsam seruare, sanctámque habere debeat? Quis verò vnquam hoc dixit? An non pugnant euidentissimè tot leges quas suprà allegauimus? Mihi videtur nodus hic sanè explicatus perdifficilis, & quem soluere vix quisquā possit, nisi nouum aliquid proferat, quod non puto à quoquam adhuc allatum esse. Dicendum igitur est meo iudicio longè aliam esse causam filij emancipati & eius qui licèt in patris potestate adhuc sit, habeat tamen aliquod castrense peculium ex quo pater qui subtraxerit. Nam filius emancipatus licèt in patris potestate esse desierit, & ex iustanti emancipationis pro extraneo haberi cœperit, vt scriptum est *in l. quin etiam 55. in fin. D. de rit. nupt.* Siccuti tamen naturaliter filius manet, Ita eandem patri obseruantiam debet, quam deberet si emancipatus non esset, cùm eo beneficio tantò magis obstrictus sit patri qui & capacem eum fecit acquirendorum exinde bonorum etiā inuito patre *l. 1. D.*

si

si a parent. qui manum. sit. & iure illo inæstimabili patriæ potestatis vltrò se abdicauit, Ad quod faciendum nullo pretio, nulliusque precibus cogi potuisset *l. filiusfamilias 114. §. sed si liberos De legat.* 1. *l. si cui legatum 92. D. de condict. & demonst.* Quis enim iudex propitiis auribus audiat filium qui tantum beneficium à patre acceptum patri ipsi onerosum esse velit, Aut quis imputare patri audeat, cur emancipando filium dederit ei contra se agendi potestatem? quomodo Paulus noster ratiocinatur *in l. filio 7. D. vt legat. seu fideic seruand caus. caueat.* Nimia certè, ac planè intolerabilis esset ingratitudo ista nec minùs dignus quæ in filij emancipati quàm quæ in serui manumissi persona vindicaretur. Nam & hi casus nunquam similes æquiparantur *in d. l. 1 si à parent. quis manum. sit in dict. l. filio*, & aliis passim iuris nostri locis in quibus is qui emancipatus est manumissus dicitur, & emancipatio manumissio appellatur, quamuis non è conuerso quisquis manumissus est emancipatus dici possit nec manumissio quælibet etiam nomine vel iure emancipationis censeri. At filiusfamilias miles habens castrense peculium, tametsi non eo minùs sit & maneat in patris sui potestate, perinde tamen habetur in iis omnibus, quæ ad castrense peculium pertinent ac si verè paterfamilias esset, nec patrem vllum haberet *l. 1. D. de SC. Maced.* Neque hoc vllo patris beneficio. sed ex Imperatorum constitutionibus quæ huiusmodi ius & priuilegium aliaque tam multa militibus concesserunt vt eo præmio ciues Romani ad belli pericula tantò alacriùs subeunda inuitarentur: Proinde nihil causæ est cur in re peculij castrensis aliquam reuerentiam filiusfamilias patri exhibeat, quia nec patrem hac parte vllum habere intelligitur. Nam si replices filium qui à patre vt & miles esse, & per occasionem militiæ peculium castrense habere possit, Dicam, Habere quidem filium vitam à patre, sed ea lege ex ipsius patris voto, vt reipublicæ prius quam patri nasceretur *l. 1. §. generaliter 15. D. de ventr. in poss. mitt.* Vnde est quod iure ac obtentu patriæ potestatis nunquam potest pater resistere quominùs patriæ filius obsequatur *l. honor. 14 § plebey D. de muner. & honor.* Adeò vt non possit pater non amisisse filium quem respublica amisit *l. postliminium 19. §. filius quoque familias D. de captiu & postlim.* vbi ob hanc causam eleganter Paulus ait filiumfamilias transfugam postliminio reuerti non posse nequidem viuo patre, qui pater, inquit, sic illũ amisit, quemadmodum patria: Sed addit aliam quoque rationem quæ ad sententiam nostram adiuuandam magis pertinet, *quia disciplina castrorum antiquior fuit ciuibus Romanis, quam charitas liberorum.* Nam si ita est vt disciplina ipsa castrorum antiquior fuerit & preciosior ciuibus romanis, quàm charitas liberorum, Cur non idipsum multò magis de militia ipsa dicere liceat, & de priuilegiis militiæ ad cuius dignitatem & vtilitatem tota refertur, quanta est disciplina castrorum. Nihil ergo fit contra reuerentiam patri debitam non magis quàm contra vulgares iuris regulas, cùm filiofamilias ob rem quam pater ex peculio castrensi animo furandi subtraxerit, actionem furti directam, quamuis pœnalem adeóque famosam contra patrem accommodamus perinde ac contra extraneum quemlibet, Nec habet pater hoc casu quod de filio conqueratur, quin priùs imperet vt liceat sibi conqueri de legibus quæ maiorem militiæ quàm paterni nominis rationem habuerunt, aut potiùs de seipso cui filium genuerit, quem scire debuit non posse nasci sibi, quin reipublicæ simul & præcipuo quodam iure nasceretur. Qua ratione putem etiam dici posse, quod nescio an adhuc quis dixerit, Edictum Prætoris De in ius vocando quo prohibiti sunt liberi ne nisi petita venia parentem in ius vocent ad eos nequaquam tantùm liberos pertinere, non etiam ad filiosfamilias milites castrense peculium habentes, si qua ex causa patrem de re castrensis peculij conuenire velint, Quia neque in verbis neque in interpretatione edicti tale quid scriptum legimus, Neque potuisset prætor eam petendæ veniæ necessitatem imponere filio de re castrensis peculij aduersus patrem actuio, quin constitutionibus vim faceret, quæ filiumfamilias in castrensi peculio patrisfamilias vice in omnibus & per omnia fungi voluerunt. Certum autem est nihil prætorem aduersus Principum constitutiones, vt neque aduersus leges decernere aut edicere potuisse *l. iuris gentium 7 § ait Prætor D. de pact. l. nec non 28. § quoad eius D. ex quib caus maior.* nec filium in iis quæ ad ius publicum spectant in quo numero ius militiæ præcipuè est & disciplina castrorum, sequi ius patriæ potestatis, nec proinde reuerentiæ illius paternæ cuius vinculum partim ex potestatis vinculo æstimatur *l. vlt. D si a parent. quis manum sit* Alioqui reprehendendus esset magis quam laudandus. Q. ille Fabius Maximi filius qui Consul venientem ad se ex equo patrem eundemque Consularem virum descendere iussit, nec nisi peditem ad se accedere passus est vt debitum Consulari dignitati honorem tueretur, suique magistratus authoritatem paternæ obseruantiæ anteponendam esse testaretur Nimirum in eo statu constitutus in quo reuerentiam ipsi debebat pater, nullam ipse patri. Quanquam dubitandum non est quin multò prudentiùs & ciuiliùs facturus sit filiusfamilias miles habens castrense peculium ex quod aliquid pater subtraxerit, si à tam atroci famosaque actione furti abstineat, & in factum potiùs agat vt saluo patriæ potestatis & pietatis iure indemnitatem consequatur: sed aliud est eo iure, aliud de verecundia & modestia tractare, Aliud rursum de eo quod licèt, Aliud de eo quod honestum est, Non enim omne quod licet, honestum est vt habet iuris regula *l. non omne 144. de reg. iur.* licèt è cõtrario liceat omne quod honestum est nisi si quando lege aliqua ob vtilitatem publicam, quod rarissimè potest contingere, prohibeatur. Non est contrariũ, quod scriptum est *in l. 4. §. vlt. D. de dolo mal. except.* parenti licere deteriorem liberorum conditionem facere in rebus peculiaribus: ideóque non posse exceptionem de metu obiicere, filium qui metum passus est à parente in cuius fuit potestate. Id enim ad eas res solas pertinet quæ sunt peculij, profectitij, de quibus aliquando potest lis esse inter patrem & filium non quandiu filius est in potestate, sed post emancipationem puta si emancipatus sit non adempto peculio. Et idcirco benè sic loquitur *Vlpianus in cuius fuit potestate.* At in rebus peculij castrensis certum est non posse patrem facere deteriorem filij conditionem, ne quidem eo tempore quo filius manet in potestate *l. pater 12. D. de castr. pecul.*

ERROR IX.

De temperamento Triboniano in specie l. item si cum 14. § sed & si quis D. quod met. caus.

Longiùs dilata hæc tractatio est, quàm sperauimus, cùm eam attigimus in Decade superiore: Vbi iam cœpimus aliquid dicere de quæstione ac sententia *l. item si cùm 14. §. sed & si quis D. quod met. caus.* Proponit eo loco Vlpianus nobilem quæstionem inter nobilissimos Iureconsultos Iulianum & Labeonem contrariis opinionibus agitatam;& de qua quid tandem ex ratione iuris decernendum sit, difficile videtur dicere. Quæstio illa est, Si quis per vim stipulatus eùm acceptum facere nollet, fuerit in quadruplum condemnatus, posteà verò agat es stipulatu An aduersus exceptionem *Quod vi metusve causa* quæ haud dubiè agenti ei obstat, si adiuuandus replicatione doli, an non. Iulianus putabat esse adiuuandum, Ratione illa quòd reus, iam in quadruplo simplum sit consecutus, Atque ita futurum sit vt bis idem consequatur si conuentus actione es stipulatu supradicta exceptione se tueatur. Quæ res dolì esceptionem aut replicationem parere solet *l. si quis dolo 55. in fin. D. de re iudic.* vbi Paulus scribit improbum esse eum qui velit iterum consequi quod tam accepit: id est bis idem consequi & exigere quod contra bonam fidem est *l. bona fides 57. De regul. iur. l. qui seruum 34 vers. quoniam desiit D. de oblig. & act.* At Labeo contrà defendebat, Etiam post quadrupli exactionem nihilominùs esceptione summouendum stipulatorem qui vim intulisset: Numquam enim permittendum cuiquam agere vtiliter, & cum effectu ex ea stipulatione quæ per vim vel metum interposita, vel potiùs extorta proponatur cùm perpetuò & sine vlla exceptione verum sit, Id quod vi metúsve causa gestum sit ratum habere nullo tempore prætorem posse *l. si mulier 21. §. 1. D. quod met. caus.* Videtur quæstio in eo esse, An in quadruplo illo, quod præstatur es edicto Quod metus causa simplum contineatur, ita vt is quadruplum consecutus est, hoc ipso simplum quoque consecutus dici possit. Nam si in quaduplo simplum non continetur, nulla Iuliani ratio, ac proinde falsa eius sententia est. Sin continetur, probabilis erit si non sententia Iuliani saltem dubitatio, An qui simplum iam præstitit in quadruplo, condemnari adhuc possit, & summoueri per eam esceptionem cuius æquitem iam ipsa quadrupli præstatione profligasse quodammodo videatur. Etsi autem video scriptum esse non semel apud Vlpianum *in dict. l. item si cum.* Præsertim verò in *§. quatenus*, huic quadruplo simplum inesse, vt in condemnatione quadrupli res omnimodo contineatur, eiúsque restitutio fiat, pœnè autem vsque ad triplum stetur, Non possum tamen mihi persuadere ita esse. Comparata enim est actio Quod metus causa in hoc solùm vt quadrupli totius pœnam subeat is qui iussus à iudice reddere quod per vim aut metum extorserat, ipsius arbitrio parere noluerit: In pœnam scilicet contumaciæ, quæ sit in non parendo, quod summopere notandum est, non autem in pœnam illati metus aut adhibitæ violentiæ, Vt ex eo apparet quod in eiusdem legis §. 1. Vlpianus scribit, si quis non restituat, polliceri Prætorem aduersus eum iudicium in quadruplum, Addens satis clementer egisse eum eo Prætorem, qui dedit ei restituendi facultatem si velit pœnam euitare. Et apertiùs in *§. hæc autem actio*, Cùm hæc actio arbitraria sit habere reum licentiam vsque ad sententiam ab arbitro datam restitutionem rei facere, Quòd si non fecerit iure inquit meritóque quadrupli condemnatione [illegible] atietur, Nec sanè fuit cur actio Quod metus causa, induceretur ad puniendam vim, quæ iam satis legibus Iulus De vi publica & priuata puniebatur. Porrò si verum est, vt est, quadrupli pœnam non alia de causa irrogari ei, qui rem per vim, aut metum ablatam restituere abitrio iudicis noluit; Et restitutione rei per vim aut metum ablatæ quadrupli pœnam euitari. Certè consequens omniuo est, vt in quadruplo illo rei restitutio non contineatur, licet iiia ipsa res, quæ restituenda est, id est quanti agentis interest quadruplicetur, *d. l. item si §. quadruplatur & §. Iulianus.* Manifestam enim contradictionem implicaret, vt per quadrupli condemnationem rei omnimodo faceret vt scriptum est *in d. §. quatenus.* & ob non factam institutionem, pœnam tripli pateretur. Si enim rem restituit, cur pœnam aliquam patitur ob rem non restitutam? Si non restituit ideóque pœnam quadrupli pati debet, quomodo verum esse potest vt in quadruplo rei restitutio contineatur? Fateor eum, qui quadruplum consecutus est ob rem non restitutam petere postea non posse, vt sibi res sua restituatur. Contentus enim esse debet quod ipsius indemnitati satis supérque consultum sit quadrupli præstatione. Et hoc nimirum est quod facit vt quadruplo rei restitutio contineri videatur, quia post quadrupli exactionem rei persecutio nulla supersit. Atque hunc etiam nos errorem secuti sumus in Coniecturis decepti nomine & authoritate Vlpiani *in d. §. quatenus*, de cuius sententia & corruptione scripsimus in libris Coniect. Sed longè aliud est dicere Rei restitutionem in quadruplo contineri, Aliud verò, propter quadrupli exactionem restituendæ rei persecutionem amitti, Priore casu rem suam haberet actor qui quadruplum esset consecutus, quoniam in quadruplo simplum contineretur. Posteriore autem casu tantum abest vt rem suam actor habeat, vt è contrario ob hoc solum quia non habet, dignus Prætor visus sit qui quadruplum consequi deberet eius quod sua interesset. Amittit namque proculdubio rem suam & ea carere cogitur in perpetuum ex quo in pœnam contumaciæ quadruplum consecutus est: Neque tamen in eo vllo ipsi iniuria fieri intelligitur, qui tanto precio indemnitati suæ satisfecit. Sic dicimus eum qui agit Rei vindicatione, aut actione Rerum amotarum, aut qua denique alia huiusmodi actione arbitraria, si reus iussu & arbitrio iudicis rem non restituat nihil aliud consequi posse, nisi quanti sua interesse in litem iurauerit, Quo facto certum est nullum ampliùs ei ius rei suæ petendæ superesse; cuius scilicet dominium cœperit pertinere ad possessorem qui litis æstimationem præstitit, si modò res præsens fuit quasi transegisse cum ipso, & decidisse dominus videatur eo pretio quod ipse constituit, vt Paulus noster ratiocinatur *in l. eius rei 46. & seq. D. de rei vindic.* Sed an ideò dicemus in illa quantitate eius quod interest per actoris iusiurandum taxata rem ipsam quæ petebatur contineri, vt eam consecutus dici possit ille qui consecutus est quanti sua interesse iurauit in litem? Minimè verò, Quin potiùs in contrarium, Ideò consecutum eum fuisse quanti in litem iurauerit, ob hoc ipsum, quia rem suam non habet, quódque inuitus ob aduersarij contumaciam re sua carere cogitur. *l. nec quasi 70. cum l. praeced. eod. tit. l. tutor 8. D. de in lit. iur. l. filiusfamilias 25. §. 1. D. solut. matrim l. non enim. 9. D. rer. amot.* qua tamen carere dici non posset, si quia consecutus esset, quanti sua interesse iurauit, rem quoque suam consecutus intelligeretur. Nec separanda est hac parte res ipsa à

rei

rei æstimatione. Non enim magis rei suæ æstimationem, quàm rem ipsam consequitur qui vel quadruplum exigit vel iuratam quantitatem, sed pro re ipsa totum quadruplum, aut quantumcumque illud est quod iurauit, Vt mirum non sit, si rem petere non possit etiam quam non habeat, cùm pro re habeat plus quàm Quanti res est, quod habere non deberet si rem suam aut eius æstimationem haberet. Neque rursus ad rem facit quod simplum ipsum quadruplatur. Nam & in actione furti idem euenit vt simplum vel duplari vel quadruplari oporteat, Nisi quòd non id quod interest sed verum rei precium duplandum vel quadruplandum est. Ne diuersum probantibus facilè statui quantitas non possit *l. in furti 50. l. infitiando 67. § infans l. si vendidero 80 § 1. D. de furt.* Scilicet cùm furti agitur ratione dominij, non solius vtilitati vt distinguit Papinianus *in d. §. 1.* Et tamen nemo dixerit eum qui à fure duplum vel quadruplum consecutus sit, ob id simplum quoque viderit consecutum. Alioqui dicendum esset, neque vindicationem neque condictionem rei furtiuæ superfore, cùm actiones illæ nihil nisi rei persecutionem contineant, Non sit autem ei permittendum qui iam rem ipsam quoquomodo semel consecutus est, vt iterum eam actione vlla persequatur *l. ei qui furti 9 §. 1. D de furt.* vt ait Pomponius officio iudicis contineri vt non patiatur saluam esse condictionem ei qui rem suam à fure vindicauit Nempe quia tam vindicatio quàm condictio furtiua, nihil nisi rei ipsius persecutio *§ sic itaque Inst. de action. l. si pro fure 7. §. 1. D. de condict. furt.* Atqui certissimum est etiam post rei furtiuæ vindicationem & condictionem, adhuc tamen saluam furti actionem superesse *l. si pignore 54. § cùm furti. D. de furt.* vbi Caius disertè scribit id ipsum ferè quod Vlpianus *in d. l. si pro fure* § 1. Cùm furti actio ad pœnę persecutionem pertineat, condictio verò & vindicatio ad rei recuperationem. Recepta re nihilominùs saluam esse furti actionem, Vindicationem verò & condictionem tolli, Et ex diuerso post solutam pœnam dupli aut quadrupli saluam esse vindicationem & condictionem: Vt intelligamus quod apertiùs exprimit Vlpianus *in l. qui vas 48. in princip. eod. tit.* in actionem pœnalem non venire rem ipsam quæ subrepta est siue manifesti furti, siue nec manifesti agatur. In quo agnoscimus ingenuè errasse non aliàs turpiter cùm scripsimus *lib. 16. Coniect. cap.* 12. quasi ex prudentum & interpretum omnium consensu, In duplo illo vel quadruplo, quod pro furti pœna exigitur, simplum vtique id est rei furtiuæ æstimationem contineri, Contra quàm disertè scriptum sit *in d. l. qui vas & d. §. cum furti.* Sed nos illud tùm decepit, quod videbamus duplari vel quadruplari simplum, Tanquam si ex eo inferri posset, simplum igitur duplo vel quadruplo inesse, Cùm tamen longè aliud sit, ex simpli comparatione inire rationem dupli aut quadrupli, Aliud verò simplum in duplo vel quadruplo contineri. Non enim ideò minùs totum duplum, aut quadruplum in pœna est quod necessariò tractandum sit de simplo vt dupli vel quadrupli pœna constituatur, dum ne duplo illi vel quadruplo simplum insit. Idem verò error est, ni fallor, qui Tribonianum nostrum decepit cùm de actione Quod metus causa tractauit *in dicto paragrapho quatenus.* Quia enim videbat quadruplari in actione quanti res est, id est, quanti actoris interest, nec posse quadruplum illud constitui nisi ex simpli comparatione. Putauit omnino consequens esse vt simplum quadruplo inesse dicendum sit, ac proinde vt pœna non totius quadrupli sit sed tripli tantum. At longè aliter ac melius idem Tribonianus *in Institutione Titulo De actionibus*, cùm de pœnalibus actionibus loquitur quarum aliæ in duplum, aliæ in triplum, aliæ denique in quadruplum nec vltra dantur, ponit actionem Quod metus causa inter eas quadruplum nec vltra dantur, ponit actionem Quod metus causa inter eas quæ quadrupli pœnam persequuntur, Non minùs quàm actionem furti manifesti, Nulla alia inter huiusmodi actionas subiuncta differentia, Nisi vna illa quòd per actionem furti manifesti omnimodo fur ad quadruplum condemnatus, Etiamsi rem ipsam furtiuam aut restituerit, aut aliter ad dominum redire passus sit. In actione verò Quod metus causa non aliter in pœnam quadrupli condemnatur reus, quàm si rem qua de agitur restituere ex arbitrio iudicis noluerit. Nam arbitrium ipsum iudicis in ea actione absolutionem aliquando inducit, vt scriptum est *in paragrapho aliquando dicta lege item si cum*, Quod in actione furti quæ semper stricta, nunquam arbitraria est, contingere nunquam potest. Quemadmodum igitur in actione furti totum quadruplum in pœna est, nec ei simplum vllum inest, licèt non sine simpli comparatione quadruplum illud constitui possit, Ita & in actione quod metus causa dicendum est totum quadruplum in pœna esse nec ei simplum vllomodo inesse, Hac tamen differentia, quæ minùs benè intellecta errori sane causam præbuit quod non sicuti post solutam in actione furti pœnam quadrupli, salua manet rei persecutio Ita & in actione quod metus causa obijcet vt qui quadruplum consecutus est, adhuc rem suam siuè in specie siue æstimatione persequatur. Cuius differentiæ ratio illa, quod pœna furti non ideò præstatur quòd res furtiua non reddatur, sed quia furtum factum sit. At pœna quadrupli in actione Quod vi metúsve causa non propter vim factam aut illarum metum irrogatur, sed ob solam contumaciam secutam in non parando arbitrio iudicis, & ob non factam rei petitæ restitutionem, vt diximus. Proinde mirum non est post exactum quadruplum nullam simpli persecutionem superesse, Non quasi simplum insint quadruplo, vt vulgo creditum est, sed quia quadruplum exactum est pro simplo. Hæc cùm ita sint, non possum facere quin cum Labeone contra Iulianum sentiam in quæstione *dicta lege item si cùm paragrapho sed & si quis.* Nam cùm is qui per vim aliquid stipulatus cùm acceptum non faceret in quadruplum condemnatus fuit, nihilomagis ei permittendum est vt agat ex stipulatione vtiliter & cum effectu, quam per vim fuisse interpositam constet. Cùmq; nulla ratione fieri queat, vt non possit agenti ei opponi exceptio Quod vi metúsve causa, quia verum est adhibitam à stipulatore vim fuisse, Sic neque ratio vlla facere potest vt aduersus eam exceptionem vlla doli replicatione adiuuari debeat stipulator qui tam iusta exceptione repellitur. Illa enim ratio, quam afferebat Iulianus si Triboniano credimus, quod reus in quadruplo etiam simplum sit iam consecutus, præter id quod falsa est cùm simplum non contineatur in quadruplo vt ostendimus, nihil aliud euincere posset etiam si vera esset, nisi vt reo qui iam quadrupli pœnam esset consecutus, nulla rei persecutio superesset, At non etiam vt exceptio ei deneganda sit, aut non nisi sub replicatione doli concedenda si postmodù ex stipulatione per vim aut metum interposita conueniatur. Nec enim verendum est ne ita eueniat, vt eiusdem facti duplicē pœnam sentiat, quod certè periniquū esset. Quod enim quadruplum præstitit, in pœnam fuit non factæ acceptilationis, quam iussu & arbitrio iudicis facere debuit. Quod autem nunc agens ex

stipulatu

stipulatu exceptione summouetur, nec replicatione vlla adiuuatur, ideò tantùm fit, quia per vim stipulatus fuit. Duplex igitur hic factum, dupléque delictum est, cuius proinde duplicem pœnam sentire stipulatorem, nihil absurdi est. Præsertim cùm vnam patiatur agente promissore qui vim passus est, aliam verò non nisi opposita per eundem promissorem exceptione. Non enim præstatio quadrupli purgat vim quæ in stipulando adhibita proponitur, sed tantùm contumaciam quæ in eo quod arbitrio iudicis paritum non est, interuenit. Et verò quemadmodum in toto iure nostro inauditum est, vt aduersùs doli exceptionem replicatio doli vnquam detur, quia doli exceptio nunquam dari potest ei qui ipse in dolo sit, Ita neque fieri posse arbitror, vt contra exceptionem metus aut violentiæ, replicatio doli vllo casu concedenda sit, quandoquidem exceptio metus aut violentiæ doli quoque exceptionem implicitam habet, cùm dolo carere non possit quisquis vim aut metum infert. Sicut & quodcunque vi atroci fit id etiam metu fieri existimatur, *leg. 1. eodem titulo Quod metus causa.* Nisi quod exceptio metus vel violentiæ cùm in rem concepta sit non in personam, in quo differt ab exceptione doli, *l. metum 9 §. vltimo eodem, lege quarta §. penultimo D. de doli mali & metus exceptione.* non semper dolum arguit eius cui objicitur, sed eo tantùm casu quo illi ipsi objicitur qui vim fecit aut metum intulit. Hic porrò casus est quem nos tractamus, De illo scilicet stipulatore qui ipse vim adhibuit, & qui ex ea stipulatione per vim aut metum interposita, ideò putat sibi agere permittendum quod in pœnam suæ contumaciæ, & ob non factam acceptilationem quadruplum præstiterit.

ERROR X.

Ad legem metum nonam, paragrapho licet eodem titulo, & ad legem si pignore vigesimam secundam, paragrapho idem Papinianus, Digest. de pigneratitia actione. Et ad dictum paragraphum sed & si quis leg. 14. D. quod met. caus.

NEc est contrarium quod Vlpianus scribit *in dict. leg. metum paragrapho licet tamen*, Licèt in rem actio danda sit ei qui vim passus est, quia post rescriptam ex prætorio edicto alienationem quæ per vim aut metum extorta fuerat, res in bonis eius esse incipit qui vim passus fuit. Attamen non sine ratione dici posse, Si in quadruplum quis egerit finiri in rem actionem, vel contrà, Si rem recuperauerit, actionem in quadruplum nullam superesse. Etenim multò facilius est, vt quadrupli exactione finiatur in rem actio, quæ alioqui competeret, quàm vt finiatur exceptio quæ non potest non esse perpetua quandiu durat actio cui exceptio objicienda est. Id enim est quod dici solet, Ea quæ temporalia sunt ad agendum perpetua esse ad excipiendum, *leg. purè 5. paragrapho vltimo, Digest. de doli mali exceptione.* Nec tam difficile aut durum est dare promissori exceptionem metus aut violentiæ nulla replicatione elidendam, cùm ex stipulatione per vim interposita conuenitur, quàm ei accommodare actionem in rem ad eam ipsam rem persequendam, pro qua iam quadruplum sit consecutus: quia longè difficilius est vt detur actio ei cui iam adeò plenè satisfactum sit, & cuius nihil amplius interesse videatur, quàmvis detur exceptio ei qui conuenitur ex ea ipsa stipulatione in qua vim passus fuit. Atque hanc eandem Labeonis sententiam, quam nos probamus, etiam Papinianus noster probasse videtur, quem Vlpianus refert *in leg. si pignore 22. §. idem Papinianus De pigneratitia actione.* existimasse, Si metus causa creditor tradiderit debitori seruum pignoratum, quem bona fide pignori acceperit, & agendo Quod metus causa quadruplum consecutus sit, nihil tamen neque restituere ex eo quod consecutus est, neque debito imputare eum oportere. Nam si quadruplo simplum inesset, vt Iulianus, vel potiùs Tribonianus putabat, nec nisi triplum in pœna esset, quidni cogendus esset creditor debito simplum imputare, & tripli pœna contentus esse. Non enim dici posset ideò non cogendum imputare, quod totum quadruplum ab ipso debitore non ab alio perceperit, Quasi absurdum futurum sit si ei reddatur quod ille ipse dederit: Nempe quia non omne quod creditor à debitore exegerit lucro cedere creditoris debet, sed id demum quod pœnæ nomine exactum est, vt Modestinus loquitur *in leg. id quod pœnæ 74. D. de solut.* Pœnæ scilicet legalis, vt ita dicam, non conuentionalis. Nam in conuentionali quæ in vicem eius quod interest promittitur, & præstatur aliud est, sempérque eam in sortem imputare creditor cogitur, *l. quod si ex stipulatu 42. D. pro socio.* Non ergo dubitauit Papinianus, quin quadruplum illud quod per actionem Quod metus causa exactum est, totum pœna sit, cùm nullam ex eo partem aut debitori restitui aut debito imputari patiatur. Quòd si sententiam Iuliani probasset, qui putabat actorem in quadruplo quod consecutus esset, simplum quoque consecutum videri, Vtique consequens esset vt ex eiusdem Iuliani sententia, doli exceptionem accommodaret debitori contra creditorem, qui iam quadruplum consecutus per actionem Quod metus causa, nihilominus totum petere debitorem perseueraret, & id ageret quantum posset, vt bis idem exigeret. Neque tamen potest sibi temperare Tribonianus *in dicto paragrapho sed & si quis*, quin se arbitrium interponat, & Labeonis sententiam nimis duram esse affirmet, quæ post quadrupli quoque perceptionem, saluam adhuc relinquat ei, qui vim passus est, exceptionem. Et ideò subiungit de suo subtiliter si Diis placet, ita esse rem temperandam, vt tam tripli condemnatione stipulator plectatur, quam acceptilationem omnimodo facere compellatur. Quod temperamentum sanè implicat manifestam illam contradictionem, quam suprà iam obseruauimus. Nam præter id quod in actione Quod metus causa non tripli pœna est, sed quadrupli, vt docuimus, certum est siue tripli ea sit, siue quadrupli non alia de causa ipsam irrogari, quàm quòd in proposita specie non sit paritum arbitrio iudicis iubentis fieri acceptilationem stipulationis: Cùm si acceptilatio facta esset, nullus planè condemnationi pœnali siue tripli, siue quadrupli locus relinqueretur. Quomodo igitur fieri potest vt is qui vim fecit vel metum intulit, cogatur præcisè & omnimodo, vt Tribonianus loqui solet, parere arbitrio & acceptam ferre stipulationem, & prætereà tripli condemnationem pati debeat, ob id solùm quod non faciat acceptilationem? Nam si acceptum fert satisfacit arbitrio, & ideò pœnam euitat, quæ nonnisi in odium & contumaciam nolentis satisfacere irrogatur, Si verò perseuerat nolle acceptum facere, non est cogendus vt inuitus acceptum ferat, quod nec fieri posset citra nimiam vim & impressionem, sed quia non paret arbitrio iudicis dignus omninò est, cuius contuma-

cia quadrupli condemnatione mulctetur. Neque sane aut Vlpianum, aut alium vllum ex antiquis prudentibus aliter responsurum fuisse credendum est. Sed totum hoc sumpsit Tribonianus ex noua sua Iurisprudentia quæ contra totius iuris veteris rationem induxit primùm, vt in omnibus arbitrariis actionibus cogendus sit reus parêre arbitrio iudicis, adeóque si opus sit, manu militari, Vt constat ex iis quæ nos latiùs scripsimus in Coniecturis, *ad leg. qui restituere 68. D. de rei vindic.* Quo facto consequens sané est vt nulla condemnatio sequi possit, quæ non nisi in pœnam contumaciæ sequi deberet. Quod nec Tribonianus negare potest, aut dissimulare *in dicta lege qui restituere*, vbi posteaquàm dixit sub Vlpiani nomine, Eum qui rem restituere iussus iudici non paret, contendentem non posse restituere siquidem habeat rem eruendum esse manu militari officio iudicis, vt ab eo possessio transferatur, subiecit fructuum duntaxat omnisque causæ nomine condemnationem fieri. Ita fit vt nullam contumaciæ suæ pœnam patiatur, Pœna enim si qua esset illa esse deberet, vt quantum aduersarius in litem sine vlla taxatione & in infinitum iurasset, tanti reus damnaretur, sicut euenit etiam hodie quoties dolo malo possessoris factum est ne possit restituere, *dicta lege qui restituere §. si verò non potest.* Eodem igitur modo in actione, Quod metus causa, & in specie *dicto §. sed & si quis*, debuerat Tribonianus dicere si iurisprudentiæ suæ memor fuisset, cogendum quidem omnimodo stipulatorem, qui promissionem à reo per vim extorsisset, vt stipulationem acceptam ferret, Sed eo facto nullam irrogari aliam condemnationem oportere, quia nec de fructibus, aut alia causa tractari hic quicquam potest, cuius nomine sequi possit, aut debeat condemnatio: Cùm tamen in contrarium scribat, & cogendum stipulatorem acceptò ferre, & prætereà tripli condemnatione plectendum. Sed & illud obiectuare Tribonianus debuit longè dissimilem esse actionem, Quod metus causa in specie, *dicto paragrapho sed & si quis*, & rei vindicationem de qua *in dicta lege qui restituere.* Nam cùm is qui rem petitam arbitrio iudicis restituere iussus est, parêre non vult, facilè potest remedium illud afferri, vt officio iudicis, & manu militari possessio ab eo transferatur, quoniam in eo nihil per vim facere possessor cogitur, sed tantùm pati. In quo minùs vtique absurditatis & violentiæ est, Impossibilitatis verò prorsus nihil. At cum stipulatio per vim, aut metum interposita acceptò ferenda est, nec tamen stipulator acceptum facere vult, non potest iudex quantumcumque adhibeat manum militarem cogere stipulatorem, vt pareat arbitrio, Quia in eam rem non tantùm patientia opus est, sed etiam facto, & verbis stipulatoris, cùm acceptilatio, vt & alius contractus quilibet facti sit, nec nisi per stipulationem fieri possit. Cogendus igitur esset stipulator etiam inuitus non modò contrahere, quod aliquando fit saltem tacitè per taciturnitatem, verùm etiam loqui, adeóque quod magis est solemnia acceptilationis verba proferre, *lege prima, l. pluribus 6. & sequent. leg. & vno 18. § 1. & pass. D. de acceptilat.* Atqui vt inuitus quis hæc faciat non magis manu militari cogi quis potest, quàm nudo iudicis præcepto. Nam nec seruus nisi vi verberum, & tormentorum adigi ad id posset. Quo etiam casu si quid fallens pronunciaret, nihil ageret, *leg. qui in aliena 6. paragrapho vltimo, alias leg. cum qui D. de acquirend. hæreditate.* Quid ergo faciat iudex, si etiam manu militari adhibita non possit extorquere à stipulatore nostro acceptilationem quam Tribonianus omnimodo faciendam esse ait? Hic sanè nihil facere iudex, nec Tribonianus ipse posset, nisi vt ad ius vetus rediret, huiúsque stipulatoris contumaciam irrogata quadrupli pœna coërceret. Concludamus ergo temperamentum illud Triboneaneum, non modo à ratione iuris illius quod Vlpiani temporibus obtinuit prorsus alienum esse, sed etiam absurdum, & tale quod propter eam quam implicat contradictionem effectum, & exitum habere nunquam potest. Et stipulatorem de quo agimus si non pareat arbitrio ante sententiam, nec acceptum ferat, omnimodo condemnandum esse non vt acceptum ferat, & hoc amplius tripli pœnam præstet, sed ad pœnam quadrupli ob non factam acceptilationem, Adeò vt nec ei permittendum sit acceptum facere si velit ad euitandam pœnam post sententiam, Quia non habet reus liberam satisfaciendi arbitrio, & purgandi contumaciam, nisi vsque ad sententiam. Post sententiam verò sera est oblatio, nec vlla moræ purgatio admitti eatenus potest, *dicta lege item si cum paragrapho hac autem actio, Digest. quod metus causa.*

ANTONII FABRI I.C.

Decas octogesimatertia.

ERROR PRIMVS.

De condictione triticaria, Et de certi condictione generali, cur sic vtraque dicta.

CREDI non potest quanta sit vis in proprietate verborum iuris, ad ipsarum rerum quæ verbis significantur naturam, substantiamque exprimendam. Attuli ego antehac exempla huius rei non pauca, qui sicut omnia ex iuris ratione quantum per ingenij mei tenuitatem facere possum, æstimare soleo, ita & iuris rationem potissimùm ex vi, & proprietate verborum inuestigare. Adeò fuit familiare & perpetuum antiquis prudentibus nostris studium illud vt res singulas tam propriis & accommodatis verbis significarent, vt quisquis benè partitéque loquendi peritiam professus vim & proprietatem verborum intelligeret, rem ipsam ignorare vix vnquam posset. Nullum tamen luculentius exemplum afferre possim, quam quod nunc proferam in tractatu quem aggredior De condictione triticaria, De qua etsi iam alibi scripsimus, præsertim cùm de rei debitæ æstimatione ineunda tractauimus *lib.16. Coniect.* & in prima huius nostræ Chiliadis parte, Fatemur tamen & agnoscimus ingenuè minùs feliciter nos in eo tractatu versatos esse, quod eo tempore quid condictio triticaria, & cur sic dicta esset, ignoraremus, Contenti ea credere, quæ ab Interpretibus & antiquioribus & recentioribus vno ferè consensu tradita videbamus. Condictionem triticariam à tritico dictam esse nemo nescit, Sed cur à tritico potiùs quàm ab aliis rebus nomen acceperit cùm per eam res omnes petantur etiam immobiles, omnes denique præter pecuniam numeratam, vt scriptum est *in l.1. D.de condict. tritic.* nemo aperit. Tritici enim appellationem fortasse possit quis dicere generalem esse, vt cæteras merces omnes comprehendat, quòd omnium mercium præcipua illa sit, & ad vsum vitæ magis necessaria, Vt solent pleraque ex iis quæ pluribus speciebus ex æquo conueniunt, ab ea denominationem sumere, quæ nobilior æstimetur. Sed cùm per hanc condictionem etiam fundus petatur, adeóque vsusfructus & cæteræ res incorporales, quæ quòd in iure consistant, hoc ipso digniores & nobiliores videri debeant, difficile est dicere cur à tritico dicta sit triticaria, potiùs quàm à fundo fundaria, vel ab vsufructu, vsufructuaria. Erat enim multò aptius, & conuenientius, vt fundi vel vsusfructus appellatione triticum quod in fundi fructu est, quàm vt appellatione tritici fundus ipse vel vsusfructus significaretur. Rideo cùm apud virum doctissimum Iacobum Cuiacium lego ea Stephano Græco Interprete, sic dictam condictionem triticariam, quòd qui primus eam actionem dari sibi postulauit, fortè, inquit, ei res erat de æstimando tritico. Quasi verò casu potiùs quàm ratione aliqua Iureconsulti nomen hoc aut induxerint aut admiserint. Aut quasi in condictione triticaria tractetur de rei petitæ æstimatione in condemnationem deducenda, quod nos infrà refellemus. Sed rideo magis cùm video Bartolum siue seriò ista tractantem, siue in re tam seria & obscura iocantem ludentémque scribere ad *d.l.1. De cond.tritic.* Posse fortassis dici quòd ille qui induxit hanc condictionem fuit frater minor & Franciscanus, qui omnes alias res accipiebat, præter pecuniam numeratam: Ac quia videt pro ea scilicet, qua excelluit Romanæ & Ecclesiasticæ historiæ peritia, condictionem triticariam multò antiquiorem esse ordine Franciscanorum, hoc ille sibi obijcit vt agnoscas non iocari eum, sed loqui seriò, At habet statim quod respondeat, Si non fuit ille frater minor qui triticariam induxit, fuisse saltem Philosophum, cuius conditio, & professio illa erat, vt pecuniam respueret. Quid verò dici obsecro potuit, vel stultius si iocari Bartolus voluit, vel ineptius si seriò agere? Quare nec ipse in hac sententia conquiescit, Sed addit putare se verius, Condictionem triticariam fuisse introductam pro iis rebus quarum pretia pro temporum & locorum diuersitate variantur, In quarum rerum numero pecunia non est cuius vna eadémque certa & perpetua æstimatio est *l. 3. D.de in lit.iur.* Quæ ratio bona quidem est si hoc tantùm quæratur, Cur condictio triticaria non detur ad pecuniam numeratam, vt ad res cæteras, Sed tamen non satisfacit propositæ à nobis dubitationi, Cur à tritico dicta sit triticaria potiùs quàm ab aliis rebus quarum non minùs quàm tritici incerta est, & variabilis æstimatio. Augetur verò maximè dubitatio si addas quod nos probabimus in sequentibus, In condictione triticaria nunquam peti æstimationem, sed semper & præcisè rem ipsam quæ debetur. Hoc enim si ita est, quid attinebat condictioni nomen quærere ex iis rebus quarum incertus esset valor? Mihi tota res hæc paulò altius repetenda videtur, & quod aiunt à capite, vt facilior & apertior fiat Actiones omnes sicut hominum gratia comparatæ sunt, ita & ad cuiuscumque generis res petendas, quibus hominum vita, societas & commercium continetur. Eæ res duplicis sunt generis, aliæ certæ, aliæ incertæ, sed duplici quoque sensu. Aliquando enim & vulgò certas res illas dicimus, quarum species aut nomine suo, aut ea demonstratione quæ nominis vice fungatur, qualis & quanta sit, ostenditur, vt cùm dicimus fundum Cornelianum aut quid aliud ea corporibus vel mobilibus vel immobilibus, *l certum 6. D. de rebus creditis, leg stipulationum 74. §. 1. iunct. l. sequent. §. vlt. D. de verb oblig.* Incertas verò eas tantùm ex quarum denominatione certò sciri & intelligi non potest, quid quale quantúmque sit id de quo agitur, Puta si quis dicat triticum nec addat Africum aut quid aliud simile, & optimum. Qui enim triticum simpliciter dicit, aut Triticum Africum bonum, rem dicit non modò incertæ æstimationis, sed etiam quæ ipsa sit incerta, vt ratiocinatur Vlpianus *in d.l.vbi autem 75.in princ & §.1.eod.* Aliàs certum dicitur, quod vndequaque, & omni ex parte certum est, id est non tantùm quod

ad ipsius designationem & demonstrationem attinet, sed etiam quantum ad æstimationem, Contra verò incertum id omne quod licet speciem certam habeat, æstimationem tamen incertam habet, ac pro temporum & locorum varietate mutabilem. Hoc verò posteriore sensu sola pecunia numerata certa est, Cæteræ res omnes incertæ, quamuis aliqui naturam adeò certam habeant, vt si in stipulationem, vel alium contractum deductæ sint, stipulationem certam faciant, certúmque contractum *d. l. stipulationum 74. & seq. D. de verb. oblig.* Hinc nimirum *certi* appellatio, tam stricte sumpta tamque propriè in illa edicti perpetui parte qua Prætor condictionem certi generalem proposuit iis verbis, *si certum petetur* de qua *in tit. D. de reb. cred. si cert. pet.* Cuius tituli duæ proculdubio sunt partes, Prior generalis De rebus creditis, quæ causas illas & condictiones omnes de quibus agitur toto libr. 12. Pandectarum sub se complectitur, Non quasi aliqua sit generalis actio De rebus creditis (nec enim nomen illud est actionis vllius siue generalis siue specialis) sed quia & actio si certum petetur, & aliæ condictiones omnes de quibus tractant sequentes tituli ad res creditas pertinent: Quemadmodum *tit. de recep. Qui arbitr. recep.* non de aliqua generali actione intelligi debet quæ dicatur, De receptis, sed continet tantùm quid generale De receptis, ad quod duæ illæ speciales actiones referuntur, quarum vna tractatur in eo ipso titulo De arbitriis receptis, Altera in titulo sequenti, De eo quod nautæ, caupones, stabularij receperunt, vt recepta restituant, vt docui in Rationalibus ad titulum illum De receptis, contra eos qui scripserunt, Nullos esse in Pandectis titulos generales. Atque in hoc errauit Bartolus, qui tradidit verbis illis, *si certum petetur*, nullam actionem certam significari, nec esse proprium nomen actionis, Cùm è contrario apertè scribat Vlpianus *in d. l. 1. de cond. tritic.* Eum qui certam pecuniam numeratam petit illa actione vti, *si certum petetur*, quæ non alia planè quàm certi condictio generalis est quæ ex omni causa competit, & ex omni contractu siue certo, siue incerto, vt idem Vlpianus tractat *in l. certi condictio 9. D. de rebus creditis.* Illud verò obseruandum est, Vt actioni Si certum petetur, id est condictioni certi locus sit, non sufficere vt quis pecuniam numeratam petat, sed illud prætereà requiri vt certam pecuniam numeratam petat quomodo loquitur Vlpianus *in d. l. 1.* Non enim quantitas omnis certa est, sed ea tantùm quæ certo numero concluditur, aut per relationem ad certum numerum demonstratur. Vnde est quod Paulus *in d. l. certum 6. de reb. cred.* certum definit non id solùm cuius species, sed etiam cuius quantitas quæ in obligatione versatur aut nomine suo aut demonstratione quæ nominis vice fungitur, qualis quantàque sit ostenditur. Quantitatis enim certæ non aliud nomen est, aut alia demonstratio quàm nomen numeri, quo quantitas hæc potiùs quàm illa constituitur. Porrò nihil interest an dicamus certam pecuniam numeratam, an verò certam quantitatem, quoniam pecunia numerata semper quantitatem significat, & in quantitate consistit. Alioqui pecuniæ appellatio generalior ambigua esset, nec minùs cæteras res omnes præter pecuniam numeratam, quàm pecuniam ipsam numeratam comprehenderet, *l. pecuniæ 178. De verb. sign.* Proinde non potuerunt siue prudentes nostri siue Prætores ex consilio prudentum elegantius aut certius aliud nomen dare condictioni certi, quàm vt certi condictionem vocarent iis edicti verbis propositam *si certum petetur*, vt hoc ipsum significarent, solam pecuniam numeratam eámque certam eiusmodi actione peti posse: cùm præter certam pecuniam numeratam nihil omninò in rerum natura sit quod absolutè certum dici queat, id est quod omni ex parte iam certum sit, vt nihil omninò incerti admixtum habeat. E contrario autem cùm cæteræ res omnes alio actionis genere petendæ essent, tanquam incertæ, conueniens æquè fuit vt actionis nomen sumeretur ex aliqua earum rerum quæ essent omnium incertissimæ, id est non tantùm quod ad suam intrinsecam æstimationem, sed etiam quod ad propriam suam naturam & substantiam. Ideò nimirum dici non debuit *condictio fundaria* à fundo, licèt fundus quoque per eam peti possit, quia fundus cùm sit ex earum rerum numero quæ in specie non in genere consistunt, sicuti peti nunquam potest quin petatur in specie, id est fundus Cornelianus aut Tusculanus, aut Libonianus, non est quid omni ex parte incertum cùm certam habeat naturam & demonstrationem, sed eo tantùm respectu quod incertæ sit æstimationis. Fuit ergo conuenientius vt actioni nomen daret aliquid ex iis quæ in genere consistunt non in specie. Sunt enim illa semper incerta, nec minùs quod ad propriam suam naturam & substantiam, quàm quod ad æstimationem, Ex quo fit vt nec perire possint, nec fieri deteriora quandiu in generis nomine & natura manent, nec transeunt in speciem. Eiusmodi sunt Triticum, vinum, oleum, hordeum, & aliæ similes res omnes quæ mercis appellatione continentur: Benè igitur dicta est condictio triticaria à tritico, quia licet per eam aliæ res omnes præter certam pecuniam numeratam petantur, non minùs quàm triticum, potuerunt tamen eæ res omnes tanquam incertæ significari per triticum, cuius appellatione res omninò incerta significatur, Tum quoque cùm de tritico Africo actum est additúmque *bono* nisi dictum sit *optimo*, *d. l. vbi autem 75. §. 1. D. de verb. oblig.* Quòd si curiosiùs pergas quærere. Cur non ergo dicta sit condictio vinaria, vel olearia, cùm & vinum, & oleum non minùs quàm triticum in genere consistant, incertámque habeant non modò æstimationem sed etiam naturam, Possem equidem, vt me expedirem, vno verbo respondere. Quia si condictio vinaria vel olearia dicta esset, æque interrogares. Cur ita, potiùs quàm condictio triticaria, & ita satisfieri tibi nunquam posset, Verùm placet curiosa interrogatio, vt curiosam nec inutilem tamen à me extorqueat responsionem. Dico triticariam appellatam fuisse, & appellari debuisse, Nomine omnium conuenientissimo quòd ex mercibus omnibus etiam quæ cum tritico simillimam naturam habent, nulla sit ad hominis vitam & exhibitionem adeò necessaria, atque triticum est, ex quo nimirum panis fit, sine quo nemo viuere posset. Vinum namque, oleum, & alia huiusmodi, sunt quidem talia sine quibus humana vita æquè commodè transigi non possit, Sed tamen non adeò sunt absolutè necessaria, vt non facilè iis abstinere queat, quisquis velit contentus esse necessariis. Non enim sine vino, sed sine aqua homines siti necarentur, inquit Venuleius *in l. vlt. D. de vini.* Quamquam non facilè hoc admitterent quibus vinum sine aqua bibere, solemne est. Itaque cùm actiones omnes & hominum gratia, & ex necessitate comparatæ sint vt initio præfati sumus, Quicquid autem petimus nobis dari, certum id esse, vel non esse necesse sit, aptissimè duobus his actionum generibus data sunt nomina ex iis rebus quæ omnium maximè ad humanæ vitæ vsum necessariæ sunt, Pecunia scilicet an tritico. Quis enim sine pecunia & pane possit viuere? Aut quis non cum pane, & pecunia? Nec mirum videri debet panis necessitatem hoc modo significatam fuisse appellatione

tritica

tritici ex quo fit panis omnium exquisitissimus. Sicut & apud Hebræos panis nomine, vt audio, cæteræ res omnes significantur quæ in cibum cadunt, quòd ciborum omnium præcipuus magisque necessarius sit panis: quamuis rariores sint, nec nisi ditiores qui pane triticario vtuntur. Hinc igitur nomina actionis si certum petetur, id est condictionis certi & condictionis triticariæ. Sed nondum plenè explicata est vis & potestas huius etymologiæ, vt quæ triticariæ condictionis natura sit, & in quo maximè à certi condictione differat benè intelligatur. Etsi namque diximus certi condictione nihil peti nisi pecuniam numeratam, eamque certam, Per condictionem verò res omnes cæteras, Hinc ipsum tamen explicatu difficile videtur, cùm dubitari meo iudicio non possit, nemo certè hucvsque dubitauit, quin & triticum & vinum & oleum, aliaque huiusmodi quæ vel pondere, vel numero, vel mensura constant, & in quibus mutuum consistere dicitur, adeòque fundus homo & aliæ species per certi condictionem peti possint. Sic enim accipio quod scriptum est *in l.2.§.mutui datio l.3.l.vinum 22. l.si quis certum 24.l.cum fundus 31. & pass. D.de reb. credit.* vt scil.cet non de triticaria sed de certi condictione loquantur. Alioqui non essent accommodatæ ad titulum sub quo collatæ sunt, in quo certum est agi tantùm de condictione certi, nusquam verò de triticaria.

ERROR II.

Quomodo petatur triticum per condictionem certi, & cur non etiam pecunia numerata per triticariam.

HOc autem admisso duplex emergit difficultas. Prima illa, Quomodo igitur verum esse possit quod supra diximus, Per condictionem certi nihil peti nisi pecuniam certam numeratam. Altera, In quo differat condictio certi à condictione triticaria, si per condictionem certi etiam triticum, & alia res quælibet peti potest, quæ posset per triticariam. Puto ego illud vnum posse ad vtramque dubitationem respondere quod iam attigi in præcedentibus Decadibus cùm de certi condictione generali aliquid cœpi dicere, Per certi condictionem posse quidem peti res quaslibet, etiam quæ per triticariam, sed æstimandas tamen certo pretio, ac proinde certa pecunia numerata, & quidem inspecto eo tempore quo petita res est apud Prætorem per litis contestationem, & quo iudicium acceptum fuit, quod nunquam accipitur nisi lite demum contestata *d.l.vinum l.vlt. D.de cond.tritic.* Vt proinde frustrà Interpretes post Accursium & Bartolum se torqueant in inuestigando, Qua ratione fieri possit vt æstimatio petatur ex contractu, ex quo non æstimatio, sed res ipsa debeatur, cùm nec aliud in petitione esse possit, quam quod est in obligatione, *l.si seruum 91. §. vlt. De verb. oblig.* nec aliud in condemnationem referri debeat quam quod fuit in petitione *l.vlt. C. de fideicomm.libert.* Nam cùm petitio illa demùm sit quæ fit apud Prætorem per contestationem, *leg amplius non peti 15. D. rat.rem haber.* contestatio autem fiat priusquàm dictetur formula actionis & iudicij, consequens est vt qui per condictionem certi petere vult triticum, quod mutuum dedit, non æstimationem tritici petat apud Prætorem, sed triticum ipsum quod in obligatione est: Ideóque nec dubitandum est, quin liberetur debitor si eo tempore quod litis contestatio fit, triticum præstet dummodò æquè bonum, denique quale quantúmque est illud quod debet *leg.cum quid 3. D. de reb.cred.* At quia quale quid est cùm petitur tale dari debet, *l. 2. D.de vsur.* quandoquidem nouissimum illud instans est, quo satisfacere obligationi ia qui conuenitur potest, *l.si Calendis 1. D.de re iud.* tritici autem vt & cæterarum mercium æstimatio non in singulos tantùm annos vt cæteræ res solent, sed in singulos dies, adeóque in singula penè momenta variatur, Ea res facit vt cùm triticum sit ex numero earum rerum, quæ recipiunt functionem in suo genere, triticum quo alterius pretij est iam aliud factum esse videatur, Inde fit, vt qui triticum petit apud Prætorem vt impetret formulam condictionis certi si non eo ipso tempore triticum quale quantúmque debetur, consequatur, ex eodem triticum æstimandum eo pretio quod fuit accepti iudicij tempore. Siquidem nec liberaretur debitor si triticum vilioris pretij factum quamuis eiusdem bonitatis & qualitatis vellet posteà reddere. Atqui æstimatio certa fieri non potest quin consistat in certa pecunia numerata, Pecunia enim numerata illa est quæ res cæteras omnes æstimat, nec per eas æstimari potest, *l.si ita fide vsserem 41. D. de fide,iuss.* Ergo qui petit triticum ea mente vt tritici æstimationem obtineat, quæ fuerit tempore litis contestatæ, quod vtique facere pro suo iure potest, si fortè vereatur ne postea decrescat tritici æstimatio is proculdubio effectu ipso petit certam pecuniam numeratam, quia licèt ante factam æstimationem ignoretur quantitas & numerus pecuniæ ca ea causa debitæ, Ea tamen per rerum naturam certa est, cùm præcisè ad præteritum idémque certum tempus referatur. Nam & certum illud est, quod per demonstrationem & relationem aliquam tale est *d.l.certum.*
In eamque rem accommodatur ei condictio certi, quam Prætor sicuti non dictat nisi petenti, nec nisi post litem contestatam, ita nec alij quàm ei cui iam quæsitum sit ius petendi pretij in pecunia numerata, & qui voluntatem suam eam esse declarauerit, vt non triticum ipsum sed tritici æstimationem quæ accepti iudicij tempore fuisset, maior, consequi velet. Secundum quod formulam actionis à Prætore sic concipi oportet, vt debitor non ad præstandum triticum, sed ad eam præcisè æstimationem quæ litis contestatæ tempore fuerit, condemnetur. In quo verendum non est ne stultus videatur iudex si pro tritico petito condemnet debitorem ad pretium, cùm obsequatur formulæ à qua nec volens recedere potest, Aut stultus Prætor, qui lite de tritico apud se contestata dederit actionem ad pretium, cùm ipse quoque in eo secutus sit iustam & rationi consentaneam creditoris voluntatem, quem non potuisset sine manifesta iniuria cogere, vt tritici eius æstimatio post contestationem decreuisset, contentus esset. Tantúmque abest vt hoc casu debitor ad aliud pro alio præstandum condemnetur, vt è contrario fatendum sit, fore vt creditor aliud pro alio inuitus accipere cogeretur, si audiendus esset debitor offerens triticum vilioris pretij pro tritico quod tempore litis contestatæ pluris fuisset. Atque ita creditoris fauore ius constitui necesse fuit, ne alioqui debitoris mora & frustratio ipsi debitori prodesset, creditori verò noceret cui tamen imputari nihil posset. Quid ergo si ex diuerso accidat vt quod debetur triticum petatur per litis contestationem eo tempore quo sit vilissimi pretij nec dubitare creditor possit quin futurum sit vt subinde crescat eius æstimatio, An æquè dicemus cogendum creditorem vt ea æstimatione contentus sit, quæ fuerit tempore litis contestatæ, nec audiri debeat si eam ipsam tritici quantitatem quæ debetur habere malit, quàm præteriti

temporis æstimationem : Ita fortasse videri plerisque possit, vt inter debitorem & creditorem seruetur æqualitas, & ne alioquin obijci possit creditori non esse illum audiendum si id petat cuius contrarium non fuerat in contrarium euentum postulaturus *l. pen. C. de solut. l. si pater puellæ 12. de inoff. testam.* Sed tamen non ita est. Nec enim quæ ratio suadet fauendum esse creditori ne æstimationem tritici quæ decreuerit, pro tritico quod maioris pretij fuit accipere cogatur, quoniam alioqui noceret ei mora debitoris, Eadem facere potest vt succurrendum sit debitori, ne pro tritico quod contestationis tempore vilius fuit, compellendus sit triticum soluere, quod subinde maioris factum sit æstimationis. Siquidem hoc casu perinde accideret, vt non solùm impunita esset mora debitoris, sed etiam nociua creditori, qui tamen in exigenda re sibi debita negligens non fuisset. Ergo vtroque casu eadem ratio facit, vt in creditoris arbitrio esse debeat, an ea æstimatione contentus esse malit, quæ fuit tempore litis contestatæ, an potiùs triticum petere quod post litem contestatam pluris esse cœperit, Ne in damno moretetur, si propter factam à se contestationem prohibeatur petere triticum quod hodie pluris est, Præsertim cùm non habeat debitor quod conqueratur si ad præstandum triticum conueniatur, qui etiam hodie triticum debet. Nam cùm neque ante litem contestatam, neque ipso litis contestatæ tempore datum sit, saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit, vt ratiocinatur Paulus *in l. si sterilis 21 §. cùm per venditorem, D. de act. empt.* Contrà verò nulla fit iniuria debitori si condemnetur ad præstandum triticum cuius æstimatio à die litis contestatæ creuerit, potiùs quàm ad eam æstimationem quæ contestationis tempore minor fuit, quia licèt ea grauiore condemnatione maius damnum sentiat, nullum tamen sentire videtur, quod ex culpa sua sentit, vt habet iuris regula. Et cùm vna eadémque culpa sit debitoris quod petitum triticum saltem eo tempore quo litis contestatio fiebat non obtulit, quandoquidem illud offerendo liberari potuisset, nec de futuro æstimationis incremento vel decremento curandum quicquam habuisset, Mirum non est vtroque casu pœnam eum culpæ suæ subire, siue tritici valor creuerit, siue decreuerit, Data creditori electione vtrùm petere malit, an tritici præteritam æstimationem in casu decrementi, an triticum ipsum cuius præsens æstimatio sit maior. Si enim hanc electionem creditori non daremus, eueniret facilè vt non minùs debitori mora sua prodesse posset, quàm nocere. Sicuti namque noceret imminuta tritici æstimatione si triticum vilius factum offerens non audiretur, Ita prodesset si aucto tritici pretio liberaretur eam ipsam æstimationem præstando, quæ iudicij accepti tempore minor fuisset, nec triticum ipsum præstare cogeretur : Aut si vtroque casu ad triticum præstandum condemnandus esset, noceret quidem ei mora sua, aucto post litem contestatam pretio, sed eadem prodesset imminuto. Non potuit igitur diuersitas & contrarietas casuum diuersum ius extorquere in ea re quæ ex debitoris culpa omni casu proficisceretur. Porrò cùm id accidit vt creditor cui triticum debetur, præuidens fore vt tritici valor augeatur, mauult triticum ipsum petere, quàm tritici æstimationem quæ fuit tempore litis contestatæ, quia non pecuniam petit, nec quid certum, sed rem omninò incertam siue quod in genere consistat non in specie, siue quòd incertam habeat æstimationem, non potest vtique petere per condictionem certi, sed petere debet per triticariam, Quam ideò sic dictam putamus, Non tam quòd per eam triticum petatur (quod etiam per condictionem certi, vt diximus, peti potest, suo tamen eóque certo pretio æstimandum) quàm quia triticum ipsum, id est non etiam præteritum aut præsens, aut futurum tritici pretium persequatur. Triticum, inquam, nullo certo pretio æstimandum, sed in suo genere, & in ea qua conuenit bonitate & qualitate præstandum : Nisi quod pecuniam in condemnationem deduci necesse est, vt iudicati executio fieri aliqua possit. Vnde illud etiam fit, vt in condictione triticaria sit res æstimanda inspecto tempore condemnationis, *lege 3. de condict. tritic.* vt in sequentibus tractabitur. Ex quo apparet quod superiore capite præfati sumus, quàm appositè & accommodatè indita sint nomina huiusmodi actionum, Condictionis certi, & Condictionis triticariæ, ad ipsarum actionum diuersitatem substantiámque demonstrandam. Hinc namque pendent cætera quæ circa vtriusque tractatum posteà dicturi sumus.

ERROR III.

De certi condictione speciali ex mutuo.

IN vniuerso tractatu De condictione certi præcipua quæstio est inter iuris nostri Interpretes, præsertim veteres Italos & Vltramontanos magnis contentionibus agitata, Vtrùm certi condictio vna sit an plures, & an generalis aliqua quæ plures sub se species contineat, an verò species vna actionis sub qua non nisi indiuidua plura contineantur. Itali defendunt vnam esse generalem, sed plures speciales, inter quas primam ac potissimam nominant condictionem certi ex mutuo. Nostri verò Vltramontani magis probant vt nulla sit certi condictio specialis, ne quidem ex mutuo, Sed sit illud potiùs exemplum generalis condictionis certi quæ locum habeat, siue ex mutuo, siue ex qua alia causa certum debeatur. Bartolus suorum, vt solet, sententiam secutus, non solùm certi condictiones speciales plures agnoscit, sed etiam negat certi condictionem generalem vllam esse quæ possit competere, nisi cùm specialis aliqua competit, puta ex mutuo aut ex stipulatu. Vnde cogitur fateri nullo penitus casu necessariam esse certi condictionem generalem, cùm possit specialis in suo quælibet casu sufficere. Mihi, qui si cum Bartolo conferar, sum Vltramontanus, longè probabilior Vltramontanorum traditio hac parte semper visa est. Nec meliore alia ratione, quàm quæ ex supradicta Bartoli confessione elicitur. Quis enim possit credere introductam à prudentibus certi condictionem vt competeret ex omni causa, ex qualibet obligatione, & ex omni contractu siue certo, siue incerto, quomodo loquitur Vlpianus *in leg. certi condictio 9. in princ. D. de rebus creditis.* si eiusmodi actionis inducendæ nulla erat necessitas ? Sæpiùs namque monuimus, quod verissimum est, nullas nisi ex necessitate inductas fuisse à prudentibus actiones, quas sanè frustrà comparari & multiplicari non modò inutile, sed etiam perniciosum reipublicæ fuisset, Nisi si quando fortè contingat vt vna actio sit plenior, altera vt in *leg. qui seruum 34. De obligat. & action.* quod planè hîc non euenit cùm condictio hæc certi generalis vel fatente ipso Bartolo semper & omni casu stricta sit, idcóque minùs plenas habens præstationes, nunquam certè pleniores. Manca potiùs in eo fuit Iurisprudentia, quod non tot actionum species adinuenire potuit, quot necessariæ fuissent

ne

ne qua deesse videri posset quod longè plura sint negotia quàm vocabula, Propter quam causam generales & subsidiarias Præscriptis verbis & in factum actiones induci necesse fuit, quæ deficientium vicem supplerent, vt scriptum est *in leg. 1. 2. 3. & 4. D. de præscript. verb.* Quod si verum est ex Philosophorum scholis, Non esse multiplicanda entia, sine necessitate, Multò veriùs dicere possimus, Multiplicandas non esse actiones si nulla necessitas vrgeat, Illa verò multiplicatio ineptissima omnium esset per quam generalis actio aliqua induceretur ad hoc tantùm, vt cùm alia speciali concurreret. Quid enim speciali addere generalis potest? An non verò quæ specialia sunt magis afficere solent, quam quæ generalia? Aut igitur nullam certi condictionem generalem esse fatendum est, si vnaquæque species in quam certi condictio cadere possit habet suam specialem, Aut specialem certi condictionem nullam esse si vna est generalis quæ speciebus omnibus sufficere, & accommodari possit. Error omnium istorum ille est, quod putant condictionem illam, quam hos certi generalem vocamus talem esse, quæ generaliter quoque exerceri & in iudicium deduci possit, & quæ vt Bartolus loquitur, hoc habeat medium concludendi diuersum à condictionibus specialibus, quod qui agit generali condictione certi, intendit ideò tantùm sibi data oportere, quòd certum debeatur, Qui verò speciali puta ex mutuo, vel ex stipulatu ideò tantùm quod res petita mutuo data sit vel ex stipulationem promissa. Hoc verò non ita est. Nulla enim actio esse potest quantumlibet generalis & edicto Prætoris generaliter proposita, quam non ita necesse cùm exercetur, sicut aduersùs personam aliquam, aut rem certam dirigi, Ita & ad specialem aliquam causam restringi, vt ex ipso actionis nomine possit apparere quam causam habeat, & quam rationem. Cuius rei exemplum euidentissimum est in ea certi condictione generali, de qua nunc tractamus. Nam qui sic gerer vt tantummodò diceret se certum condicere, quomodo certi condictionem generalem proponi debere vult Bartolus, non ideò exprimeret qua de causa ageret, nec proinde posset reus scire, an contendere deberet, an cedere: quod vnum maximè prætori propositum est, qui ob eam rem prima edicti perpetui parte edendæ actionis qua quisque volet experiri necessitatem acturo imposuit *l. 1. D. de edend.* Cùm enim certi condictionem dicimus, actionis tantùm materiam significamus, id est rem quæ petitur, certam esse sed non formam neque causam, nisi addamus, Certum nos petere quod nobis debetur ex mutuo, vel ex stipulatione, vel ex lege Aquilia, vel ex furtiua aut qua alia causa. Illud igitur omnimodo addendum est vt actio ritè rectéque instituta videatur. Alioqui non posset ex eiusmodi actione sequi vlla condemnatio, Cùm nemo sit ob id solùm condemnandus quod ab eo certum petatur, sed ob id tantùm quòd certum ipse debeat. Fieri autem non possit vt debeat, quin debiti causam specialem aliquam interuenire necesse sit, Adeò vt nec sufficeret promissam esse rem per stipulationem, si nulla promittendi causa præcessisse proponeretur, quia tunc licèt actio ex stipulatione summo iure competeret, eliderent tamen per doli mali exceptionem *leg. 2. § circa D. de doli mali except. leg. cùm enim 7. D. de nouat.* Causa itaque illa exprimenda est, aut omnis actio deneganda actori, qui actionis quam sibi dari postulat causam nullam exprimere, aut possit, aut velit. Et verò cùm solemne olim esset vt actiones non darentur à Prætore nisi post litem contestatam, Quæro à Bartolo an putet fieri potuisse litis contestationem apud Prætorem per solam certi petitionem nulla causa expressa ex qua debitum diceretur certum illud, quod petebatur. Nemo planè iudicio meo negare possit, etiam admisso eo quod non puto admitti posse, vt potuerit actor incertum dimittere aduersarium quo tandem speciali actionis genere experturus esset, Nunquam tamen passurum fuisse Prætorem, vt eadem incertitudo in ipsa quoque litis contestatione duraret, Quandoquidem inde futurum esset, vt neque certam formulam iudici à se dato præscribere potuisset nec factum ipsum notare de quo ex formula cognoscere iudex debuisset. Quid enim aut quale illud fuisset dicere *si paret Caium Titio centum debere* nulla tamen debiti causa expressa? Vtique iuris fuisset illa quæstio non facti. Debiti namque nomen ius ad ius refertur, non ad factum, sicut & nomen obligationis, Nisi cùm de serui debito tractamus, *leg. nec seruus 41. D. de pecul.* Sed debiti causa illa est, quæ in facto non in iure consistit, puta si quid deberi ideò dicatur, quod vel mutuo datum, vel per stipulationem promissum sit. Atqui non dabantur Iudices nisi vt de facto cognoscerent, ac posteà de iure non pro arbitrio sed ex formulæ præscripto pronunciarent. Causam ergo debiti apud Prætorem in ipsa litis contestatione exprimi necesse erat, vt posset Prætor ad facti quæstionem accommodare formulam, & iudici præscribere facti quæstionem, de qua cognoscendum haberet, an mutuò data esset pecunia, vel stipulanti promissa, necne. Idque est meo iudicio quod ait Iustinianus *in principio tituli, Quibus modis re contr. oblig.* ex contractu mutui nasci actionem quæ vocatur condictio. Non ait nasci ex mutuo condictionem certi generalem, quia generalis non potest nasci ex aliquo contractu speciali, sed generalis dicitur, quia nascitur & competit ex quacunque causa ex qua certum petitur *dicta lege certi* ac proinde relatione facta generaliter ad omnes causas ex quibus certi condictio specialiter nasci & competere potest. Nec tamen ait Iustinianus ex contractu mutui nasci condictionem certi specialem sed condictionem, vt intelligamus actionis nomen esse generale, causam verò specialem, quod etiam probari potest ex *leg. in duobus 28. §. exceptio, D. de iureiur.* Sed & illud obseruari volo quod nemo obseruat, non sic loqui Iustinianum, vt dicat ex mutuo nasci condictionem certi, sed condictionem simpliciter, Quia cùm mutuum non tantùm consistat in pecunia numerata, sed etiam in cæteris rebus quæ vel pondere vel mensura constant, *leg. 2. paragrapho mutui eodem titulo,* Consequens est vt non solùm certi condictio ex contractu mutui nascatur, sed etiam condictio triticaria si fortè creditor malit, pro tritico, vino, vel oleo quod mutuum dedit, tantundem recipere in suo genere, ac quod sit eiusdem bonitatis & qualitatis quam in pecunia numerata. Quo casu certi condictio competere nequaquam potest quia neque certa pecunia numerata petitur *dicta lege 1. De condict. tritic.* neque aliud quicquam quod per se certum sit, Cùm triticum quod in genere debetur sit sui natura incertum nisi ponas actum de tritico Africo & optimo, *dicta lege vbi autem septuagesimaquinta, paragrapho primo D. de verborum obligatione.* Nam & inde fit vt si quis mutuò datum à se triticum stipulatus sit sibi reddi (quod cùm euenit vna tantùm actio nascitur, eáque ex stipulatione non ex contractu mutui *dicta lege cùm enim septima D. de nouat.*) non possit nasci ex eo contractu certi condictio quippe quæ non aliter competit ex stipulatione quàm si stipulatio sit certa, vt idem Iustinianus scribit initio *Tituli De verborum obligat.* Stipulatio autem certa non est nisi quæ rem certam continet non quæ incertam

lege si quis certum 24. D. de rebus creditis, iunct. *dicta lege stipulationum 74. & dicta lege vbi autem in principio, & §. 1.* Ex quo intelligamus quàm parum aptè idem Bartolus noster respondeat ad quæstionem quam proponit *in dicta lege certi condictio.* In quo differant Condictio siue causa, Condictio triticaria, & condictio certi, cùm omnes sint generales. Ait enim condictionem sine causa esse generalissimam, quia comprehendit omnes casus quibus nulla dandi causa suberat, siue pecunia numerata data sit, siue alia quælibet res certa, siue incerta. Condictionem verò triticariam esse generaliorem non si cùm generalissima, sed si cum generali conferatur, quia competit ad res omnes siue certas siue incertas sola excepta numerata *dicta lege 1. De condict. tritic.* Certi autem condictionem esse generalem, quia omnes quidem causas complectitur ex quibus certum petitur, sed non res omnes cùm non detur ad incertas. Quæ traditio ne bona & recta esse possit, illud facit quod non ad istarum actionum formam, sed ad materiam tantùm explicandam pertinet, id est circa quas res versentur, non autem quam vim & potestatem habeant. Vnde fieri necesse est, vt quibus casibus circa eandem versantur materiam, non possit sciri in quo Bartolus differre illas crediderit. Quid enim si per condictionem sine causa petatur res aliqua incerta, quæ per triticariam peti possit, In quo differet hoc casu condictio sine causa à condictione triticaria? Quid rursum si petatur res certa, alia tamen quam pecunia numerata? Vnde agnoscam vtrùm condictione sine causa, vel triticaria agatur, agive oporteat? Quid denique si pecunia numerata petatur? Quænam erit hoc casu inter condictionem sine causa & triticariam differentia, Vel, quod ad rem nostram magis facit si extra pecuniam numeratam res aliqua certa petatur, quæ non minùs per condictionem certi quàm per triticariam peti potest, nullàne erit inter certi condictionem, & triticariam differentia? Nulla penitus si eas materia sola distinguit. Ergo debuit Bartolus dicere in hoc potissimum actiones istas differre, quod & diuersas causas habent, & diuersos fines. Condictio enim sine causa hanc ipsam causam habet, quod res quæ condicitur sine causa est penes eum cui condicitur: In condictione certi, & triticaria diuersum est, per quas non intenditur id quod condicitur esse penes aduersarium sine causa, sed esse ex ea causa propter quam æquum sit, & oporteat dari eam actori. Rursus tùm quoque cùm eadem res est, quæ per condictionem certi, & triticariam peti potest, in eo tamen condictiones hæ differunt, quòd qui agit condictione certi petit rem quidem certam, sed tamen æstimandam pretio, eóque certo vt tandem condemnatio fiat in pecuniam certam numeratam; quæ proinde sola effectu ipso per hanc actionem petitur. Qui verò triticariam proponit rem ipsam persequitur, vt eam omnimodo habere velit, non eius æstimationem quamuis eo quoque inuito deducenda sit pecunia in condemnationem & lis æstimanda vt superiore capite diximus, & fiet apertiùs ex iis quæ in sequentibus dicemus.

* * *

ERROR IV.

De condictione certi, quam dant Interpretes ad id quod interest.

Nihil est quod mihi durius & intolerabilius videatur inter cætera quæ circa condictionem certi ab Interpretibus nostris tradita mihi non probantur, quàm quod Accursio primùm, deinde Bartolo placuisse video, vt certi condictio etiam ad id quod interest, possit competere. Sic enim vterque ad *l. certi condictio 9. D. de reb. cred. & ad leg. Sed etsi 22. §. cùm iter D. de cond. indeb.* Nam quomodo fieri obsecro potest vt condictio certi detur ad rem incertam? An non repugnat proprietas verborum, & nomen ipsum actionis? *l. si quis certum 24. D. de rebus cred. d. l. certi 9. in princ. & d. l. 1. De cond. tritic.* Quid verò in rebus humanis incertum est, ex earum scilicet numero, & genere quæ in actionem cadere possunt, si id non est id quod interest? Quippe id facto non in iure consistit, non solùm quatenus cuiusque interest sed etiam vtrùm intersit. Et ideò plerunque accidit vt quamuis & re vera intersit, & pluris intersit, attamen difficultate ac inopia probationum res ad nullam aut perexiguam summam deducatur, vt scriptum est *in l. vlt. D. de pretor. stipulat.* Porrò dici solet, quod & verissimum est, non entium & non apparentium idem esse iudicium, *vulg. § si adnersus Inst. de nupt.* Nec valdè refert an quid omninò sit incertum, id est etiam in ipsa rerum natura, An verò certum quidem sit per rerum naturam, sed tamen ita vt certitudo illa sciri non possit, sicuti in specie *l. ventre 84. D. de acq. hered.* cùm decessit filius ventre quidem pleno, sed incerto adhuc eo an plenus esset, an vacuus, vt tractatum à nobis est *lib. 1. Coniect. c. 10.* Fieri ergo nequit vt vllo vnquam casu id quod interest per certi condictionem petatur. In eamque rem apertissimæ sunt leges illæ fere omnes quotquot in libris nostris de incerti condictione loquuntur. Omnes enim eò pertinent vt appareat neque alij condictionem illam dari, quàm ei cuius interest, neque ad alium quàm ad id quod interest. Vt cùm *in l. hoc senatusconsultum 5. §. 1. D. de vsufr. ear. rer. qua vsu consum.* Vlpianus scribit, Vsufructu pecuniæ legato aut alterius rei quæ vsu consumatur, si omissa sit cautio cuius remedio Senatus quasi vsumfructum eiusmodi rerum constituit posse omissam cautionem condici. Et quidem incerti condictione, Nempe quia interest proprietarij eam cautionem habere, cuius beneficio etiam consumpta re fructuaria possit commodiùs indemnitati suæ consulere ac proprietatem reposcere. Quomodo etiam accipiendum proculdubio est quod Papinianus ait *in l. si pater 7. §. si fortè D. de dot. releg.* Si fortè per errorem cautio defensionis omissa sit, & ex causa fideicommissi filius dotem acceperit, non quidem fore locum repetitioni fideicommissi tanquam indebiti, propterea quod cautionis præstandæ necessitas solutionem tantùm moretur nec indebitum faciat quod fuit debitum, Sed tamen non esse iniquum heredi subueniri, Scilicet per condictionem incerti, quoniam omissa cautio condicenda est quæ certa esse non potest, cùm nulla sit, Cùmque non aliam ob causam detur hæc Incerti condictio, quàm vt cautio quæ omissa fuerat, interponatur, Nec alia ratione quàm quòd eam interponi agentis, apparet non ad aliud eam dari in effectu quàm ad id quod actoris interest, quia etsi condemnatus reus cauere recusaret, non tamen ad aliud teneri posset, quàm ad id quod actoris interesset.

Sic

Sic enim & in l. tribus 8. cod. tit. de vsufr. car. ver. incerti agendum esse ita ait contra eum, qui cùm satisdare debuerit, non satisdedit. Nempe quia in ea specie interest legatarij fideiussores non suo periculo quærere vt scriptum est in fine legis. Item in specie illa quam Pomponius tractat in l. sed etsi 22. §. D. de cond. indeb. Si cùm iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradiderim. Nam posse me incerti condicere Pomponius ait, vt iter mihi concedatur, Quod & Paulus sentit in leg. si tibi liberum 8. De act. empt. Quemadmodum & si hæres falsò existimans se damnatum dari promiserit, non modò agentem summouere doli exceptione potest, sed etiam incerti condicere vt liberetur, vt idem Paulus ex Pomponio tractat in l. si hæres 5. in fin. eod. tit. Cur verò incerti? Nisi quia datur ea actio ad id quod interest, quod incertum semper est, nec ipso actionis tempore certum esse vnquam potest, cùm non nisi per taxationem certum fieri queat, d. l. vlt. De prætor. stipul. Taxatio autem condemnationis non possit non sequi aut saltem concomitari condemnationem, l. si traditio 4. in fin. C. de act. empt. Sic in l. qui exceptionem 40. §. si pars D. de condict. indeb. Marcianus scribit, Si pars domus quæ in diem per fideicommissum relicta est arserit ante diem fideicommissi cedentem, & eam hæres sua impensa refecerit, non equidem dubitari quin deducenda sit impensa ex fideicommisso, Sed si sine deductione domum hæres tradiderit, posse eum incerti condicere quasi plus debito dederit. Quæ etiam sententia est, l. hæres 21. D. ad SC. Trebell. de cuius sententia & emendatione scripsimus in præcedentibus. Non enim vel domus hæreditaria vel hæreditas ipsa fideicommissaria condicitur, quasi simpliciter indebita, cùm non neget hæres fideicommissum deberi, sed omissa deductio condicitur, quemadmodum superioribus casibus omissa cautio, quod vtrique per solam incerti non certi condictionem fieri potest, l. quòd si nulla 60. de legat. 1. Similiter Vlpianus ex Neratio & Aristone refert, in l. & ideò 12. §. Neratius D. de cond. furt. Creditorem cui res pignori data est si ea subrepta sit, ab alio scilicet quàm à debitore, incerti condictione agere debere; Nimirum quia sicut non alia ratione actio ei competit, quàm quia eius interest, cùm actione pignoratitia debitori teneatur ad restitutionem pignoris. Ita neque ad aliud agere potest, quàm ad id quod sua interest. Videtur autem ipsius interesse non credito tenus duntaxat, sed omnimodo in solidum, quia superfluum quod excedit debitum, debitori pignoratitia actione restituere posteà cogitur, l. creditoris 15. l. creditori 87. D. de furt. Quod etiam explicatum à nobis est in superioribus. Addemúsne, quod ex Papiniano scriptum est in l. ob eam causam 9. D. de præscript. verb. Eum qui ob eam causam accepto liberatus fuit vt nomen Titij debitoris sui delegaret si fidem contractus non impleat incerti actione teneri, id est condictione incerti, nequaquam. Nec enim actio illa incerti ea condictio est, de qua nunc agimus, sed actio Præscriptis verbis, de qua sub illo titulo. Vt ex eo apparet quod in eadem lege sequitur, officio iudicis contineri non vt vetus obligatio restauretur, sed vt promissa præstentur, vel condemnatio sequatur, scilicet in id quod actoris interierit: si reus non præstet quod promisit. Nam quod lex ait, *id est promissa præstabuntur*, scilicet obligatio ad vim eiusè actionis referendum est, quod & benè ad eum locum putat Bartolus, vt sequens illa pars disiunctionis probat, *aut condemnatio sequetur*. Nec ita est accipiendum quasi implementum promissorum in præstatione & electione debitoris sit non etiam in petitione & condemnatione, licèt verum sit non aliter esse condemnandum reum in id quod interierit agentis ex natura actionis Præscriptis verbis *lege si tibi decem septima eodem titulo*. quàm si perseueret non implere quod promisit. *lege cùm proponas 4. Codice de rerum permutatione.* Atque sic intelligendum est quod de præscriptis verbis ciuili actione incerti danda ad placitum implendum scribunt Imperatores *in lege rebus sexta, & lege vltima eodem*, vt ea incerti actione cogatur reus implere promissa, non coactione præcisa, sed causatiua, id est nisi malit pati condemnationem eius quod interest. *dicta lege ob eam causam.* Nec dissimile est quod Pomponius tradit *in l. permisisti 26. eodem titulo.* Si permiseris mihi cretam eximere de agro tuo, ita vt compleam eum locum vnde exemissem, & postquàm exemi non repleam, & quæratur quam habeas contra me actionem, siquidem vendidisti mihi cretam posse te ex vendito agere, Si non vendidisti certum esse ciuilem incerti actionem tibi competere. Ad quid verò? Nempe vt si locum illum replere nolim præstem tibi quanti tua interest: Nam vt locum repleam si nolim, cogere me inuitum non potes, cùm sit ea res meri facti ad quod præcisè cogi non possum, Ideóque necesse omninò est, vt in locum obligationis facti succedat præstatio, ac primùm condemnatio eius quod interest, *lege si quis ab alio decima tertia in fine, Digest. de re iudic. lege stipulationes septuagesimasecunda, lege quoties octogesima prima, De verborum obligatione.* Hoc verò non per condictionem incerti, sed per actionem præscriptis verbis, quæ & ipsa incerti est, quia effectu ipso datur ad id quod interest, sed tamen condictio non est, quia datur ad petitionem non ad repetitionem, *lege quinta, paragrapho primo de præscript. verb.* Sed omnium apertissimus textus est *in lege vltima, Digest. si quis in ius vocat. non ier.* vbi Vlpianus ex Celso scribit, Cùm quis in iudicio sisti promiserit, neque adiecerit pœnam si status non esset, incerti cum eo agendum esse in id quod interest. Quid enim aut Vlpianus, aut Celsus potuit scribere apertiùs, vt ostenderet, & incerti actionem dari ad id quod interest, & id quod interest non nisi per incerti actionem peti posse. Ne nunc quidem loquor de condictione, sed de actione incerti quomodo & Vlpianus *in dicta lege vltima*, quoniam actio quæ in illa specie competit non incerti condictio est, vt omnes vulgò credunt Interpretes, vt nec Præscriptis verbis, sed ex stipulatu, cui cùm non aliter locus sit quàm si res incerta in stipulatum deducta sit, *l. si quis certum 24. D. de rebus creditis.* dubitandum non est quin eadem competat, cùm id ipsum quod interest in stipulatione siue expressè, siue tacitè contineret, *vt in dicta lege quoties.* vbi eadem Celsi sententia ab eodem Vlpiano refertur, *lege vltima, D. de prætor. stipulat.* Nec enim opus est ad condictionem incerti generalem recurrere cùm specialis actio competit ex stipulatu. Alioqui nunquam ex stipulatione siue certa siue incerta posset agi, si quemadmodum condictio certi competit quoties certum in stipulationem deductum fuit, ita & condictio incerti daretur ex stipulatione quæ interposita fuisset de re incerta, Quod & Iustinianus noster apertè docet initio *tituli De verborum obligatione,* Denique ne dubites verum esse quod contendimus; Incerti agendum esse non certi, quoties agitur ad id quod interest, audi Papinianum *in l. liber homo 118. §. vltim. De verborum obligatione*, vbi eleganter ait; Sic interposita stipulatione *Decem mihi aut Titio, vtrum ego velim dare spondes?* ex eo quod mihi dandum est certi stipulationem esse, Ex eo autem quod Titio soluendum, incerti. Finge, inquit, mea interesse Titio potiùs quàm mihi solui,

quoniam

quoniam forte pœnam promissam si Titio solutum non fuisset. In quo tamen obseruandum est, quod Bartolus non vidit Papinianum eo loco non de condictione incerti tractare, sed de stipulatione incerti, Qualis est omnis stipulatio in quam deducitur res incerta, vt iam diximus *ex l. stipulationum 74. eod. tit.* & consequenter de actione ex stipulatu, Neque enim de condictione incerti tractandum est cùm agitur ex stipulatione incerta vel quod idem est incerti, cùm eo casu competat propria actio ex stipulatu. *d. tit. De verb. oblig. in princ. iunct. d. l. si quis certum 24. De reb. cred.* quæ cùm denegat condictitiam actionem ex stipulatione rei incertæ, non minùs incerti quàm certi condictionem denegat, quia sicut incerti condictio perinde condictio est, atque certi condictio, ita & condictitia actio perinde illa per quam incertum petitur, atque illa per quam certum: Siquidem actionem condictitiam cùm dicimus nihil nisi condictionem ipsam significamus. Sed quamuis duo ij loci de quibus proximè locuti sumus, Vlpiani prior *in d. l. vlt. si quis in ius voc. non ier.* & & posterior Papiniani *in d. l. liber homo §. vlt.* non de incerti condictione loquantur, sed de stipulatione incerti, déque actione ex stipulatu, quæ ex ea causa competit: Probant tamen optimè quod volumus, non tantùm circa actionem incerti, sed etiam circa incerti condictionem: quæ ipsa cùm sit actio, eáque incerti, planè fieri nequit vt quæcumque de incerti actione in genere verè dicuntur, eadem de incerti quoque condictione dici non debeant. Ne aliter statuentibus fatendum sit, Posse condictionem certi quam Bartolus post Accursium dat in id quod interest, concurrere in eadem facti specie cum actione incerti, siue condictio illa incerti dicenda sit, siue actio ex stipulatu, Quod tamen non magis vtrique fieri potest, quàm vt eadem res numero sit, & certa, & incerta, aut eadem sit actio, siue condictio, & certi, & incerti. Idque omnium manifestissimè docet Iustinianus *in d. tit. De verb. oblig. in princ.* cùm ait Ex stipulatione & verborum obligatione duas nasci actiones Condictionem certi si certa sit stipulatio, & actionem ex stipulatu si incerta: Vt intelligas nihil quidem interesse inter stipulationem certi, vt Papinianus loquitur *in d. l. liber homo §. vltim.* & condictionem certi, nisi quantum inter actionis materiam & actionem ipsam interest, stipulatio enim certi non actionis nomen est, sed contractus, At inter stipulationem incerti, & condictionem incerti multùm distare, quòd incerti condictio nulla ex stipulatione ne quidem incerti nasci possit, Sed ita tamen vt ex incerti stipulatione, incerti quoque necessariò agendum sit, nunquam verò condictione certi. Nunquam ergo admitterent Iureconsulti, quod vult Bartolus agi condictione certi ad id quod interest, quoniam incerti actio, quam illi induxerunt eo casu quo incerti condictionem locum habere noluerunt, id est quo incertum in stipulationem deductum sit, perinde condictionem certi excludit, atque ipsa condictio incerti eam excluderet. Quæ enim antithesis & oppositio est inter condictionem certi & condictionem incerti quemadmodum non est in condictionis nomine, in quo conueniunt, sed in adiunctis illis qualitatibus *certi & incerti*, quæ non tam contrariæ inuicem sunt, quàm contradictoriæ, Ita non minor est inter condictionem certi, & actionem incerti, quamuis diuersitas sit in nomine, quia nec oppositio vlla est inter nomina condictionis & actionis, sed quædam potiùs conuenientia qualis est inter genus & speciem. Actio enim nomen generis est, Condictio autem nomen speciei, si cum actione non cum ipsis speciebus condictionis conferatur. Idem probat etiam quod Vlpianus *in d. l. hoc Senatusconsultum §. 1. De vsufr. earum rer. quæ vsu consum.* postquàm scripsit quod suprà iam à nobis explicatum est, Si constante adhuc vsufructu velit quis omissam cautionem condicere quæ pro vsufructu pecuniæ dari debuerat, posse illam condici condictione incerti, subiungit, Sed finito vsufructu, ipsam quantitatem posse condici, Eamque Sabini sententiam, nec inargutam fuisse. Sed qua actione quantitas ipsa condicetur? Haud dubiè condictione certi. Quidni enim? cùm ponamus agi de pecunia numerata, eáque certa *d. l. 1. De cond. trit.* At neque Sabinus hoc addidit, neque Celsus qui Sabini sententiam probauit, cùm id iam apertissimis esset, vt non nisi insulsè potuerit id iis moneri in ea te, in qua argutos se ostentabant. Satísque visum fuit opponere priorem casum in quo de omissæ cautionis condictione agebatur, posteriori de quantitate ipsa condicenda, vt constaret iam aperto iure condictionem certi posteriore casu competere, quàm incerti condictionem priore. Nec tamen tot legibus & rationibus adhuc vinci Bartolus potest, quin contendat & concludat *in d. l. sed etsi 22. §. 1. de cond. indeb. num. 6. & in d. l. certi condictio num. 25.* Posse condictionem certi sic exerceri vt petat actor in libello condemnari reum in id quod interest, quia, inquit, valet & procedit talis libellus, propterea quod licèt talis conclusio sit incerta (nec enim hoc negare potest, quod vel cæcus videret, Sufficit tamen vt possit certificari postea & declarari per sententiam & subtilitatem Iudicis, vt loquitur Iustinianus *in l. vnic. Cod. de sent. quæ pro eo quod interest profer.* Et quia videt suprà dictas leges omnes repugnare, quæ cùm tractant de petendo eo quod interest, incerti actionem dant, & condictionem. Respondet subtiliter si Diis placet, sic intelligi eas debere, vt de sola certi condictione loquantur, quæ detur ad interesse quod ab initio est incertum, Ita vt adiectio illa *incerti* significatiua sit non iuris, & actionis quæ in iure consistit, sed facti & rei quæ in actionem deducitur. Quomodo & illud quod iam aperte scriptum est ab Vlpiano *in l. 1. De cond. tritic.* Eum qui certam pecuniam numeratam petit, vti debere illa actione *si certum petetur*, sic ille eludit ad Rubr. *De reb. cred.* vt dicat suprà dicta Vlpiani verbis non actionis nomen, sed factum seu contractum denotari: Nempe quia non vult admittere actionem Si certum petetur esse condictionem certi, contendens esse quid diuersum, & tres esse partes *Tit. De reb. cred. Si cert. pet. & De cert. condict.* In quo euidenter fallitur. Non minùs quàm si diceret actionem De metu diuersam esse ab illa de qua agitur *in Tit. quod met. caus.* Quemadmodum enim actionem Quod metus causa dixerunt Iureconsulti sumpto actionis nomine à primis verbis edicti, pro actione quam dedit Prætor De eo quod metus causa, prout Codicis titulus conceptus est, Ita & actionem Si certum petetur ex primis edicti verbis quo proposita certi condictio est, pro ipsa certi condictione dixerunt. Credibile enim est edicti verba sic concepta fuisse, *Si certum petatur ex quacunque causa, & ex quacunque obligatione, & ex omni contractu siue certo, siue incerto, actionem dabo.* Id enim videtur innuere Vlpianus *in d. l. certi condictio*, Nisi quis malit, quod nec improbabile est paucioribus verbis contentum Prætorem illa solùm generalia expressisse, *si certum petetur*, cætera verò omnia quæ nos addidimus, reliquisse prudentum interpretationi, quam generalitas verborum edicti admittebat. Quamquam video ipsis etiam prudentibus fuisse familiatius vt dicerent condictionem certi, quàm vt actionem *si certum petetur*, ideò fortasse quòd & breuius nomen sit, & aptius ad actionem ipsam significandam, & exprimendam,

exprimendam, quæ supradictis verbia innuitur magis quàm exprimitur. Cæterùm siue de actione illa, *si certum petetur*, siue de incerti conditione tractemus, inepta planè est Bartoli ea interpretatio vt vtroque casu actionem, *si certum petetur*, aut condictionem incerti cùm dixerunt Iureconsulti factum potiùs quàm ius & nomen actionis denotare voluerint. Nam nec latini sermonis ratio hoc ferre potest, vt qui solum factum & materiam non nomen actionis denotare volet, dicat *condicere certu*, *vel incerti*, aut *agere incerto*, vt scriptum est *in d.leg. vlt. D. si quis in ius vocat.non ier.l* §. §. 1. *de vsufr. ear. rer. qua vsu consum.d.l.sed etsi* §. 1. & *d.l.qui ex captiuonem*, §. *si pars D. de cond indeb.* Dicendum enim esset, *condicere certum*, vel *incertum*, quia suppleri en casu non deberet nomen actionis quod supplet quisquis sic loquitur, *condicere certi vel incerti*, quoniam sunt illa nomina actionum: Quid quòd ipsum etiam nomen actionis addunt plerumque Iureconsulti, ne quis huic dubitationi locum relinquatur, vt *in d.leg. tribus* 8. *de vsufr ear.rer. qua vsu consum.* in illia verbis *incertique cum eo agendum*, & paolò post, *neque actione incerti*, *quia cohæredi satisdedit*: Itémque in *dal.ab eam causam* 9. *l.insulam* 6. & *in d. l. permisisti* 56. *D de pras r.verb.l.iuris gentium* 7. §. 1. *D.de pa l.*, *leg.diem praferre* 27 §. *vl.t. D de recipt.qui arbitr.recep.* Etsi quid taserte obscurum potest vtrùm certi conditionem dicamus, an actionem, Cùm condictio nihil nisi actio sit? Quid quod tantùm abest vt certi condictio dari possit ad id quod interest, Vt è contrario accidat aliquando vt incerti actione ciuili agendum fit, hoe est præscriptis verbia etiamsi pecunia petatur? Vt in eleganti specie illa quam Papinianus tractat *in l.si dominus* 8. *De prascr.verb.* Nisi fortè quis putabit retorqueri posse hoc argumentum pro Bartolo, vt contrariorum eadem ratio sit, nec absurdius videri debeat dari condictionem certi ad id quod interest, quamuis incertum, vt vult Bartolus quàm condictionem incerti ad pecuniam numeratam certam, vt in illa specie Papinianus respondisse videtur. At quia vtrumque perinde absurdum & à iuris nostri ratione alienum est, illius verò legis speciea perelegans, & ratio subobscura textus quoque, ni fallor, corruptus, de ipsius sententia dicamus aliquid, mox inchoatam cum Bartolo pugnam fœliciter si Deus voler peracturi.

ERROR V.

De sententia legis si dominus octaua, Digest. de præscriptione verborum, & lege penultima, Digest. de condictione caus. dat.

CVm seruus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quæstionem, id est vt de eo quæstio haberetur, ad veritatem facti eruendam, vtrùm ab eo furtum factum esset necne, aut etiam ad socios indicandos, vt *in l.vlt. D.ad exhibend.* Dedisti autem sub ea quidem causa, id est ob eam solam causam vt de illo quæstio haberetur, Sed tamen præterea sub ea lege & pacto vt si id in eo repertum non esset, redderetur tibi. Erat enim hæc vulgaria conuentio, & cautio quæ in eiusmodi casu adhiberi solebat, vt constat ex Pomponio, qui hanc ipsam speciem tractat *in l pen. D. de cond.caus.dat.* Potest autem fieri vt dederis æstimatum, Ne si fortè vi tormentorum aut moreretur, aut debilitaretur, de ipsius pretio disputandum haberes? & ita fieri olim solebat interposita stipulatione, *l.certo pretio* 14. *D. de quæst.* Potest etiam fieri vt dederis non æstimatum, quòd eum tibi omnimodo reddi velles, si non reus furti probaretur. De non æstimato tractat Pomponius *in d.l.pen.* De æstimato Papinianus *in leg. si dominus* 8. *D. de præscript. verb.* Æstimatio solet quidem facere emptionem & venditionem, *l.plerumque* 10. §. *si ante in fin.* & §. *seq.l.quoties* 16. *D.de iur. dot.l.*1. §. *vlt.D de æstim.act.* Sed non semper. Quid enim si conuenerit, vt res æstimatæ ex ipsæ reddantur habita ratione augmenti & diminutionis, *in l. æstimatis* 50. *D. solut. matr.* Placet non minus esse illas reddendas quam si æstimatio nulla interuenisset *d.l. æstimatis*. Cum hoc casu in placitis specierum reddendarum ideò pretiorum nomen annexum videatur vt si species aliqua diminuta fuisset, aut perdita, alio pretio quàm quo taxata fuerat, reposceretur, vt eleganter Imperatores explicant *in leg.si vxor.* 21. *Cod. de iur. dot.* Denique non tam vendito in hac specie contrahitur, quàm summa declaratur, vt loquitur Papinianus *in leg. cùm post* 69. §. *cum res in dotem*, *D eod.* Ergo tùm quoque cùm seruum tuum in de furto suspectum quæ stionis habendæ gratia tradidisti Attio æstimatum. Distinctio eadem adhiberi potest, & adhibenda est quæ adhibetur si non æstimatum tradidisses. An scilicet hominem Attij feceris, an tuum remanere volueris, quamuis Accursius noster contrà sentiat, qui Pomponium aliud respondisse fuisse putat, & actionem præscriptis verbis eum Papiniano datum, Si seruus in ea specie fuisset traditus æstimatus. Priore casu si non tibi reddatur secundùm formam interpositæ conuentionis, poteris cum Attio agere dari eam tibi oportere, adeóque tametsi vel in tormentis mortuus sit, vel præfecto vigilum traditus qui eum quamuis innocentem nec deprehensum furti reum summo supplicio affecerit, vt *in d.l.pen.* quia & ante mortem dari eum tibi oportuerat, quemadmodum ibidem Pomponius ratiocinatur. Posteriore verò furti cum Attio agere poteris, quia verum est eum re tua ita vsum esse vt sciret se inuito domino vti, aut dominum si sciret, prohibiturum esse. Sed & ad exhibendum actio tibi competet, vt exhibitum seruum si adhuc viuit, vindicare possis, quia tuus mansit, Aut vt quanti tua interest consequaris, si seruus per eum cuius dolo malo Attij per quem factum sit ne exhiberi nunc possit. Atque ita in seruo non æstimato concludit Pomponius ex Proculi sententia *in dict. l. pen.* contra Labeonem, qui eo quoque casu quo condicere seruum posses, & intendere dari tibi oportere, id est quo seruum Attij fecisses, dabat etiam tibi actionem ad exhibendum quoniam fecisset Attius, quominùs exhiberet. Quasi actio ad exhibendum quæ vindicationis præparatoria est possit cum condictione concurrere: quod vtique non magis fieri potest quàm vt vindicatio ipsa cum condictione concurrat nisi contra furem, §. *sic itaque Inst. de act.l.vlt D.vsufr.quem caueat.* Dices fortasse pro tuenda Labeonis opinione, malam esse Proculi reprehensionem, cùm vel ipso fatente Proculo Attius in hoc casu fur sit, & furtum fecerit, qui rem tuam te inuito contrectauit. Mirum igitur non esse vt & condictione, & vindicatione, & actione ad exhibendum tibi teneatur illo etiam casu quo seruum eius feceris. Sed obseruandum est, Proculum & Labeonem cùm de danda tibi condictione locuti sunt, id est ea actione per quam intendas dari tibi seruum oportere, non de condictione furtiua sensisse quæ soli domino competit *l.*1. *D.de cond.furt.* sed de condictione ob causam dati, quæ domino nunquam

quam competit, sed ei soli qui rem suam dando, id est dominium transferendo (est enim hoc demùm *dare* dominium transferre, *l. ubi autem 75. §. ult. De verb. oblig.*) hoc ipso dominus esse desiit. Ideò enim dicebat Proculus ita demùm permittendum tibi esse seruum condicere & intendere dari tibi oportere, si hominem Attij fecisses: quo tamen casu non poterat Attius rei suæ furtum facere, nec eo nomine aut actione furti aut condictione furtiua conueniri. Porrò quo casu furtiua condictio idcirco non competit, quòd actor dominus non sit, certum est nec vindicationem posse competere, nec actionem ad exhibendum quæ vindicationis præparatoria est, & propter vindicationes potissimùm introducta, *l. 1. D. ad exhib.* quoniam eadem hac parte vindicationis, & condictionis furtiuæ causa atque origo est, Nisi quòd vindicatio sola dominij probatione contenta est ex parte actoris, & probatione possessionis ex parte illius qui conuenitur: Condictio autem furtiua præter dominij probationem ex parte actoris etiã furti probationem ex parte rei exigit, cùm non competat nisi contra furem vel furis hæredem, *l. ex furtiua 5. D. de cond. furt.* à quo autem res furtiua possideatur, non curat *§. ult. Inst. de oblig. quæ ex malef. nasc.* In proposita igitur specie, cùm hominem, qui tuus erat Attij feceris, neque condictionem furtiuam aduersus eum habere potes, neque vindicationem, neque ad exhibendum actionem: quia neque tu dominus es, neque fur ille. Sed si seruum tuum sic Attio tradideris vt tamen tuus manserit, hoc demùm casu actiones tibi omnes istæ competent id est non minùs condictio furtiua quàm cæteræ, vt & in *l. si gratuitam 17. §. Papinianus*, aliàs *l. si rem tibi, De præscr. verb.* Sed non competit condictio ob causam dati, quæ cùm furtiua condictione non magis concurrere vnquam potest, quàm cum vindicatione. Et ita locus ille Pomponij explicandus est, ac præterea in eo obseruandum quod præfectus vigilum cui lex ponit traditum fuisse seruum ad habendam de eo quæstionem, quamuis imperium merum non haberet neque gladij potestatem, vltimo illum supplicio affecit, & quidem per iniuriam non quòd ad ipsum eius rei cognitio & iurisdictio non pertinet (pertinebat enim vt constat ex *l. interdum 56. §. qui furem D. de furt.*) sed quia nec habita esset quæstio de seruo, nec de illo compertum quicquam, quòd vel reus vel conscius furti fuisset. Proinde non valdè refert an dicamus fuisse hunc seruum affectum summo supplicio quasi deprehensum in furto, an quasi in alio facinore, quamuis Græci quos Cuiac. sequitur, ista distinguant. Adeò nimirum serui apud Romanos pro nullis habebantur, vt magistratus quilibet iniuriam iis facere necémque inferre posset, salua domino actione iniuriarum. (Nec enim vlla impunè vnquam à magistratu fit iniuria, *l. nec magistratibus 32. D. de iniur.*) Nam & priuato qui idem fecisset non alia pœna irrogabatur, quàm vt lege Aquilia teneretur, perinde acsi alienam quadrupedem occidisset *l. 2. D. ad l. Aquil.* Quod ab Accursio nostro aliisque Interpretibus non satis obseruatum fuit, qui vltimum supplicium de quo Pomponius loquitur, capitis supplicium interpretatur. Esset enim bona interpretatio in homine libero, qui caput in ciuitate habet, *l. capitalium 28. & l. seq. D. de pœn.* sed non est bona in seruo qui nec caput existimationem habet, *l. 3. §. ult. & seq. D. de capit. minut. l. quod attinet 32. de reg. iur.* Atque hæc quidem in seruo non æstimato ita tractat Pomponius *in d. l. pen.* quasi nulla domino alia competat actio, quàm ob causam dati si seruus quem ita tradidit vt tamen accipientem non fecerit dominum, ei non reddatur.

At Papinianus *in d. l. si dominus* eandem tractans speciem, nisi quòd ponit seruum traditum fuisse æstimatum, dat ciuilem præscriptis verbis incerti actionem domino contra eum, qui seruum quem reddere debuerat non reddit. Hoc enim est quod ille sibi vult iis verbis *ciuiliter agi posse*, vt idem ipse explicat cùm ad aliam quæstionem in posteriore legis parte propositam respondens, ita scribit, *præscriptis verbis incerti, & hic agi posse.* Actio autem præscriptis verbis incerti non condictio est per quã intendat actor rem sibi dari oportere, quæ si certa, Sed alia species actionis, per quam non ad aliud agitur, quàm ad id quod interest, obidque incerti appellatur, *l. naturalis 5. §. 1.* iis verbis *in qua actione id veniet, non vt reddas quod acceperis De præscrip. verb.* Etsi autem de condictione ob causam dati, vel concedenda, vel deneganda nihil Papinianus addit, hoc ipso tamen, quod dat actionem incerti præscriptis verbis, excludere videri possit condictionem ob causam dati, quæ sicut non nisi certi condictio esse potest, ita cum actione incerti non videtur posse concurrere, *l. 1 §. ult. D. de rer. permut. l. quoniam 5. C. eod. l. si tibi 7. l. si gratuitam 17. §. Papinianus* aliàs, *l. si rem tibi De præscript. verb. l. ult. D. de cond. caus. dat.* Sed non ita est: Nam imò verò potest eodem casu & actio præscriptis verbis & condictio ob rem dati re non secuta locum habere licèt non ad idem sed ad diuersa *dict. l. naturalis §. 2. l. cùm precibus 4 seq. l. emptionem 7. C. de rer. permut.* In quo tamen notandum est, Longè esse hæc differentia, Tradi quid certa lege, & Tradi sub certa causa, vel quod idem est, ob certam causam. Quicquid traditur ob certam causam, traditur etiam certa lege, Sed non è contrario quicquid certa lege traditur, etiam traditur ob certam causam. Rebus certa lege traditis si huic non pareatur, Præscriptis verbis incerti ciuilem dandam actionem iuris authoritas demonstrat. Inquit *l. rebus 6. C. de rer. permut.* vbi lego *incerti* non *incertam.* Nec enim præscriptis verbis actio quamuis incerti sit, incerta tamen esse potest, vt nec alia vlla actio quæ in iudicium deducatur. Quomodo enim posset dari certa formula, & sequi certa condemnatio ex incerta actione? Potest quidem incerta esse actionis materia, vt cùm incertam stipulationem dicimus, quæ interposita est de re incerta *l. stipulationum 74. De verb. oblig. & Inst. eod. tit. in princ.* Sed non potest actio esse incerta, ne tùm quidem cùm est incerti, Obidque necessariò comparanda fuit actio Præscriptis verbis, vt tutiùs agi posset, nec cogeretur actor incertam actionem proponere, id est quæ an competeret necne, incertum esset *d. l. si gratuitam in princ. & l. Titius 14. & pass. De præscript. verbor.* Actio namque nomen iuris est Ius autem certum semper est & finitum, *leg. 2. D. de iur. & fact. ignor.* Dicitur verò incerti quoties datur ad id quod interest, qualis ea est quæ nascitur ex contractu Do vt des, de qua Paulus *in l. naturalis 5. paragrapho 2. De præscript. verb.* At rebus ob certam causam traditis, quæ secuta non sit, nulla inde obligatio alia nasci potest, quàm ob rem dati re non secuta *d. l. pen. & ult. De cond. caus. dat. l. emptionem 7. in fin. C. de rer. permut.* Licèt ea obligatio possit parere non tantùm condictionem ob causam dati, sed etiam ciuilem actionem præscriptis verbis ad id quod interest, vt euenit in contractu Do vt des *d. l. naturalis § 1.* Nempe quia in eo contracto non tantùm ob causam datur, sed etiam certa lege, quæ res & obligationem & actionem ciuilem inducit. In traditione quæ fit ex permutationis placito præcedente, aliud est. Fit enim illa traditio ob causam tantùm, non etiam certa lege, & ideò ex eiusmodi placito

permut

permutationis secuta traditione ex vna parte nascitur quidem actio præscriptis verbis, & ipsa bonæ fidei *paragrapho actionum institutione de action.* quia permutatio proximè accedit ad emptionem & vicem emptionis obtinet *l. 2. C. de rer. permut. l. 1. & 2. D. eod.* Sed non quæ incerti dici possit, quia non datur ad id quod interest vt illa quæ lex contractu Do vt des, sed ad hoc tantùm vt vel placitis pareatur, vel quod datu fuerit restituatur, vt *in 1. §. vlt. l. cùm precibus 4. C. eod.* Ex quibus locis apparet, quod diximus Præscriptis verbis incerti ciuilem actionem posse cum condictione ob causam dati concurrere, Ita esse accipiendũ, nisi eo casu, quo præscriptis verbis actio in id datur vt quod ob causam datum est se non secuta restituatur. Tunc enim non admittit concursũ illius condictionis ob causam dati: Non tam quòd frustra esset dare condictionem illam ei qui id ipsum consequi possit per actionem Præscriptis verbis, Maximè cùm actio præscriptis verbis deriuet ex negotio gesto: Condictio autem ex tacita obligatione quæ nascitur plerumque ex re ad id quod ex pressim agit. *l. is qui 13. in fin. D. commod.* Quã quia multùm intersit an quod datum est, condicatur per condictionem ob causam dati, An verò per actione Præscriptis verbis. Etenim per condictionem nihil nisi præcisa rei restitutio intenditur, nec ad aliud condẽnari potest is qui ea actione cõuenitur, quàm vt reddat quod ob causam accepit, quasi re non secuta. At per actione præscriptis verbis duo semper intenduntur, Nimirum vt vel placitis, pareatur promissaq; seruentur, Vel quod ob causam datum fuit causa non secuta restituatur, prout reus ipse elegerit si actio præscriptis verbis non sit incerti vt *in d. l. 1 in fin. & d. l. cùm precibus*, Nam si sit incerti, nõ datur præcisè nisi ad id quod interest, non autem ad repetitionem eius quod datum est, quamuis eo casu admittat concursum condictionis si malit actor id quod suum fuit condicere quàm incerti agere, vt *in d. l. quoniam & l. emptionem 7. eod. d. l. naturalis §. 1.* Sic namque leges illæ quæ alioqui pugnãtes videntur conciliandæ sũt. Hi enim posteriores loci sunt de actione Præscriptis verbis quæ nascitur ex contractu Do vt des, quę cùm non sit bonæ fidei reum strictiùs obligat, vt semel obligatus ad id quod interest actoris non possit effugere condemnatione etiam si placita implere posteà velit, nisi actor deferat conditione, quod Paul. significat *in d. l. natural. §. 1. his verbis vel si meum recipere velim* & Impp. *in d. l. quoniam ibi ficut postul & in d. l. emption.* in illo loco *pro desid. tuo*, Priores autem duæ leges sunt de actione Præscriptis verbis quæ oritur ex permutatione quæ sicut bonæ fidei est *d. § actiõ.* ita facilius admittit purgationem moræ, & vt liberũ sit reo præstare quod promisit, quasi non sit ex bona fide vt agere vel incipiat vel perseueret is, cui paratus sit aduersarius pręstare quicquid promisit. Vbi etiam obseruãdum est, Omnem quidem incerti ciuilem actionem (quo nomine nunquam incerti condictio significatur, licèt ipsa etiã ciuilis sit) esse præscriptis verbis, Sed non è conuerso omnem præscriptis verbis actionem esse incerti, Et rursum, Actionem præscriptis verbis incerti semper strictam esse nunquam bonæ fidei, vt nec aliam vllam nisi quæ ex permutatione datur vel ex æstimatione quæ æstimatoria appellatur *in l. 1. & in. De æstim. act.* & de æstimato *in d. § act. Inst. de act.* Et hæc iungẽda sunt iis quę De contractu Do vt des scripsimus in libris Coniect. quãquam de tota illa quæstione scribendum aliàs nobis erit pluribus contra eos qui tam pertinaciter defendunt Contractum Do vt des à permutatione non differre.

ERROR VI.

De conciliatione Pomponij in l pen. De condict. caus. dat. cum Papinian in d l si dominus. De præscr. verb.

Ergo vt ad Papinianum redeamus, An dicendum erit dissensisse illum à Proculo, Labeone & Pomponio in eo, quòd dederunt illi condictionem ob causam dati causa non secuta *in d. l. penult.* Papinianus autem actionem incerti præscriptis verbis *in d. l. si dominus.* Minimè verò. Alia enim species est quam illi tractant, alia quam Papinianus. Non tantùm in eo, quòd illi de seruo non æstimato, Papinianus de æstimato (parum enim hoc refert, vt diximus, cùm æstimatio non venditionis animo facta est) sed in eo potissimùm, quòd ponunt illi seruum traditum habendæ quæstionis causa factum esse accipientis, Alioqui non posset actor intendere dari eum sibi oportere quæ condictionum omnium natura est, cùm dare nihil aliud sit quàm dominium transferre *paragrapho sic itaque Instit. de actio in legis vbi autem septuagesimaquinta, paragrapho vlt. De verb. oblig.* Papinianus autem ponit non fuisse factum accipientis, vt ex eo constat quod ait potuisse illum ab accipiente retinere si dominus pro eo pecuniam elegisset Non enim posset dominus non eligere pecuniam si venditionis contrahendæ gratia, & animo transferendi dominij seruum æstimatum dedisset *d. l. plerumque 10. §. si ante & seq d. l. quoties 16. D. de iur. dot.* præsertim cùm non poneretur expressim conuentum vt seruus redderetur, quomodo in specie *d. l. penult.* Quare & tota ea lege Papinianus dominum vocat eum qui tradidit seruum & pecuniã accepit, nec tam datum seruum fuisse quàm traditum significat iis verbis *qui traditum accepit.* Mirum igitur non est, non dari à Papiniano condictionem ob causam dati in ea specie in qua dominium translatum non fuerat, & in qua præterea proponebatur causa secuta ob quam traditus erat seruus. Ideò enim traditus fuerat vt de eo quęstio haberetur. Quęstio autem de ipso habita, nec tamen quicquam eõpertum fuerat vt lex aliquod apud Pomponium diuersũ est, vbi quamuis traditus esset seruus in quæstionem & sub ea causa, id est, ob vnã illam causam vt quæstionã dederetur, Addito insuper eo pacto vt si crimen in eo compertum non fuisset, redderetur, Non tamen quæstioni traditus fuerat, sed Præfecto vigilum, quasi in facinore deprehensus, & subinde ab eo affectus summo supplicio, nulla priùs de eo habita quæstione. Quæ res inducebat proculdubio condictionem ob causam dati causa non secuta, concurrente vtroque vt & dominium serui translatum esset in accipientem sub ea causa vt quæstioni subiiceretur, & causa illa secuta non fuisset: Cùm tamen in Papiniani specie non tam datus, quàm traditus esset seruus, causa verò propter quam traditus erat, secuta esset, habita de illo quæstione. Cessante igitur condictione ob causam dati propter duplicem hanc rationem, consequens erat vt vel nullam actionem in hac specie domino competere Papinianus diceret, vel incerti actionem præscriptis verbis in eam rem daret. Quid igitur si dominus apud Papinianum serui dominium in accipientem transtulisset? An eo magis non reddito seruo aut condictionem incerti dedisset ei qui dominus esse desierat, aut actionem incerti præscriptis verbis ei denegasset? Et quidem condictionẽ ob causam dati causa non secuta illud semper impediret quod ponit Papin. vt iam diximus secutã fuisse causam, & habitam de seruo quæstionem. Non enim

ea fuerat causa tradendi serui vt redderetur, sed vt de eo haberetur quæstio. Quod autem siue expressè, siue tacitè conuenerat vt redderetur, lex erat traditioni dicta, & quæ non impleta dubitationi locum facit, Qua demum actione consuli oporteat ei cui seruus reddi debuit Atque ita legendus & interpungendus est Pomponius *in d. l. pen.* vt vnico contextu scripta sint ea verba *dedisti eum in quæstionem sub ea causa*: & subiecto commate, sequator *vt si id repertum in eo non esset, redderetur*: quibus verbis non causa dationis sed pactum dationi adiectum significetur. Nihil enim commune habet causa cum pacto, Nec nisi stultè possit quia id quod lex ait *sub ea causa* sic interpretari, acsi scriptum esset *sub eo pacto*. Porrò nomen ipsum condictionis quam dicimus ob causam dati causa non secuta, ostendit satis non posse illam competere quoties causa propter quam datum aliquid est, secuta fuit. Aliam igitur actionem dari necesse est, si lex traditioni dicta non impleatur, vt actoris indemnitati satisfiat. Quam verò aliam, nisi Præscriptis verbis? Nam & ipsa competeret ex contractu Do vt des, vt diximus ex *dict. l. naturalis §. 1. de præscr. verb.* Nec tamen puto, vt ad posteriorem suprà propositam dubitationem respondeam, idem fuisse responsurum Papinianum & actionem præscriptis verbis daturũ domino serui, ad hoc vt sibi redderetur, si serui dominium in accipiẽtem translatum fuisset. Etsi enim verum est, Ex contractu Do vt des nasci actionem præscriptis verbis ciuilem ad id quod interest, *d. l. natural. §. 1.* Id tamen in proposita specie non videtur dici posse in qua tractamus de contractu non tam Do vt des, quàm Do vt reddas. Non quòd hæc contractus species sub illo velut suo genere non comprehendatur, siquidem Reddendi verbum etiam dandi habet significationẽ *l. verbum reddendi 94. de verb. sign. l. hæres meus* 100. *de leg. 3.* & rectè intendimus dari nobis debere quod reddi nobis debeat si dominium à nobis abscesserit *d. l. pen.* Sed quia actio illa Præscriptis verbis incerti ad id quod interest quæ nascitur ex contractu Do vt des duplicem tantùm habet intentionem, Vt vel præstetur id de quo dando conuenit, vel id quod interest ob non datam eam rem quę dari vicissim debuit. Ad hoc verò vt reddatur idipsum quod datum est, nunquam competit, sufficiente sc. in eam rem condictione, si id actor elegerit *d. l. naturalis §. 1. d. l. quoniã §.* & *l. emptionem 7. l. vlt. C. de rer. perm.* Cui potiò distinctioni locus nullus esse potest, cũ agitur ex contractu Do vt reddas, quoniam idipsum quod eo casu implendum, & præstandum est, nihil aliud est quàm vt res data reddatur. Quod vt fiat, sufficit cõdictio ob rẽ dati re nõ secuta, neq; vlla ciuilis alia actio necessaria est. Ideoq; benè Proculus, Labeo & Pomp. dederunt hoc casu condictionẽ ob causã dati causa nõ secuta, nec mentionem vllam addiderũt actionis Præscriptis verbis, quam vtique non prætermisissent si eam competere putassent. Ex quo intelligimus, quid respondendum sit si quis quęrat, Cur ergo in Papin. specie detur ciuilis actio incerti præscriptis verbis ad id quod interest. Nempe quia condictio eo casu competere nulla potest, non translato domino ab eo qui tradidit in accipientem. Nec æquum tamen est decipi eum qui rem suam certa lege tradidit, nec aliter fuit traditurus: Quomodo deciperetur si nullã eo nomine actionem haberet Dandáq; potiùs ei esset actio de dolo aliis omnibus deficientibus vt in specie *d. l. natural. §. quod si faciã*. Nisi actionẽ ciuilẽ illud indoceret quod quoties dominus rem suã tradit certa lege, non nudũ pactũ est, sed contrahitur haud dubiè sinallagma ex quo fieri nequit vt ciuilis obligatio & actio non oriatur *d. l. iuris gentium 7. §. 2. l. de pact.* Tantò magis autẽ in casu proposito, quod cùm serui traditi dominium non fuit translatum in accipientem, quem casum à Papiniano tractari docuimus, Promissio serui reddendi nihil nisi nudi facti promissio est, Tradendi scilicet & restituendi serui, Quo non secuto succedit necessariò præstatio eius quod interest, quod ipsum, vt constanter defendimus, ciuili actione incerti semper petendum est, quia semper incertum est: nunquam condictione certi, quia nunquam certum est. At difficilior illa dubitatio est quæ semper manere videtur, Cur non ergo in specie Pomponij competat actio incerti ciuilis præscriptis verbis, cùm negari non possit quin negotium ibi gestum sit & quidem illud ipsum quod in specie Papiniani, Nisi quòd Pomponium hoc amplius est, quod pactum expressum interuenerat vt si habita de seruo quæstione nihil de eo compertum esset, is redderetur. Quæ. n. hucusque attulimus eò tantùm pertinent, vt sciamus cur condictionem ob causam dati non dederit Papinianus quam dabat Pomponius, Aut cur actionem incerti ciuilem Papinianus dederit, sed non vt sciamus cur non hãc æquè Pomponius. An quia tractat Pomponius de seruo tradito non æstimato? vt Accursius ait. Sed iã ostẽdimus nihil hic facere æstimationẽ nisi cùm animo contrahendæ venditionis & trãsferendi dominij facta est, Quo casu indulgere quidẽ faciliùs posset cõdictionẽ ob causã & rẽ dati, sed non incerti ciuilem actionem præscriptis verbis de qua sola nunc disputamus. Verùm huic quoque dubitationi iam nos satisfecimus, cùm diximus Ex contractu Do vt reddas non posse nasci actionem Præscriptis verbis ad implendum placitum, id est ad hoc vt res data reddatur, quia sufficere possit in eam rem condictio, Cùm etiã ex contractu Do vt des nunquam detur actio incerti præscriptis verbis ad hoc vt quod datum est reddatur *d. l. naturalis §. 1.* Quam tamen actionem dari necesse est cùm serui dominium, vt apud Papinianũ, in accipientem translatum non est, quia condictio habere locum eo casu non potest Replicabis hunc quoq; casum à Pompon. & Proculo tractatum fuisse in posteriore parte *d. l. pen.* nec tamẽ dedisse illos domino, qui manserit dominus, actionem Præscriptis verbis incerti ad id quod interest, sed actionem furti & ad exhibendum. Semper igitur illud verum manere dissensisse Papin. à cæteris Possem respondere, obiectionem non vigere, quæ facta sit à negatione. Non enim cõsequens esse vt quia nihil Labeo, Proculus, & Pomponius discunt de actione Præscriptis verbis domino danda, dari eam deberè non putauerint, Alioqui perinde, posses inferre, Nec putasse illos competere in ea specie furtiuam condictionem, de qua tamen dubitare nemo potest, quin competat aduersus furẽ, qui & furti actione conuenjatur, vt in specie *l. si gratuitam 17. §. Papinianus* aliàs *l. si rem tibi D. de præscrip. verb.* Sed malo respondere, Nullam ideò mentionem illos fecisse actionis Præscriptis verbis, quia competere in illa specie nõ possit, propterea quòd seruus reddendus erat, iam tum mortuus & summo supplicio affectus proponebatur, Vt proinde ampliùs agi non esset ad implendum placitũ, id est vt idẽ ille seruus redderetur, qui tamen primus ac præcipuus finis est actionis Præscriptis verbis *d. l. cum precibus, & l. seq. l. vlt. C. de rer. permu:* ita vt non aliter possit ex ea sequi cõdemnatio ad id quod interest quàm si priùs ad hoc actum sit, vt placito pareatur, *d. l. ob eã causam 9 D. de præscr. verb.* At apud Papinian cùm adhuc seruus viueret, agi poterat ciuiliter vt redderetur, aut si eum reddere reus nollet, ad id quod agentis intererat, condemnaretur sicut *in d. l. ob eam causam* Addamus, quod postremum nec minùs notandum erit, Non potuisse apud Pomponium in posteriore

legis

legis specie tractari de actione Præscriptis verbis, cum aliæ actiones competerent, furti scilicet & Ad exhibendum vt lex ait, quibus possis etiam addere conditionem, vt diximus furtiuam. Eadem illa ratione propter quam dabat Proculus actionem furti quod is qui seruum acceperat ita esset vsus re aliena, vt sciret se inuito domino vti aut dominum si sciret prohibiturum esse. Nec enim aliter agi potest præscriptis verbis, quàm si filiæ actiones omnes deficiant, nullaque vulgaris, visitata & nominata actio competat *l. 1. 2. 3. & 4. & pass. De præscr. verb.* Et quod ad rem nostram propiùs accedit, Præscriptis verbis agi non posse quoties furti, & conditione furtiua & ad exhibendum agi potest, docet non obscurè Papinianus quem Vlpian. refert probátque *in d. l. si gratuitam 17. §. Papinianus*, aliàs *l. si rem tibi eod. tit.* vbi ait Si rem tibi inspiciendam dedi, & tu dicas te perdidisse ita demùm præscriptis verbis actionem mihi competere si ignorem vbi sit, Nam si mihi liqueat apud te esse, possum, inquit, furti agere vel ad exhibendum vel condicere, conditione scilicet furtiua, quamuis actiones illæ omnes non tam ex negotio gesto, quàm ex furto dolóque tuo nascantur. Non addit, Non etiam præscriptis verbis quia nec addendum fuit, quod satis apertè ea illo sequebatur. Secundum quam distinctionem veique accipiendum est, quod de furti actione hoc casu danda ea eodem Papiniano generalius scriptum est *in lege rem respiciendam 78. D. de furt.* Nisi quòd vt furti actio competat, illud quoque omnino requiritur quod eo loco addit Papinianus vt periculum spectet ad eum, qui rem inspiciendam dedit. Alioqui non potest quicquam videri eius interesse. At in specie *d. l. si dominus*, in qua Papinianus dat domino ciuilem actionem Præscriptis verbis, nec furti agere poterat dominus nec conditione furtiua, nec ad exhibendum, quia non fuerat vsus re aliena inuito domino cùm eum seruum quem habendæ quæstionis gratia à domino ipso acceperat quæstioni [illegible] sùm subiecisset, nec in eo aliquid contra domini voluntatem fecisset. Quid? An non saltem hodie furtum facit & re aliena inuito domino vtitur, qui seruum quem ea pacto reddere debuerat, non reddit? Verùm facilè fieri potest vt nec si velit, possit tamen reddere, non eo magis sit in dolo, Non solùm eo casu quo seruus vel in tormentis perierit, vel de seipso confessus ab eo retineri impunè potuerit qui eum quæstioni subiecit, (nec enim hos casus tractat Papin. cùm dat domino ciuile præscriptis verbis actionē, non magis quàm illū quo dominus pecuniā exegerit, de quibus sequenti cap. dicemus) Sed etiam si fortè post habitam quæstionem per magistratus incuriam aliténe sine dolo malo promissoris effugerit. Quo casu sicut dici non potest furti actione aut ad exhibendum aut furtiua conditione teneri eum debere, Ita nec de illo dubitari, quin conueniri possit ciuili actione Præscriptis verbis vt actoris indemnitati consulatur.

ERROR VII.

De emendatione d. l. si dominus 8. D. de præscript. verb.

PErgamus iam ad reliquam Papinianeæ legis nostræ interpretationem & emendationem. Supersunt enim multa satis obscura, & aliter quàm ab interpretibus factum sit, explicanda. Papinianus postquàm ad quæstionem initio legis propositam respondit, Si dominus seruum, cùm furti argueretur quæstionis habendæ gratia æstimandum dedisset, neque de eo compertum quicquam fuisset, & is non redderetur, eo nomine ciuiliter agi posse, id est vt interpretati sumus ciuili actione incerti præscriptis, Subiungit, Aliquo tamen casu potuisse contingere vt qui traditum seruum acceperat eum retineret, ne ad ipsius restitutionem actione vlla vrgeri posset. Nempe si vel dominus pro eo pecuniam elegisset, siue in admisso facinore furtóque ipso deprehensus seruus fuisset. Tunc enim, inquit, hoc est posteriore casu etiam datam æstimationem reddi à domino oportere. Duo igitur sunt casus in quibus hic seruus, etiam de quo reddendo siue expressè siue tacitè conuenerit, impunè retineri potest Et quidem optima in vtroque casu ratione. Nam cùm dominus pecuniam pro seruo eligit, hoc ipso satis voluntatem suā declarat, quòd dando seruum æstimatum voluerit æstimationem, quamuis non ab initio factam venditionis causa, ea post facto tamen euadere in venditionem. Cùm alioqui euenire necesse esset vt nullo iure pecuniam eligeret pro seruo, cuius dominium sibi adhuc retinere vellet. Vtrumque enim habere non poterit, ne tùm quidem cùm æstimatio venditionem ab initio non fecit *l. si ant. 21. C. de iur. dot.* Cùm verò seruus in admisso deprehensus fuit, nulla ratio est, vt is, qui quæstionis habendæ gratia traditum sibi seruum acceperat, cogatur eum reddere. Siue quòd etiamsi nihil de eo in tradendo seruo dictū proponatur, id tamen inter contrahentes tacitè actū videri debeat vt in eum casum non redderetur, Præsertim cùm vulgaris conuentio in contrarium casum concipi soleret, vt redderetur seruus si nihil in eo compertum esset, quemadmodum in specie *l. penult. D. de cond. caus. dat.* quibus verbis credendum est concipi solitā fuisse stipulationem quam eo casu interponi moris erat, vt Modestinus refert *in l. certo pret. 19. D. de q.* Siue quòd cùm seruus furti reus cōpertus est per habitā de ipso quæst. possit dominus eo nomine furti actione noxali conueniri, per quam cogatur aut litis, damnique æstimationem præstare aut seruum pro noxa dedere. Cui non enim videatur æquum dari retentionem ei qui furtum pássus est qui seruum non tenetet, vltrò agere ea ea causa posset? Nimirum si non mallet dominus damnum decidere & seruum recuperare. Nec enim hoc ei denegare quisquam possit, cùm nec ipsa noxæ deditio in petitione fit, sed tantùm in præstatione *l. miles 6. §. 1. D. de re iudic. & tot. tit. De noxal. act.* Adeò autem verum esse posse seruum, quem furti conscium esse habita de ipso quæstio probauit, ab eo cui traditus fuerit retineri, vt & pecuniam, quā pro eo protogatam dominus accepit cùm traderet illum æstimatū, reddere dominus debeat ei qui dedit, Cuius sc retinēdę causā nullā iustā habere potest, quia neq; ex parte alterius qui dedit, causa vlla fuit dādę. Cùm per noxalem furti actionē potuerat is qui dedit adigere dominū vt vel integram plenámque furti æstimationē præstaret, vel seruū pro noxa dederet. Tantū abest vt ad pecuniā pro seruo dandam ipse adigi vllo iure potuerit. Cùm verò ita Pap. scribat, *tunc enim & datam æstimat. reddi à domino oportere*, intelligamus eam speciem à Papin. tractari in qua is cui seruus traditus fuerat æstimatus, pecuniam æstimationis eo nomine prorogauerat & in antecessum dederat. Alioqui non posset quæri de reddenda per dominum pecunia quæ promissa tantùm ipsi fuisset, non etiam soluta. Et verò cùm sequentibus Papiniani verbis appareat nullam in illa specie interpositam fuisse de reddendo seruo stipulationem, quæ solebat interponi *d. l. certo pretio*, Credibile est eoo adeò incautum fuisse dominum, vt nec pecuniam sibi prorogari vellet, in qua vtique plus cautionis spectare poterat

Quàm in stipulatione, quæ paritura tantùm esset actionem in personam *vulg. l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Vt scilicet ea pecunia esset velut pignoris loco si seruus non redderetur, quem habere dominus mallet, Aut loco pretij si pro seruo pecuniam eligere dominus vellet. Hoc verò ita supposito, non possum intelligere, quid illud sit, quod subinde Papinianus quærit, Qua actione pecunia si eam dominus elegerit peti possit. Quid enim quærendum est de petenda pecunia, quæ iam soluta sit & prorogata, Vel de reddenda ea quam is qui seruum accepit, nunquam numerauerit? Sed & cùm vtroque isto casu tractetur de pecunia petenda, Priore quidem si dominus elegerit pecuniam quæ nondum soluta sit, Posteriore verò si dominus acceperit pecuniam, quam reddere debeat, Probabile est, sicuti vterque casus eandem quæstionem admittit, Quanam actione pecunia hæc peti possit siue à domino qui eam pro seruo eligere voluerit, siue ab eo qui seruum accipiens æstimatum pecuniam æstimationis iam tùm pro eo soluerit, Ita & ad vtriusque casus quæstionem Papinianum respondisse neque indecisam eam reliquisse quæ maioris dubitationis plena videbatur. Quemadmodum enim difficilius est, vt pecunia data pro seruo accepto habendæ quæstionis gratia repeti possit post habitam de seruo quæstionem, tametsi compertus sit seruus furti reus, quia non eo minùs verum est causam, propter quam pecunia data fuerat secutam fuisse, nec fieri amplius posse vt habeatur pro non secuta, non magis quàm vt seruus re vera tortus, nunquam tormentis & quæstioni datus fuisse intelligatur: Sic & difficilius illud videtur, quænam in eam rem actio possit competere. Quis ergo credat quæstionem hanc à Papiniano fuisse prætermissam? Præsertim verò in libris Quæstionum in quibus ille nouas sibi pro arbitrio quæstiones fingere solet, & quantum facere potest arduas & subtiles, vt ingenij sui acumen mirabile & faciliùs prodat, & feliciùs exerceat. Credam potiùs vel ad posteriorem hanc solam quæstionem responsum ab eo fuisse, cùm in specie quam tractabat, nullus priori locus relinqueretur propter acceptam à domino priùs quàm electam pro seruo pecuniã, Vel quod sanè conuenientius fuerit, sic propositam fuisse quæstionem vt ad vtrumque casum accommodari possit, ne quid indecisum relinquatur. Vtrumuis autem à Papiniano factum quis dicat, semper delenda sunt meo iudicio verba illa, quæ interpretationem nostram non patiuntur, *si eam dominus elegisset*, cęteráque sola retinenda, *sed quæsitum est qua actione pecunia peti posset*. Nam cùm sint generalia, facilè possunt in vtrumque casum sic accipi vt quærat Papinianus, non solùm qua actione peti posset pecunia, quam immediatè anteà dixerat & datam fuisse domino, & ab ipso reddi oportere illo casu quo de seruo compertum esset, quod furtum admisisset, Sed etiam qua actione posset dominus petere pecuniam & æstimationem serui in eum casum quo nec prorogata pecunia, nec per habitam quæstionem de seruo compertum quicquam fuisset, ac nihilominùs pecuniam dominus pro seruo elegisset. Omnia enim hæc concurrere oportet, vt quæstioni locus fieri possit de petenda per dominum pecunia & æstimatione serui. Duplex igitur dubitatio est. Sed vtraque de pecunia petenda, licèt vno casu à domino cui nondum soluta fuerit, Alio casu ab eo per quem fuerat, cùm traderetur seruus æstimatus, prorogata. Ad vtramque autem Papinianus vnicam affert responsionem his verbis, *Dixi tametsi quid inter eos ageretur verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset: si tamen ex contractus non lateret, præscriptis verbis incertò & hic agi posse.* Quibus verbis significat non solùm his casibus si pecunia petatur, locum esse actioni ciuili Præscriptis verbis incerti, sed etiam in priore legis specie in qua dixerat si seruus non redderetur, ciuiliter agi posse. Quid enim aliud significare possunt duo illa monosyllaba *&* *hic* nisi quòd significarent si esset additum *sicut & in superiore casu*. Dat ergo Papinianus actionem ciuilem incerti præscriptis verbis ad pecuniam petendam siue dominus eam petat vbi sibi soluatur pro seruo de quo innocente habita fuerit quæstio, siue is, qui eam prorogauerat, vt sibi reddatur postquàm seruum in admisso deprehensum fuisse apparuit, si stipulatio interposita fuisset, nihil aliud inquireremus, nisi quid in stipulationem deductum, quid promissum esset. Alia enim quæ omissa fuissent, pro omissis haberentur *l. quicquid astringendæ 99. De verb. obligat.* Et verò moris erat, vt diximus, in huiusmodi specie interponi stipulationem *dict. l. certo pretio*, & quidem in conclusione conuentionis, vt Papinianus noster innuit cùm ita loquitur *verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset*, Sicut & in cæteris casibus interponi stipulationes solebant in nouissima parte pactorum, inquit Vlpianus *in l. iuris gentium 7. §. quod ferè D. de pact.* tanquam quæ non nisi firmandarum aliarum conuentionum gratia adhiberentur, Ob eam nimirum causam dictæ à *stipulo* quo nomine veteres firmum significabãt, vt Iustin. docet initio *Tit. de verb. oblig.* Sed nulla interposita stipulatione id vnum relinquitur vt inspiciamus quid actum sit inter contrahentes. Potest autem quid actum esse duobus modis, aut nudo pacto, aut conuentione contractui incerta quæ contractui ipsi legem dederit. Priore casu nulla ex tali pacto nudo potest nasci actio sed exceptio duntaxat, adeóque nec si bonæ fidei contractus præcessisse probaretur *d. l. iuris gentium §. quinimò, l. pacta conuenta 72. de contrahent. empt.* Posteriore autem casu detur actio ex pacto, non quia non sit pactum, sed quia non est nudum. Id enim est quod addit Papinianus *nec videri nudum pactum interuenisse quoties certa lege dari probaretur* quomodo & ab Impp. rescriptum est *in l. vlt. C. de rer. permut* iis verbis *cùm huiusmodi conuentio non nudi pacti nomine censeatur, sed propriis rebus dicta legis substantia muniatur*, quod nec dissimiliter scriptum legimus *in l. legem 10. Cod. de pact.* & *in l. 1. Cod. de pact. conuent. tã sup dot.* aliisque locis quàm plurimis. Ex quibus apparet euidentissimè vt hoc obiter moneamus, quàm improbabiliter vir doctissimus Iacobus Cuiacius nouã illam opinionem inducere ausus sit, Quod omnia pacta sint nuda, nullũ nõ nudũ. Pactũ enim quod adiicitur cõtractui, stricto præsertim & innominato, quale illud est de quo nũc tractamus, neque nudum est vel fatente ipso Cuiacio, neque tamẽ eo minùs pactũ manet, Quamuis hoc neget Cuiacius, qui vult his casibus pactũ transire in nomẽ cõtractus. Omnino malè. Nam siue intelligit de speciali nomine contractus, Quomodo fieri obsecro potest, vt pactum transeat in nomen contractus innominati qui nullum ipse nomen habeat. Siue quod magis credo, sensit ipse de nomine cõtractus in genere, vt pactum ex nudo fiat contractus ille cui adiicitur, ne hoc quidem dici potest. Si enim transiret in contractum, quomodo posset dare legem contractui? Vtique non magis quàm sibi ipsi, cùm pactum ipsum contractus esset. Quoties itaque dicimus pactũ tale esse quòd det legem contractui, separamus necessariò pactum à contractu tanquam res diuersas & sensu & nomine, licèt de eo pacto nos semper loqui necesse sit, quod cohęreat cõtractui, & ipsi insit. Et hoc apparet euidentius ex eo quòd si pactum huiusmodi transiret in illum ipsum contractum

cui

cui adiicitur, siue nominatus esset contractus siue innominatus, consequens necessariò fieret, vt non alia ex pacto dari posset actio ad id quod pacto cóprehensum esset, quàm illa ipsa qua ex eo contractu competeret. Quod tamen non ita est. Id enim ad ea tantùm pacta pertinet quæ incontinenti post contractum bonæ fidei adiiciuntur, quorum singulare ius illud est vt non solùm insint contractui sed etiam informent actionem ex contractu competentem *d. l. iuris gentium §. quinimò D. de pact.* At quæ insunt contractui stricto & nominato puta mutuo (finge dedisse me tibi mutua mille, eo pacto addito vt pro me Romam eas) dant quidem legem contractui hactenus vt non minùs impleri oporteat, quod pacto quàm quod contractu promissũ fuit. Sed non informant actionem ex eodem illo contractu, vt eadem certi condictio ex mutuo, quæ mihi competit, ad mutua mille repetenda prosit etiam mihi ad cogendum te vt pro me Romam eas. Sed alia in eam rem actione opus est, quæ semper est Præscriptis verbis *vt in l. frumenti 17. Cod. de vsur.* Nisi cùm tractamus de pacto adiecto stipulationi, Vt alibi à nobis pluribus disputatum & comprobatum est in Rationalibus. Alioqui quid dicemus si contractus talis sit ex quo nulla nascatur actio? Finge donationem esse non stipulatione sed traditione perfectam, vt in *d. l. vlt. Cod. de rer. permut.* Certum namque est nullam ex eiusmodi contractu nasci actionem. Ad quid enim competeret cùm donatio effectum suum iam habuerit per traditionem? Dico ampliùs Donationem nec contractum esse. Vtrumque enim æquè facilè probabo ex *l. interdictum 14. D. de precar.* quamuis posset mihi sufficere quòd donatio etiamsi maximè contractus esset, bonæ fidei tamen contractus dici non posset *l. cum qui 22. D. de donat.* Quomodo igitur aut qua arte possis hoc casu assequi pro Cuiacio vt pactum quod ille fatetur non esse nudum transeat in contractum qui nullus sit? Non enim hoc casu vestitur cohærentia contractus, vt nostri barbarè quidem sed tamen significanter loqui solét, sed rebus propriis dictæ legis substantia munitur, vt loquuntur Impp. *in d. l. vlt.* id est cohærentia traditionis. Nã in traditionibus rerum quodcunque pactũ sit id valere manifestissimũ est *l. in trad. 48. D. de pact.* Dic igitur si voles & si poteris, pactũ hoc transire in traditionem quod certè perabsurdum fuerit cum traditio neque verbis neque consensu solo cõtenta sit, vt pactum sed possessionis translationem exigat *l. tradition. 20. C. eod.* Vel fatere & conuende, quod lex negat, nudum pactum esse, cùm non possit transire in contractum cui adiicitur qui nullus est. Datur ergo actio Præscriptis verbis ex pacto quod additum in continenti fuit contractui stricto siue nominato siue non nominato, quia non nudum pactum est, sed lex contractus præcedentis, vt in specie *d. l. si dominus*, aut lex traditionis, si traditio tantùm non cõtractus vllus præcesserit vt *in d. l. vlt. Cod. de rer. permut.* Neque hoc apud Papinianum in eo casu quem tractamus aut mirum aut difficile est. Sed illud potiùs Cur det ille actionem præscriptis verbis ad pecuniam siue petendam siue repetendam (nam & qui repetit, petit) cùm non de illo pactum interuenisse proponatur, vt vel daretur pecunia, vel redderetur, sed tantùm vt seruus habẽdæ quæstionis gratia traditus æstimatus, si de eo nihil compertum esset, restitueretur. Quid enim habet commune pactio hæc cum pecunia siue soluenda siue reddenda? Fateor quod ait *d. l. legem 10. C. de pact. & d. l. 1. C. de pact. conuent.* cùm pecunia datur, & aliquid de reddenda ea conuenit vtilem esse non modò pactionem sed etiam ex pactione condictionem id est personalem actioné, Sed in proposita specie negotium ita gestũ est, vt neque pecunia data sit, at seruus traditus, neque de reddenda pecunia quicquam conuenerit, sed duntaxat de reddendo seruo. Nam quod proponitur seruus æstimatus, nõ potest facere vt eo magis videri debeat quicquam de pecunia danda conuenisse in eũ casũ quo dominus pecuniã eligeret, si non etiã illud concurreret, vt per quæstioné deterior seruus factus esset. Cùm æstimatio, siue venditionis causa fieri eã cõtingat, siue non vẽditionis causa, non magis vnius quàm alterius contrahentiũ gratia fiat. Quin potius in eius gratiam qui accipit non qui dat æstimatum, vt siue res æstimata pereat siue deterior fiat non alio tamen pretio quàm quo taxata fuerit, reposcatur, vt eleganter & disertè scriptum est *in d. l. si inter 21. C. de iur. dot.* Nam ergo sola æstimatio serui ad quæstioné tradiri facere potest vt videatur cõuenisse de pecunia reddenda post habitã quæstionem si pro seruo pecuniam dominus eligeret. Et ob eã nimirum causam præmisit Papin. verba illa *si lex cõtract. nõ lateret*, Vt significaret dare se quidem præscriptis verbis ciuilé incerti actioné ad pecuniã aut petendã aut repetendam pro casuũ varietate, At non tamen omni casu, sed ita demùm si appareret quid actũ esset, inter cõtrahentes, & qua lege traditus esset seruus æstimatus vt de eo quæstio haberetur. Exigit itaque Papin præter æstimationem, aliud quiddam ex quo possit constare quã legem contractui dicere paciscentes voluerint. Et consequenter aliquam cõuentionem de hoc ipso de quo quærimus, id est vt pro seruo reddendo pecuniam domino dari oporteret si pecuniam dominus eligeret. Alioqui non esset cogendus is qui seruum æstimatum accepisset ea lege, vt si de eo nihil compertum esset, eum ipsum redderet, pecuniam dare pro seruo quem paratus esset reddere dum ne factum vlla in re deteriorem. Esset enim hoc alienius à verbis conuentionis. Quæ cùm simpliciter facta sit de seruo ipso reddendo vt in *d. l. penult. D. de condict. caus. dat.* non facilè interpretationem illam ex solius domini voluntate recipere potest, quasi senserit ille, vt si pecuniã habere quàm seruum mallet, electio ipsi permitteretur, Cur non enim idipsum si non stipulatione saltem pacto expressit, si ea fuit voluntate? Maximè cùm verissimum sit quod veteribus placuit, semper faciendam interpretationem aduersus eum qui legem potuit apertiùs dicere *vulg. l. veteribus 39. D. de pact.* Erat namque in potestate domini seruum suum tradentis vt quam vellet legem traditioni diceret *d. l. in traditionibus l. venditor. 15. commun. præd. l. vltim. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Sibi ergo imputet si eligendæ pro seruo pecuniæ facultatem cùm posset, sibi non exceperit. Quid enim obstabat, quominùs tradẽdo seruum conuenerit vt habita de seruo quæstione, vel seruus ipse vel æstimatio ipsius quanta esset taxata, vtrum ipse mallet, sibi redderetur? Adieci *vtrum ipse mallet*. Aliter enim fuisset electio debitoris, non domini eiusdémque creditoris *l. plerumque 10. §. vlt. D. de iur. dot.* Ex quo apparet tantò magis, non posse in hac specie domino competere electionem pecuniæ si non expressim ea lex contractui dicta probetur, Nempe si vltro nullaque cogente necessitate velit ille pecuniam petere ab eo qui seruum ipsum de quo habita quæstio fuit, nec deteriorem vlla ex parte factum velit reddere. Nam si per eum stet qui seruum acceperat æstimatum quominùs seruus ipse reddatur parato domino eum recipere, sufficit conuentio de reddẽdo seruo iuncta ipsius æstimatione vt pecunia peti possit, at non præcisè & absolutè, sed quasi sub disiūctione & alternatione debita, si non seruus ipse reddatur, ac proinde relicta debitori electione vtrum præstare malit, ad litis vsque cõtestationem, vt *in l. si Titi 9. l. si insulam 84. D. de verb. obl.*

Quid enim refert an ſeruus perierit, deteriórve factus ſit, an verò non reddatur? Niſi quod cùm aduerſus conuentionem per contumaciam promiſſoris non redditur, non facit æſtimatio quominùs teneatur promiſſor vel ſeruum ipſum reddere, vel quanti dominus in litem iurauerit præſtare, ſiue ad exhibendum agat, ſiue recta rei vindicatione, quam dubitandum non eſt ei ſaluam manere qui quæſtionis habendæ gratia ſic tradidit ſeruum æſtimatum, vt tamen eius dominium ſibi retinuerit *d. l. penult. D. de condict. cauſ. dat.* Nec æſtimatio in hunc caſum facta eſt vt ea contentus eſſe dominus cogeretur, ſed in eum duntaxat quo vel deterior factus eſſet ſeruus vel amiſſus *d. l. ſi inter.* Ne alioqui ſit in poteſtate improbi ac perfidi huius promiſſoris per rapinam ab inuito domino rem iuſto pretio comparare, quod nec ſi pretium iuſto maius offeratur permittendum eſt *l. nec quaſi Publicianam 70. D. de rei vind.* Sanè cùm pecunia pro ſeruo data & prorogata eſt ipſo tempore traditionis, facilius eſt vt poſſit dominus pecuniam eligere, etiam de qua eligenda nihil conuenerit, quoniam vt hoc caſu pecuniam retineat, quam penes ſe iam habet nulla indiget actione, ſed ille potiùs qui pecuniam dedit, ſi eam habere nunc malit, quàm ſeruum retinere. Poteſtque tentari non improbabiliter electioné retinendæ pecuniæ iá exinde domino datam videri ab eo qui traditum ſibi ſeruum æſtimatum accepit, ea quo pecuniam numerauit, nulla de reddenda ea in contrarium adhibita ſtipulatione. Nec enim credibile eſt de eo cogitatum fuiſſe vt prerogata pecunia ab inuito vnquá repeteretur. Sed alienus eſt hic caſus à noſtra diſputatione in qua non de retinendæ, ſed de petendæ pecuniæ electione quærimus cú Papiniano, qui tamen eam potiùs ſpeciem tractare videtur in qua fuerit data domino pecunia æſtimationis ſerui ante habitá de ſeruo ipſo quæſtionem, vt probauimus in ſuperioribus ex illis ſequentibus apud Papinianum verbis *tunc enim & datam æſtimationem reddi a domino oportere.* Vnd. coniecturam ſumpſimus emendandæ legis, Quaſi de ea pecunia ſenſerit Papinianus non potuerit quam nondum ſibi datam dominus petendam elegerit, ſed de illa potius quam domino datam & prorogatam reddi ei qui dedit oporteat. Facilius ſiquidem eſt vt petitam pecuniam interpretemur etiam eam, quæ repetatur, quam eam quæ retineatur. At verò vt prorogata pecunia etiam illi qui dedit reddatur, ſi per habitam de ſeruo quæſtionem furti reus ille compertus ſit, vtque in eam rem ciuilis incerti actio Præſcriptis verbis detur, An ſimiliter exigemus vt ſpecialis aliqua conuentio in eam rem interuenerit? Minimè. Non enim poteſt latere contractus, etiamſi de eo nihil nominatum dictum ſit, ſi modo conuenerit, quod conuenire olim ſolebat, vt ſi de ſeruo nihil per quæſtionem compertum eſſet, is redderetur Hoc ipſo enim illud quoque conuentum videbatur. vt in contrarium caſum, id eſt ſi de ſeruo aliquid compertum eſſet, is non redderetur *l. inter ſocerum 26. §. cum inter D. de pact. dotal.* Etſi autem neque hæc neque illa pactio quicquam continet de reddenda vllo caſu pecunia, quæ vt traderetur ſeruus, prorogata fuit domino, Vt tamen ipſo & effectu hoc quoque pactione illa contineri intelligitur, quia nec ad alium finem pecunia prorogatur, quàm vt habeat dominus in manu paratam indemnitatem, & quod poſſit retinere ſi ſeruus non reddatur eo nimirum caſu quo reddi eum oportebit. Cui conſequens eſt, Id igitur etiam tacitè actum videri, vt ſi talis caſus contingat, in quo ſeruum reddi non oporteat domino, dominus è contrario pecuniam quam accepit ei reddere debeat à quo accepit, tanquam quæ in hunc caſum nec data nec accepta ſit. Aliqui nó ſuo iure & impunè ſeruum retineret Is qui accepiſſet, ſi pecuniam quam pro detegendo facinore antequam compertum eſſe prorogauit repetere non poſſet, magis quàm ſi eam nondum datam nunc dare cogeretur. Cum igitur data pecunia vt quæſtio de ſeruo haberetur, & addita pactione vt ſi de eo nihil compertum eſſet ipſe redderetur, non lateat lex contractus, ſed in aperto ſit quid contrahentes fieri vellent ſi ſeruus furti reus deprehenderetur, Nihil aliud exigendum eſt vt præſcriptis verbis actio etiam ei qui ſeruum retinuit detur ad petendam pecuniam quam dederat, vt in alium caſum penes dominum remaneret.

ERROR VIII.

De actione incerti Præſcriptis verbis, ad certam quantitatem pecuniæ.

SEd illud magis mirum eſt, Cur hæc actio Præſcriptis verbis dicatur incerti, cum detur ad certam pecuniam numeratam ſiue Papinianum intelligas de pecunia quam petat dominus qui pro ſeruo pecuniam elegerit, Siue de ſerui æſtimatione, quam domino prorogatam reddi oporteat ab ipſo domino cuius ſeruus compertus fuerit furti reus. Quis enim vnquam audiit certam pecuniam numeratam, cuius petendæ gratia certi condictio iure ciuili nominatim comparata eſt, etiam incerti actione peti poſſe? Scio Cuiacium reſpondere nec inſubtiliter, competere hoc caſu actionem incerti præſcriptis verbis ad conſequendam pecuniam, non tanquam pecuniam, ſed velut pro eo quod intereſt: vt ſolet dari ex contractu Do vt des, quaſi & hic contractus ſit Do vt des, Do ſcilicet tibi ſeruum vt mihi des pecuniam, quemadmodum ſi è contrario dediſſem tibi pecuniam vt mihi Stichum dares vt *In l. vltim. De condict. cauſ. dat.* Verum hoc ipſum erat explicandum, Cur hoc caſu detur actio incerti ad id quod intereſt, cum id quod intereſt, ſi certum, nec poſſit dictà æſtimatione hominis egredi æſtimationem, quod & Cuiacius fatetur, quamuis aliàs contrà ſoleat euenire *l. 1. in princip. D. de action. empt. l. ex interdicto 6. D. vnde vi.* Neque rurſus verum eſt hunc eſſe contractum Do vt des, ſed Do vt reddas quemadmodum in ſuperioribus diximus. Actum enim erat expreſſim de ſeruo reddendo, non de danda pecunia, quam nec aliter peti poſſe vult Papinianus, quàm ſi dominus ea poſt facto, id eſt poſt habitam de ſeruo quæſtionem, de quo nihil compertum ſit, eam elegerit. Vt proinde initio inſpecto quod ad cuiuſcumque contractus formam dignoſcendam ſemper inſpiciendum eſt *l. ſi procuratorem 8. in princip. D mandat. l. 1. §. ſi ſeruus depoſuit 30. D. depoſit.* non poſſis dicere contractum hunc eſſe *Do tibi ſeruum, vt mihi des pecuniam.* Nam & ſi talis contractus eſſet, ſequeretur vt te non dante pecuniam, agendum mihi eſſet præſcriptis verbis, non ad pecuniam quam dare debueras, ſed ad id quod mea intereſſet vt ſcriptum eſt *in l. naturalis 5. §. 1. D. de præſcr. verb.* Hoc verò fieri non poteſt, quia ratione pecuniæ nunquam agitur ad id quod intereſt niſi vtilitas loci vel temporis interueniat quæ faciat ne id quod intereſt excurrere in infinitum poſſit *l. nummis 3. D. de in lit. iurand.* Difficilis certè nodus eſt, ſed ita iudicio meo diſſoluendus, vt dicamus, Cùm per habitam de ſeruo quæſtioné, furti reus compertus ille eſt, exinde quæſitum ius fuiſſe ei cui furtum factum eſt agendi in omne id quod ſua ob

eam

suam causam interesset aduersùs dominum serui. Ex natura scilicet actionis furti, siue dominij, siue vtilitatis solius ratione deferatur *l. si vendidero* 80. *§. 1. D. de furt.* Neque tamen noxali actione, quia non competit noxalis actio ei qui seruum tenet, vt nec aduersùs alium quàm eum apud quem seruus sit *l. noxalis 7. in princ. D. de nox. act.* Sed non aufert ea res domino facultatem dedendi seruum noxæ, perinde ac si noxali actione conueniretur: Eadem scilicet æquitatis ratione, quæ noxales actiones introduxit, Ne ex serui facto & maleficio dominus vltrà quàm quanti seruus ipse est obligetur *l. 1. eod. & initio tit. Inst. eod.* Cæterùm quousque dedat plenissimè, non potest recusare quominùs in id quod interest conueniatur, & condemnetur. Nec enim aut melior aut deterior ipsius conditio esse debet quòd seruum alteri traditum neque habeat amplius in sua potestate, neque habere vnquam possit, nisi soluta totius litis æstimatione. Cùm non eo minùs possit seruum noxæ dedere si velit, imò tantò citiùs & commodiùs, quantò faciliùs ei est seruum penes actorem derelinquere, quàm tradere, si apud se adhuc seruum haberet. Atqui non potest videri plenam noxæ deditionem fecisse, ex eo solo, quòd seruum quem non nisi habendæ quæstionis gratia tradiderat, post habitam quæstionem penes eundem manere patiatur, si non prætereà reddat pecuniam, quam vt seruum traderet accepit: Quia neque seruum hunc ex causa deditionis habere dici potest, quandiu abest ei pecunia, quam prorogauit, & quam si non dedisset, seruum hodie non haberet. Tenetur ergo dominus omnimodo vt pecuniam illam reddat, ad hoc vt seruum pro noxæ dedito relinquere videatur, si non totius damni æstimationem inferre malit: Cùmque actio etiam noxalis, tunc cùm competit, non ad deditionem competat, sed ad litis æstimationem, id est ad hoc quod interest agentis *d. l. sulas 6. §. 1. De re iud.* Consentaneum est vt in proposita specie actio præscriptis verbis quæ velut in locum noxalis actionis substituta est, sit incerti, tanquam quæ detur ad id quod interest. In quo dubitandum non est quin pecunia pro seruo torquendo data contineatur, quandiu non redditur, siue damni præstationem eligere dominus velit, siue noxæ deditionem. Proinde verissimum est pecuniam quamuis certam & numeratam peti hoc casu iure eius quod interest, & tanquam partem quandam vel æstimandæ litis, vel deditionis serui pro noxa. Sicque propositis omnibus circa hunc casum dubitationibus satisfieri posse arbitramur. Nec cuiquam posthac mirum videri debere quod nos contra Accursium & Bartolum contendimus, Condictionem certi nunquam posse competere, ad id quod interest. Cùm è contrario necessaria sit actio incerti etiam ad petendam certam pecuniam numeratam, quoties pecuniam illam iure eius quod interest peti oportet. Sed de alio casu quo dominus pecuniam petat, quam elegerit pro seruo de quo nihil compertum sit an idem forrasse dicere possumus? Nihil minùs, Nec sanè possum dissimulare nihil habere me quod ad propositam quæstionem respondeam. Cur incerti actionem Præscriptis verbis hoc casu competere Papinianus potauerit ad pecuniam petendam: Cùm & pecunia quæ petitur certa sit, & tanquam pecunia petatur, non tanquam id quod interest, cuius scilicet petendi nullus hoc casu color subest siue conuentionis, siue negotij naturam inspiciamus. Quidni ergo petatur potiùs condictione certi? Nam quod petitur ex contractu innominato ad tem non facit: Siquidem certi condictionem competere certum est, vt ex qualibet causa, ita ex quolibet contractu etiam incerto dum ex eo certum petatur *d. l. certi condictio.* Et hæc nimirum præcipua ratio est, quæ inuitum me cogit vt emendationem meam probem, deleamque in quæstione Papiniani verba illa, *si eam dominus elegisset*, quæ has nobis difficultates pepererunt. Quid enim clarius, quàm videre Papinianum cui familiare est quæstionem ex quæstione deducere, maximè verò in libris Quæstionum postquàm respondit ad primam dubitationem quæ illa erat: Qua demùm actione cogi posset seruum reddere is qui habendæ quæstionis gratia æstimatum illum acceperat si nihil de furto compertum esset, Nimirum euiliret cum eo in eam rem agi posse, statim subiecisse verba illa, *licèt aliquo casu seruum retenturus esset qui traditum accepisset: Potest enim retinere seruum siue dominus pro eo pecuniam elegisset, siue in admisso deprehensus fuisset: Tunc enim & datam æstimationem reddi a domino oportere.* Non alio fine quàm vt viam sibi strueret ad aliam quæstionem quam subinde proponit iis verbis, *sed quæsitum est*, mira orationis colligatione cùm posterior dubitatio nihil commune haberet cum priore. Atque ita nos quidem totam legem hanc & legendam & intelligendam arbitramur.

ERROR IX.

De Bartoli, & Cuiacij ad supradictam Papiniani legem interpretationibus.

Multa verba Bartolus quem posteriores vt solent, secuti sunt, sed plura Cuiacius ad Papinianum in huius legis interpretatione peccauerunt. Bartolus primùm in eo quòd Papiniani sententiam illam esse vult, vt ex contracto Do vt facias & des nascatur actio Præscriptis verbis per quam agi possit ad hoc præcisè fiat quod conuenit: Quod tamen neque verum est, neque ad legem nostram accommodatum, in qua non ille contractus initus proponitur Do vt facias & des, adeòque nec quisquam ex duobus illis simplicioribus Do vt facias, vel Do vt des, sed ille potiùs qui diuersam à præcedentibus omnibus habet rationem, *Trado vt reddas.* Ostendimus namque in superioribus eum casum à Papiniano tractari, quo dominium serui habendæ quæstionis causa traditi non fuerit translatum in accipientem: quod vtique factum esse oportetet, vt hæc contractus species caderet in alterutrum ex iis contractibus, *Do vt des*, vel *Do vt facias*, Non quòd aliquando verbis istis *dandi*, & *tradendi*, promiscuè prudentes non vtantur vt à Papiniano nostro in hac ipsa lege factum est, quod & Cuiacius obseruauit, Sed quia in contractibus designandis, & demonstrandis eam verborum proprietatem omninò sequi debemus quæ nullum dubietati & æquiuoco locum relinquat. Ideòque solemus dicere, Ex contractibus illis Do vt des, & Do vt facias nasci non modò ciuilem actionem ad id quod interest, sed etiam condictionem ad repetendum id quod datum fuit *l. naturalis 5. §. 1. & seq. eod. tit.* quæ tamen condictio non aliter competere vnquam potest extra causam condictionis furtiuæ, quàm si is qui rem suam tradidit dominus eius esse desierit *l. pen. D. de cond. caus. dat.* Est igitur potiùs hic contractus collocandus sub genere contractuum Facio vt facias, quoniã & qui tradit facit, & qui reddere debet, facere debet, Nenter verò dat cùm traditio prima non animo transferendi dominij facta fuit. Nescio verò cur addat Bartolus contractum hunc esse *Do vt facias, &*

des, Niſi fortè ita intelligit quaſi conuenerit inter tradentem & accipientem non tantum vt ſeruus redderetur, quod facti eſt, ſed etiam vt pecunia daretur, in quod vera datio & dominij tranſlatio verſatur. Sed hoc dici non poteſt. Neque enim de vtroque coniunctim potuit conuenire, id eſt de ſeruo reddendo, & de danda pro ſeruo pecunia, ſed diſiunctim & alternatiuè vt vel ſeruus redderetur, vel pecunia, ſi eam dominus eligeret daretur. Itaque debuit potius dicere Bartolus, Eſſe hunc contractum *do vt facias vel des*, non quomodò loquitur, *Do vt facias & des*. At neque hoc quidem dicere potuit. Neceſſariò enim ponendum eſt in hac Papiniani ſpecie cùm traderetur ſeruus æſtimatus illo ipſo tempore datam & prorogatam fuiſſe æſtimationem, non autem de ea danda conueniſſe, vt docuimus in præcedentibus. Nec illud rurſus videre poſſum, cur dicat Bartolus, Ex huiuſmodi contracto Do vt facias & des dari actionem præcisè in id vt fiat quod conuenit, Quæ non daretur ex ſimplici contractu Do vt facias, ſed an id tantùm quod agentis intereſſet *dict. l. naturalis §. at cum do.* Non enim Papinianus ait, Si ſeruus habendæ quæſtionis gratia traditus non reddatur, cùm de eo nihil compertum ſit, cogi poſſe præcisè vt ſeruum reddat: Sed hoc tantum *similiter cum eo agi poſſe*, quòd nos ſupra ſic interpretari ſumus vt ciuilis actio incerti Præſcriptis verbis hoc caſu competat, Ex ſequentibus illis eiuſdem Papiniani verbis ad poſteriorē legis quæſtionem relatis *præſcriptis verbis incerti & hic agi poſſe*. Ergo ad id quod intereſt, non ad ſeruum omnimodo reddendum. Nec enim actio incerti dicenda illa eſſet, ſed condictio certi quæ competit ex omni cauſa ex qua certum petitur quamuis ex contractu incerto *l. certi condict. 9. D. de reb. credit.* Aut ſi quis actionem præſcriptis verbis adhuc eo caſo vellet competere, non tamen poſſet dici ea incerti, quippe quæ non ad rem incertam competeret, id eſt ad id quod intereſſet, ſed ad rem certam, id eſt ad ſeruum ipſum quem omnimodo reddi oporteret. Exemplo actionis Præſcriptis verbis quę oritur ex permutatione, quam nemo vnquam dixit *incerti* eſſe, quia nimirum non ad id quod intereſt competit, ſed ad hoc vt vel id quod viciſſim dandum eſt præcisè detur, vel quod acceptum fuit, reddatur *l. 1. §. vltim. D. de rer. permut. l. cum precibus 4. Cod. eodem.* Quod verò ex hac ipſa lege notat Bartolus, Competere actionem præſcriptis verbis ad repetendum id ipſum quod datum eſt vel eius æſtimationem, quando ſic actum fuit, Non video qua ratione ex Papiniano inferri poſſit. Non enim dat ille actionem præſcriptis verbis ad repetendum ſeruum aut ad petendam eius æſtimationem, ſed ob non redditum ſeruum ad id quod intereſt, Cum autem pecuniam pro ſeruo eligit dominus quæ nondum ei ſoluta ſit, petere illam debet non actione incerti præſcriptis verbis, ſed vel condictione certi, vel actione ex vendito, cùm æſtimatio hoc caſu licet ab initio non fuerit venditio, euadat tamen poſteà in venditionem ſecuta quandocumque electione pecuniæ, Vel denique actione illa præſcriptis verbis quæ de æſtimato proponitur. *Ex l. 1. verſiculo quoties D. de æſtimat. act.* in illis verbis *quoties enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conuenire tamen aliquam actionem dari, dandam æſtimatoriam præſcriptis verbis actionem* Nempe ſi facta æſtimatio proponeretur vt in ſpecie Papiniani. Hoc enim omnino exigitur vt æſtimatoria præſcriptis verbis actio locum habere poſſit. In ſumma non vult Papinianus repeti ſeruum tanquam datum aut traditum, ſed peti tanquam reddendum, & idcirco non dat condictionem domino ſed incerti actionem præſcriptis verbis, vt ſi ſeruum reddere nolet is qui accepit, dominus id omne quod ſua eo nomine intererit, conſequatur. Cur verò non damus actionem æſtimatoriam præſcriptis verbis ad petendam ſerui reſtitutionem, cum ſeruus fuerit æſtimatus, quemadmodum dari eam volumus ad petendam pecuniam: Nimirum quia ſi per æſtimatoriā ſeruus hic peteretur, eſſet in poteſtate habentis ſeruum, vt vel eum redderet dummodo incorruptum nec deteriorem factum, vel ipſius æſtimationem præſtaret *d. l. 1. §. vlt. de æſtimat. act.* At qui ponimus æſtimatum fuiſſe ſeruum commodo & fauore non accipientis ſed tradentis, vt haberet electionem vtrum conſequi mallet, Siue dicas cum Cuiacio expreſſim conueniſſe vt dominus electionem hanc haberet, Siue ponas, quod nos magis probamus, datam ei fuiſſe hoc ipſo quod prorogata ei fuit pecunia æſtimationis. Non ergo æſtimatoriæ actioni locus fieri poteſt eo caſu quo agere dominus velit ob non redditum ſeruum nulla æſtimationis facta mentione, Quod vel nomen ipſum æſtimatoriæ actionis demonſtrat. Sic enim appellatur & De æſtimato vt appareat mentionem æſtimationis in ea fieri oportere. At vt per æſtimatoriam æſtimatio ipſa peti poſſit præcisè, nihil repugnat, ſi modo is petat qui eligendi ius habet. Nihil ergo verè Bartolus, aut commodatè ad Papiniani ſenſum, Niſi quod poſtremo loco notat, Si tradam tibi ſeruum torquendum pro maleficio, id inter nos actum intelligi debere vt nō reddas ſi ſit repertus in maleficio. Hoc enim verum ſanè eſt, cùm iſto caſu teneat tibi ad indemnitatem præſtandam, niſi ſeruum pro noxa dedere malim. Et hæc quidem contra Bartolum diſputaſſe ſufficiat. Sed contra Cuiacium, Deus bone, quam longe plura tractanda eſſent, ſi ſingula ipſius errata perſequi vellemus. Ac in ipſo ſtatim limine offendit, cùm docet actionem præſcriptis verbis dici etiam incerti: quaſi ſint iſta ſynonima, nec quicquam referat an dicat actionem præſcriptis verbis, an vero incerti: quod non ita eſt. Etſi enim Præſcriptis verbis actio dicitur etiā incerti quoties datur ad id quod intereſt, quod ſemper incertum eſt. Non tamen detur ſemper ad id quod intereſt, vt in ea videre eſt quam dari diximus ex permutatione *d. l. 1. §. vlt. D. de rer. perm. d. l. cum prec. 4. C. eod.* quę proinde incerti nullomodo dici poteſt, vt neque æſtimatoria quæ ſimiliter ad id quod intereſt nunquā datur, ſed ad hoc vt vel ipſa res data & æſtimata reddatur, vel æſtimatio præſtetur *d. l. 1. §. vlt. De æſtim. act.* Sicut è cōtrario nō omnis actio incerti poteſt viciſſim dici Præſcriptis verbis, Vt apparet tam ex condictione incerti, quam ex actione ex ſtipulatu, quarum vtraque incerti, ſanè eſt, neutra tamen præſcriptis verbis, Et ideò bene Papinianus in poſteriore huius legis parte vtrumque actionis nomen coniungit, cùm ait *præſcriptis verbis incerti & hic agi poſſe*, ne quis poſſet intelligere vel de actione præſcriptis, verbis, quæ non eſſet incerti, Vel de actione incerti, quæ non eſſet præſcriptis verbis. Sed grauius in eo errat vir doctiſſimus, quod ponit ſic datum fuiſſe ſeruum à domino ei qui habendæ quæſtionis gratia accepit, vt factus fuerit accipienti, Nam ſi ita eſſet, ſequeretur factam fuiſſe æſtimationem contrahendæ venditionis gratia, nec in poteſtate prioris domini amplius fore vt ob ſeruum non redditum poſſet agere ad id quod ſua intereſſet, etiamſi ſeruum habere quàm pro ſeruo pecuniam eligere mallet: quod tamen Papinianus diſertè negat, cùm ſcribit non poſſe hunc ſeruum ab eo qui traditum accepit retineri niſi duobus illis caſibus, Si vel dominus pecuniam pro ſeruo elegerit, vel ſeruus inadmiſſo deprehenſus ſit. Relinquit igitur domino facultatem eligendi ſerui quamuis æſtimati, nec cogit eum contentum eſſe pretio, ſi is qui accepit retinere ſeruum malit, quomodo tamen contentus eſſe cogeretur

retur

retur si æstimatio venditionem fecisset, aut si qua alia ratione seruum accipientis fecisset. Adnec quod si eum casum tractaret Papinianus quo fectus factus esset accipientis, daret priori domino condictionem, non præscriptis verbis actionem, vt docuimus in superioribus ex *dict. l. penultim. D. de condict. caus. dat.* Addit olim fuisse vsitatum vt seruus alienus quem alius argueret furti soleret tradi facilè in quæstionem sed æstimatus certo pretio & stipulatione interposita de reddendo eo, vel æstimatione eius ex *l. certo pretio 13. D. de quæst.* Rectè, Nisi in eo quod addit de æstimatione in stipulationem alternatiuè deducenda. Ita namque concepit stipulatione fuisset electio illius qui seruum accipiebat vt vel seruum redderet vel æstimationem, ex regula *l. plerumque 10. §. vltim. D. de iur. dot. & d. l. 1. §. vltim. De æstim. act.* cùm tamen ex contrario id ageretur, nisi eligere pecuniam dominus mallet, vt in *l. si inter 21. Cod. de iur. dat.* ac proinde vt æstimatio fieret in fauorem & commodum domini tradentis bona fide seruum suum in quæstionem. Quare nec ait Modestinus *in d. l. certo pretio*, solitum fuisse ita concipi stipulationem vt ad serui vel æstimationem promissor obligaretur. Et Cuiacius ipse qui in huius legis specie ponit me tibi dedisse seruum in quæstionem nec stipulationem interposuisse sed seruum æstimasse & ea lege dedisse vt vel ipsum mihi redderes vel ipsius æstimationem, cogitur ponere hoc quoque additum conuentioni *vtrum ego mallem. Vtrum eligerem* quod tamè prorsus diuinatorium & commenticium est. Nihil enim est apud Papinianum ex quo possit colligi vel coniici facultatem hanc eligendi expressim deductam fuisse in conuentionem. Quid itaque, An non apertè Papinianus tractat de eo domino qui facultatem habeat eligendi? Non nego. Id enim euincunt manifestè illa legis verba *siue dominus pro ea pecuniā elegisset*, Sicut & facilè illud admittam quoties hac de re interponebatur stipulatio, sic eam concipi solitam fuisse vt electio domino relinqueretur. Sed nego tractari à Papiniano eum casum, quo specialis aliqua huiusmodi pactio interuenerit, Neque enim hoc prætermisisse quod præcipuè fuerat exprimendum. Itaque vel fatendum est quod iam diximus habuisse dominum hoc ius eligendi ex tacita voluntate aduersarij qui prorogauerat solutionem æstimationis, vt hoc ipso in domini potestate relinqueret an eligere pecuniam, an seruum repetere mallet: Vel quod mihi probabilius videtur, non ad ius, sed ad factum referri supradicta verba debere, Id est sic accipi, vt dominus pecuniam elegerit, non tam quod eligendi ius habuerit, quàm quod aduersario volenti seruum retinere ipse vltro consenserit, & pro seruo cuius restitutionem vrgere poterat incerti actione ciuili Præscriptis verbis, pecuniam habere maluerit. Nec est quod quis dicat Dominum hoc sensu non tam elegisse videri quam eligenti aduersario consensisse. Non enim dicimus aduersarium elegisse, aut eligendi ius habuisse, quem è contrario ponimus seruum sibi in quæstionem traditum accepisse ea lege vt ipsum redderet si nihil de eo compertum esset, Sed eum seruum quamuis nullo iure retinere tamen voluisse, Dominum verò cùm posset contradicere, & pro suo iure postulare vt sibi seruus redderetur, maluisse consentire aduersario pecuniam offerenti qua fuerat seruus æstimatus, eàmque accipere. Quomodo & in specie *l. si diuersa 14. Cod. de transact.* rescribunt Imperatores ei qui transactionis placito nitebatur, si diuersa pars contra placitum agere vellet, æquitatis rationem suadere refusa pecunia causam ex integro agi, *cum & tu*, inquiunt, *hoc desideras* quod perinde est ac si dicerent *quando & tu hanc conditionem eligis quam improbare posses si velles*, Vt & in *l. pupilli* 96. *§. 1. vers. planè si adolescens D. de solut.* Proinde non eo minùs in specie nostra dicendus est dominus eligere pecuniam cùm oblatam sibi eam ab aduersario vltro accipit, quia si nollet accipere, non cogeretur. Ideò autem ponimus oblatam ab aduersario pecuniam, quia nec fit credibile adeo impudentem & iniuilem quemquam fore, qui ab amico seruum æstimatum acceperit in quæstionem, vt post quæstionem habitam velit inuito domino seruum retinere, de quo reddendo expressim conuenerat, quin saltem vltrò ipse offerat pro seruo conuentam, si nondum ea prorogata sit, serui æstimationem: Cùm nimis euidenter iniquum sit & serui pretium ab eo retineri: quod ne quidem per conuentionem expressam fieri posset salua bona fide *l. ex empto 13. §. vltim. l. bona fides 50. D. de action. empt.* Cui tanto magis consequens fit quod constanter defendimus, non tractari à Papiniano casum illum quo pecunia etiam electa peti possit vel debeat. Nam siue dicas fuisse prorogatam, siue oblatam, neutro casu indiget dominus actione ad pecuniam petendam, sed vel retentione tantùm si iam apud se eam habeat, vel electione vt oblatam sibi vltro pecuniam consequatur. Quæ res mirum in modum emendationem nostram confirmat. Nec enim quærere potuit, ac debuit Papinianus qua actione pecunia peti posset, cùm aut nulla opus esset actione si pecunia vltrò offerretur, vel si iam prorogata eligeretur, Aut nulla posset competere, si pecunia neque prorogata, neque oblata proponeretur, siquidem eo casu alterutrū euenire necesse foret, vt nimirum vel de pecunia petenda, tacendavè quæri non oporteret, sed tantùm de proponenda incerti actione præscriptis verbis, vt seruus ipse redderetur aut quod actoris eo nomine interesset præstaretur, Vel electio eius esset qui seruum penes se haberet an seruum ipsum reddere an ipsius æstimationem præstare mallet, non domini vtrum petere vellet, nulla in contrarium interposita conuentione, quæ domino eam dederit electionem. Quòd si poneres expressam ea de re conuentionem interuenisse, planè non video qua ratione aut quo sensu Papinianus ad quæstionem de pecuia propositam respondisset sub illa conditione *si lex contractus non lateret*. Quomodo enim latere posset, quæ expressa conuentione niteretur? Falsum igitur est, quod supponit vir doctissimus, initam expressè conuentionem de restituendo seruo vel eius æstimatione vtrum dominus mallet.

ERROR X.

De aliis Cuiacij erroribus ad eandem Papiniani legem.

SEd illud multo falsius est, quod addit Cuiacius Papinianum nihil quærere de seruo qua actione possit repeti, sed tantum quærere de pecunia, qua actione peti possit. An non enim repugnat euidentissimè tota illa legis prima clausula, in qua de seruo tantum agitur, de pecunia verò ne verbum quidem? *Si dominus* inquit, *seruum cùm furti argueretur quæstionis habendæ causa æstimatum dedisset, neque de ea compertum fuisset, & is non redderetur eo nomine ciuiliter agi posse.* Ad quid verò nisi ad vt quod interest præstetur, si seruus non reddatur, aut potiùs quia non reddatur? Aut si hanc quoque clausulam ad quæstionem de pecunia proponendam referre velis, quia id quod interest non nisi in pecunia numerata solui, & præstari possit. Cur ergo subiecit Papinianus aliam illam quæstionem quæ nos torquet iis verbis, *sed*

id quæsitũ est quæ actione pecunia si eã dominus elegisset peti posset, Nisi forte respõdeas priorẽ quæstionẽ esse de pecunia, quæ petatur iure eius quod interest: Posteriorem verò de pecunia, quæ iure æstimationis. Quod etsi admitterem, Tantò minus verum esse poterit, quod idem Cuiacius putat, Papiniani sensum in posteriore legis parte illũ esse vt incerti actione Præscriptis verbis petatur pecunia tanquam debita pro eo quod interest, non pro æstimatione. Atque ita quoquò te vertas, emendatio nostra probanda erit. Illud sanè verum est quod subiungit Cuiacius, distinctionem hanc ex mente Papiniani adhibendam esse, Vtrum seruus de quo habita quæstio est, furti compertus fuerit, an non Si furti compertus sit, nec ipsum peti posse nec æstimationem eius, Imò verò si æstimatio fuerit prorogata & in antecessum data reddi eam oportere. Id enim tacitè actum videri ne serui nocentis nomine dominus quicquam consequeretur. Sed quod addit æstimationem hoc casu repeti condictione sine causa, quia non fuerit causa eius prorogandæ *l. 1. De cond sin. caus.* hoc verò euidenter malè nec tantum contra Papiniani verba sed etiam aduersus iuris rationem Et quidem contra Papiniani verba qui de hac sola pecunia proponens quæstionem, statim respondet incerti quoque actione ciuili præscriptis verbis & hanc pecuniam peti debere. Contra iuris verò rationem, quia cum non fuerit prorogata hæc pecunia æstimationis vt seruus retineretur, sed tantum vt à suo domino in quæstionem traderetur, Non potest videri prorogata æstimatio sine causa, nec rursus ob causam, quæ non fuerit secuta. cùm putat Papinianus habitam fuisse de seruo quæstionem quæ aliter haberi non potuisset, ac quia non habita nihil de seruo furtoque compertum esset, quod & postea idem Cuiacius fatetur Dices tractare nos de repetitione pecuniæ, Papinianum verò de petitione, nec proinde posse illum intelligi de pecunia æstimationis quam proximè dixerat, reddi domino oportere. Verùm præter id quod iam respondi in præcedentibus, Etiam peti pecuniam quæ repetitur, Possum etiam addere Papinianum eleganter suo more de petenda non de repetenda pecunia quæstionem proposuisse, vt significaret non repeti hanc pecuniam quasi sine causa datam, vt malè putat Cuiacius, sed peti quasi debitam, & de qua in hunc casum reddenda si non apertè saltem tacitè, nec obscura contractus lege conuenerit: secundum ea, quæ suprà docuimus, Petitur enim non quasi æstimatio, sed quasi pars eius quod interest, quod peti posset per actionem furti noxalem, si non jam apud se seruum haberet is cui furtum fuit *lege noxalis 7. D. de noxal. actio.* Addit Cuiacius, Si seruus furti compertus non fuerit, domino reddi debere seruum condictione sine causa si seruum fecerit accipientis. Æquè malè, & contra Papinianum qui disertis verbis dat in hunc rem domino ciuilem incerti actionem Præscriptis verbis, in id scilicet non vt præcisè & omnimodo reddatur seruus sed vt ob eum non redditum, & nisi reddatur, præstetur quicquid eo nomine intererit agentis. Nam & eum casum Papinianus tractat quo dominus traditum seruum accipientis non fecerit, vt supra ostendimus, quo tamen casu fatetur Cuiacius condictionẽ locum esse non posse, sed mala ratione. Ait enim quia condictio domino rei suæ non detur, Extra causam scilicet condictionis furtiuæ *paragrapho sic itaque. Institut. de actione lege vltim. D. vsufr. quemadmod. caueat.* Nam in cæteris quidem specialibus condictionibus id verum est per quas intendimus dari nobis oportere. Sed in condictione sine causa, aut, quæ generalior est, non ex iusta causa, non idem est, quia placuit iure gentium posse condici res ab his qui non ex iusta causa possident, siue ratione dominij si fortè abscesserit illud à condicente, siue ratione possessionis si sola possessio non etiam dominium abscesserit. Nam & idem Cuiacius hoc ipsum docuerat in libr. 11. Quæstionum Papiniani *ad legem 5. D. rer. amot.* de qua & circa quam scripsimus tam multa superioribus Decadibus, Aliud certè est in condictione ob rem dati re non secuta, de qua *in lege penult. D. de condict. caus. dat.* Addit vir doctissimus, Si dominus non fecerit seruum accipientis dandam ei vindicationem serui vel actionem Ad exhibendum. Hoc quoque malè. Nam cum hic casus sit quem Papinianus tractat vt iam sæpe inculcauimus, nec eo minus tamen det actionem Præscriptis verbis quæ nec actione furti, nec cum furtiua condictione, nec cum denique cum actione ad exhibendum potest concurrere *lege si gratuitam 17. §. Papinianus*, aliàs *lege si rem tibi D. de præsc. verb.* intelligimus non in ea fuisse Papinianum sententia vt hoc casu actiones illas competere putaret, quamuis competant in specie *d. lege penult. D. de condict. caus. dat.* Excipienda tamen semper est vindicatio quæ cum sit in rem nunquam excluditur quin competat domino licet habenti alias actiones personales, Sicuti nec personales actiones per vindicationem excluduntur, adeoque nec actio præscriptis verbis non magis quàm per interdictum De precario *lege 5. §. 1. lege duo 19. § vlt. D. de precar.* In eo namque conueniunt precarium & vindicatio, quòd possessionem ab aduersario auocant licet alio atque alio iure. Subijcit Cuiacius, si dominus malit pecuniam habere quàm seruum competere illi actionem Præscriptis verbis ad eam consequendam. Hoc verò est quod nos iam toties, ac tam multis refutauimus. Sed addit de suo & extra legis verba ineptitia *velut si pro eo quod interest*. Nimirum quia vider absurdum esse vt certa pecunia numerata petatur actione incerti præscriptis verbis si non petatur tanquam incertum quid, quale semper est id quod interest, Neque tamen videt vir doctissimus non posse hac parte censeri eius quod interest pecuniam numeratam quæ habeat certam quantitatem quamuis in locum eius quod interest subrogatam, Scilicet vt perinde incerti actione petatur, cùm sit certa & taxata. Cùm enim dicimus id quod interest non alia quàm incerti actione peti posse, de eo tantum loquimur quod certum factum sit per taxationem. Alioqui quid dicimus, si stipulatio aliqua prætoria quæ sui natura datur ad id quod interest, subiectam habeat pœnam certæ quantitatis ad eius quod interest taxationem ex consilio Venuleij *in lege vltim. D. de prætor. stipulat.* An dicemus deducta centum in stipulationem peti debere, aut incerti actione Præscriptis verbis vt in hac lege nostra, Aut quod esset conuenientius actione ex stipulatu quæ & ipsa incerti est, quia per eam nihil nisi quod incertum est petitur? Minime verò. Repugnat enim Iustinianus initio *Tit. De verb. obligat.* Repugnat & Vlpianus *in lege si quis certum 24. D. de rebus credit.* vbi scriptum est, Si quis certum stipulatus fuerit, actionem ex stipulatu eum non habere, sed condictitia illa actione persequi id debere per quam certum petitur. Quod si tum quoque cùm stipulatio certæ quantitatis interposita est, nulla incerti actio in eam rem competit, id est neque præscriptis verbis, neque ex stipulatu quamuis ea quantitas in locum eius quod interest subrogata sit, Quanto facilius admittendum est in ea specie quam tractari à Papiniano nostri putant, id

deest in qua dominus velit petere æstimationis pecuniam in vicem eius quod interest, nulla licet de ea re interposita stipulatione, non actioni incerti Præscriptis verbis locum esse debere, sed condictioni certi. Quare ad rem non facit quod opinionis suæ confirmandæ gratia subiungit Cuiacius, quod dicta hominis æstimatione non possit id quod interest egredi æstimationem. Illa enim semper differentia manet inter id quod interest non æstimatum & æstimationem dictam, quòd illud semper incertum est, hæc semper certa. Necesse igitur est illud actione incerti semper peti, hoc verò condictione certi. Quamquam nec illud verum est quod Cuiacius habet pro vero, facta hominis æstimatione id quod interest eam æstimationem egredi non posse. Id enim verè quidem diceretur si æstimatio facta esset id taxandum id ipsum quod interest, vt *in d. lege vlt. De prætor. stipulatio ista 38. §. alteri D. de verb. oblig. lege obligationum ferè 44. §. vlt. D. de oblig. & action.* At in specie nostra ponimus æstimatum fuisse non id quod domini interesset, si seruus non redderetur eo casu quo nihil de eo pet* quæstionem compertum esset, & seruum ipsum sibi omnimodo reddi dominus vellet. Sed seruum ipsum. Idque non vt eo minùs superiore casu redderetur, sed vt si fortè periret illum vel debilitari in tormentis contingeret, vel qua alia ratione fieri vt reddi non posset, atque ideo ad æstimationis præstationem necessariò decurrendum esset, non alio vtique pretio quàm quod taxatum esset, peteretur & redderetur *d. lege si inter 21. Cod. de iur. dot. lege æstimatio 50. D. solut. matr.* Nihil igitur vetat hoc casu id quod interest domini ob non redditum seruum egredi conuentam serui æstimationem si pluris intersit, quam quanti seruus est, vt *d. lege 1. D. de action. empt. d. lege in interdicto 6. D. vnde vi & De vi armat.* Addit Cuiacius Esse indistinctè actionem Præscriptis verbis siue dominus initio dederit seruum cum effectu, siue tradiderit tantùm & posteà pecuniam elegerit, quod electa pecunia seruum dedisse videatur. Rectè quidem si agatur ad id quod interest ob id quòd redditus non sit seruus. Sed malè falsòque eo casu quo eligatur pecunia, & petatur. Et quod subiicit, quasi ex negotio Do vt des pecuniam, æquè falsum est. Dicendus enim potiùs esset contractus Do vt reddas, vt supra monuimus, nec Cuiacius ipse in sequentibus diffitetur. Idem quærit, Cur in proposita specie non detur actio ex vendito, & quod effectu idem est, Cur æstimatio non faciat venditionem, Et respondet, Æstimationem eo demùm casu facere venditionem, quod de æstimatione tantùm reddenda conuenerit, non de alteruiro, vt hic, inquit, conuenit, Vel seruum reddi vel pretium, quia id abhorreret à conditione & natura venditionis *d. l. plerumque 10. §. vlt. D. de iur. dot.* Verè quidem si ad meram iuris rationem referatur, sed non satis accommodatè ad speciem nostram, in qua non possis nisi diuinatoriè cum Cuiacio dicere conuentum fuisse vt vel seruus vel pretium serui redderetur, cum nihil de eo Papin. exprimat, Multò minus de danda domino electione, quod ipsum tamen perinde supplendum & diuinandum est, ne habeat electionem reus quam alioquin haberet, vt suprà disputauimus. In summa concludit vir doctissimus decurrendum esse necessariò hoc casu ad actionem præscriptis verbis quæ subsidiaria est, quod aliæ omnes deficiant, cùm neque ex vendito agi possit quia venditio non est neque ex stipulatu inquit, quia stipulatio nulla interuenit. Quasi verò extra duas illas actiones nulla sit quæ possit competere ad pecuniam æstimationis petendam. Quidni verò conditio certi, quæ competeret vt diximus non actio ex stipulatu, vt malè putat Cuiacius, etiamsi stipulatio interuenisset *d. lege si quis certum.* Nam quod addit dandam hoc casu actionem Præscriptis verbis quasi ex contractu, & negotio ciuili, perinde impertinens est, Etsi enim non nisi ex ciuili negotio & synallagmatico nasci potest ciuilis actio Præscriptis verbis, Non tamen nascitur ex quolibet ciuili negotio, sed ex eo demùm ex quo ciuilis alia nasci actio nulla possit *d. lege 1. 2. 3. & tot. tit. De præscr. verb.* Sequitur apud Cuiacium huiusmodi conuentionem quam de suo ille supplet ac comminiscitur interpositam fuisse de seruo ipso vel eius pretio reddendo vtrum dominus mallet, contractum esse non pactum. Memor scilicet veteris illius perpetuique sui erroris quo defendit nullum esse pactum, quod non sit nudum, inuito Papiniano nostro qui tam aperte scribit eum se casum tractare quo non tantùm contractus interuenerit per traditionem serui æstimati factam à domino quæstionis habendæ gratia sed etiam pactum insertum contractui quod ille & pactum disertè vocat, & nudam esse negat. Quomodo & paulò antè vocat legem contractus iis verbis *si lex contractus non lateret.* Quis verò dicat legem contractus esse contractum? Quod si ita esset, Vtique ergo non pactum non legem contractus sed contractum contractus dici oporteret, stulta planè & inepta battologia, Quam & illud refellitur, quòd contractus ex conuentione legem accipere dicuntur, non vt noui contractus fiant, totque species contractuum, quot pactiones contractui inseruntur, sed vt vnico eodemque contractu subsistente, id tamen quod adiecto pacto conuenit vel actione ex eodem contractu si bonæ fidei sit, vel qua alia puta actione Præscriptis verbis perinde præstetur *lege 1. si conuenit D. depos. lege in conuentionalibus 52. De verb. oblig. lege contractus 23. de regul. iur. dict. lege vlt. C. de rer. permut.* Atqui, inquit Cuiacius, si esset pactum non daretur ex pactis, sed tantùm ex contractibus. Imò verò, inquam datur ex pacti quoque dummodo non sint nuda, qualia non sunt quæ dant legem contractui eique cohærent, vt in lege nostra scriptum est *& in dict. l. vlt. l. petens 27. C. de pact. lege frumenti 19. C. de vsur.* & aliis sexcentis. Sed qua ratione probat non esse pactum? quia inquit, datio serui interuenit, & in pactum est conuentio quæ nomine vocat, & quæ ex datione vel ex facto non sumpsit effectum. Parum hercle subtiliter. Non enim ponimus dationem vel traditionem interuenisse vt daret effectum pacto, sed è contrario dationem vel traditionem serui præcessisse, eique postea subiectum pactum fuisse, Ideoque seruandum esse non quia traditum effectum sumpserit, sed quia decipi non debeat qui rem suam tradidit certa lege non aliter traditurus. Itaque quamuis neque traditio per se contractus sit, neque pactum quod traditioni adiectum est vt traditioni legem daret, non eo minus tamen ex eo datur actio vt quod pacto promissum fuit impleatur, Non quasi ex contractu qui certè hic nullus est, sed quasi ex pacto non nudo sed munito, & vt nostri loquuntur, vestito cohærentia non contractus sed traditionis *dict. lege in traditionibus 48. D. de pact.* Subinde quærit etiam Cuiacius, Quid sit dicendum si seruus ea lege in quæstionem datus sit vt ipse seruus redderetur si innoxius repertus esset, & nihil actum sit de æstimatione, quamuis hunc casum Papinianus non attigerit. Et respondet hic quoque esse condictionem sine causa, Eâdem adhi-

bita

bita distinctione si seruus factus sit accipientis, Vel si non sit factum accipientis esse vindicationem & ad eahibendum actionem, Vel esse Præscriptis verbis in id quod interest seruum reddi, quasi negotio, inquit, ita gesto *Do vt reddas*. Sed ita demum esse condictionem sine causa si ipsum seruum velim vt reddas omnino, Id vero quod interest nolim. Hoc autem etiam malè. Non enim potest locus esse condictioni sine causa vt iusta dandi causa fuit, & causa illa secuta est. In proposito autem iusta fuit causa dandi serui in quæstionem, quam ponimus de illo habitam fuisse. Qua ratione fatetur Cuiacius non posse hic locum esse condictioni ob rem dati re non secuta vt *in dicta lege penultima Digestis de condiction. caus. dat.* Cur ergo demus potiùs condictionem sine causa? Nisi fortassis ideò quòd cùm de seruo habita quæstio est, & seruus innoxius repertus, causa quæ ab initio fuit, finita est. Quo casu perinde competit condictio sine causa, atque si nulla ab initio causa dandi fuisset *lege prima Digest. de condictione sine caus.* Sed præter id quod non potest dici finita causa quæ secuta tandem est *dicta lege prima paragrapho fine ab initio*, vbi æquiparantur ista, Finitam esse causam vel non esse secutam, non etiam illa, Finitam esse, & Secutam esse, Illud quoque verissimum est, quod nos docuimus in præcedentibus, Ex contractu Do vt reddas nulli vnquam condictioni locum esse posse, cum interposita in eam rem expressa conuentione ad hoc ipsum possit agi actione ex contractu competente vt reddatur quod reddendum est, vel quod interest præstetur. Nec æquum aut necesse sit saluam esse condictionem ei qui expressim sibi cauerit adhibita conuentione ad hoc ipsum consequendum, quod per condictionem posset intendere. Quid enim aliud per condictionem peteret nisi vt seruus sibi redderetur? Atqui hoc ipsum in conuentionem deduxit. Et actio quæ nascitur ex contractu hoc amplius habet quàm condictio, quod expressam habet contrahentium voluntatem: Condictio autem non nisi tacitam *lege is qui decimatertia in fine De commod.* Pateat ergo illi via quam elegit, tametsi agendo præscriptis verbis non sit præcisè consecuturus seruum, quem nec per condictionem sine causa consequeretur si contumax esset debitor in eo reddendo. Nam etsi vindicatione quæ potentior est ad res nostras repetendas, agere vellet dominus, nollet autem debitor parere arbitrio iudicis iubentis rem restitui, æstimanda necessariò lis esset quanti actor in litem iuraret si prudentibus credimus, aut conscribendus exercitus vt ex Tribonianea iurisprudentia posset ei possessio auferri manu militari *Ex lege qui restituere sexagesima-octaua Digest. de rei vindicat.* Sempérque lis æstimanda est in pecunia tùm quoque cùm agitur condictione triticaria, per quam res ipsa præcisè petitur *lege tertia Digest. de conditione triticaria* siue dandum habeat reus siue tradendum, quia nec dare potest id est dominium transferre, quin tradat & possessionem transferat *lege traditionibus vigesima, Codice de pact.* Traditio autem facti est *lege consilio septima, paragrapho vltimo D. de curat. furios.* Ad factum autem nemo vnquam præcisè obligatur, quia vi & impressione in eam rem opus esset, qua nulla opus est, vt in executione iudicati ex venditione bonorum pecunia quæ litem æstimauit, colligatur, vt alibi nec vno loco scripsimus. Addit alia quædam Cuiacius circa interpretationem *dicta lege penultima D. de condictione caus. dat.* quæ quoniam ea ita quæ suprà diximus iam satis superque confutata sunt, non erimus in eo refellendo longiores. Piget enim pudetque tam multa reprehendisse in scriptis viri doctissimi, quæ multò libentiùs laudarem si possem. Magnam certè tuo nomini, magne Cuiaci, fecerunt iniuriam illi qui tuas istas recitationes in Papinianum & Paulum aliaque opera posthuma, contrà quàm fieri præceperas, in publicum ediderunt. Quamquam enim sunt in iis pleraque ingeniosa & erudita, sunt tamen etiam multa, ne dicam plura parum diligenter, & incautè scripta, quæ ex docente dictantéque præceptore bona mente excipi nec sine fructu aliquo ab auditoribus potuerunt, A lectore autem quantumuis beneuolo & à posteritate paterna gratiam & authoritatem sperare non debuerunt.

***

ANTONII

ANTONII FABRI I.C.

Decas octogesimaquarta.

ERROR PRIMVS.

De certi condictione quam dant Interpretes ex obligationibus faciendi.

PRÆFATI sumus in Errore quarto superioris Decadis, nihil intolerabilius nobis videri ex iis omnibus, quæ ab Accursio & Bartolo circa condictionem certi malè tradita sunt, quàm quod volunt, Certi condictionem competere non minùs ad petendum id quod interest, quàm ad petendam certam pecuniam numeratam. Sed cogit tamen rei veritas vt dicamus, Esse illud multò intolerabilius, quod iidem addunt, Etiam ex obligationibus faciendi posse agi condictione certi. Sic enim Bartolus *ad l. certi condictio 9. D. de reb. cred. num. 16.* vbi ait, Licèt in huiusmodi stipulatione faciendi non deducatur id quod interest, sed factum solum. Videri tamen etiam id quod interest tacitè deductum. *Ex l. stipulationes non diuiduntur 72. vers. Celsus De verb. oblig.* Cui potuit addere, *l. quoties 81. eod. tit. l. si quis ab alio 13. §. vltim. D. de re iud.* & alias quàm plurimas in quibus videas in obligationibus faciendi semper id quod interest succedere in locum facti. Perpetuus namque in eo est Bartolus vt putet ad inducendam certi condictionem non esse necessarium vt illud quod petitur appareat certum ex ipsa pronunciatione, sed sufficere quòd sit certum in rerum natura, nec sit variabile ex potestate & voluntate debitoris. Quo præsupposito defendit id quod interest licèt incertum sit, quod ad nos quousque per sententiam iudicis liquidatum sit, certum tamen esse per rerum naturam, neque ex voluntate debitoris variabile: Atque ita concludit tam id quod interest ob non factum id quod fieri debuit, licèt non nisi tacitè in stipulationem deductum intelligatur, quàm id quod expressè in stipulationem deductum fuit, per certi condictionem peti posse, quasi non minùs hoc quàm illud per rerum naturam certum sit, quemadmodum æquè apud homines ante iudicia liquidationem vtrumque incertum est. Atque ita errorem ex errore colligit, nec difficilius aut absurdius esse putat vt certi condictio detur ex stipulatione faciendi, quàm ex stipulatione præcisa eius quod interest. Etsi verò ad traditionem hanc refellendam possent illa ipsa sufficere quæ ad priorem errorem refellendum iam attulimus. Lubet tamen diutiùs luctari cum Bartolo, præsertim quia hucusque nec ad ratiunculas illas quas affert, neque ad iuris locos quibus moueri se profitetur, quicquam respondimus. Ac priusquàm de eius quod interest certitudine vel incertitudine pergam dicere, Illud primùm occurrit quod moneam, & ad quod non videtur Bartolus attendisse, Obligationes faciendi non ex eo solo incertas dici, & incertum continere, quòd in effectu fiat ex iis condemnatio in id quod interest: Sed ob ob id etiam quod factum ipsum in stipulationem deductum, per se sit incertum, Ita vt iis quoque casibus si qui sunt ex tam multis quos Bartolus congerit *d. l. stipulationes non diuiduntur*, in quibus ad factum faciendum præcisè agi possit, neque debitor obligatione aut præstatione eius quod interest liberetur, non eo minùs fatendum sit & incerti, & incertam esse stipulationem *leg. vbi autem 75. §. qui id quod eod. tit.* vbi Vlpianus scribit, Eum qui id quod faciendo vel non faciendo consistit stipulatur incertum stipulari. In faciendo, inquit, Veluti fossam fodiri, Domum ædificari, Vacuam possessionem tradi, in non faciendo, Veluti, Per te non fieri quominùs mihi per fundum tuum ire agere liceat, Per te non fieri quominùs mihi hominem Erotem habere liceat. Ratio est, quia quod vel faciendum, vel non faciendum promittitur, non quid præsens sed futurum est, & consequenter hoc ipso incertum, quia nesciri potest an futurum sit necne, siue inscientiam nostram inspicias siue ipsam rerum naturam ex verissima Theologorum nostrorum sententia, qui necessitatem fati nullam agnoscentes, negant futura contingentia fieri necessariò, sed contingenter, tanquam quæ Deus Optimus Maximus, cuius præscientia falli nunquam potest, præsciat quidem futura esse, sed contingenter tantùm non necessariò. Quamquam autem aliter prudentes nostri sensisse videntur qui Stoïcorum dogmatibus imbuti fatum in rebus humanis esse, atque omnia posse crediderunt, ideóque nec dubitarunt quin omnia certa essent in rerum natura, & futura vtique id est omnimodo, & necessariò fierent vt ex Sabini & Cassij sententia Paulus scribit *in l. sed etsi 28. §. vlt. D. de iudic.* Non eo minus tamen existimarunt quoties de futuris tractaretur inscientiam nostram attendi oportere, potiùs quàm latentem illam naturæ certitudinem quam nemo sciret nec scire ante euentum vnquam posset, vt supradicto loco ex eorundem Sabini & Cassij sententia Paulus concludit. Nam & ea quæ præsentia sunt, ac proinde certa in ipsa rerum natura, si tamen quod ad homines sic incerta sint, vt nesciri queant, perinde habentur in omni parte iuris acsi non essent, Puta si qua mulier iam prægnans sit, nec tamen, quod quotidie euenit, se prægnantem esse adhuc sciat, vt aliàs scripsimus in interpretatione *leg. ventre 84 D. de acquirend. heredit.* Quid enim refert an aliquid non sit, an verò sit quidem, sed ita vt esse omninò nesciatur: Multò igitur magis quæcunque futura sunt, pro incertis habenda sunt etiam in ipsa rerum natura, quia non modò nondum sunt, sed nec sciri per rerum naturam potest an futura vnquam sint priusquàm fiant, longè minùs verò quando & qualiter futura sint. Ergo cùm dicemus stipulationem faciendi, vel non faciendi esse incerti, non tam respicimus ad condemnationem eius quod interest quæ sequi potest ob non factum id quod fieri debuit, quàm ad factum ipsum quod vel faciendum vel non faciendum est, quippe quod per se incertissimum est nulla etiam ad id quod interest facta relatione. Incertum, inquam non solùm in se, sed etiam in

æſtimatione ſi quis fortè æſtimare illud velit. Nam cùm non modò incertum ſit, ſed etiam nondum in rerum natura ſit, quomodo certam æſtimationem habere poteſt? Scilicet niſi à quo tempore deſiit fieri amplius poſſe, Quo demùm tempore æſtimatio quidem fieri poteſt & debet, ſed non tam ipſius facti quàm eius quod intereſt ob non factum id quod fieri debuit, vel ob factum quod fieri non debuit. Ideóque in *dict. leg. ſtipulationes 72. De verborum obligat.* malo legere *iuſta æſtimatione facta* quàm vt vulgò *iuſta æſtimatione facti.* Sic dicimus operas liberti etiam quas promiſerit in rerum natura non eſſe, nec alia ratione quàm quia in faciendo conſiſtunt *leg. opera 9. D. de oper. libert.* & ob id neque niſi præteritas peti poſſe, neque niſi earum æſtimationem *leg. 3. leg. ſi quando 8. leg. quoties 24. eod.* Non eſt igitur bona conſecutio etiam ſuppoſito errore Bartoli, de danda certi condictione ad id quod intereſt, vt ob id danda quoque ſit certi condictio ex obligatione faciendi. Niſi fortè quis reſpondeat pro Bartolo, Non poſſe agi ex obligatione faciendi quandiu fieri poteſt id de quo faciendo conuenit *leg. ſi ita ſtipulatus 14. D. de verborum obligat.* Sicut & qui operas ſtipulatus eſt, ante peractum diem petere operam eius dici non poteſt *dict. leg. 3. de oper. libert.* Poſteà verò quàm præteriit tempus intra quod fieri potuit & debuit opus, iam agendum eſſe ad id quod intereſt & ad pœnam *dicta lege ſtipulationes verſ. Celſus tamen lege quoties 81. eod.* Rectè igitur Bartolum ex obligationibus faciendi perinde atque ex obligatione eius quod intereſt certi condictionem dediſſe. Verùm captioſa reſponſio eſt, Nam cùm is qui non fecit opus intra tempus quo fieri debuit, purgare moram poſſit etiam inuito ſtipulatore in tempus vſque litis conteſtatæ vt disertè ſcriptum eſt *in leg. ſi inſulam 84. de verborum obligat.* quis non fateatur permittendum eſſe ſtipulatori vt poſt tempus illud elapſum agat etiam in hoc vt quod promiſſum eſt fiat, dummodò non præcisè in id agat, ſed relicta debitori electione præſtandi eius quod intereſt ſi id malit. An verò æquè permittendum ei erit vt agat condictione certi? Minimè. Non ſolùm, quia vtrumque actionis alternatiuæ caput perſequitur rem incertam, ſed etiam quia tametſi poſterius actionis caput certum eſſet, prius tamen quod ad factum, & conſequenter ad rem omninò incertam pertineret, vtique certi condictionem non pateretur. Et ſanè quantum interſit an de faciendi obligatione loquamur, an de obligatione & præſtatione eius quod intereſt quæ ſuccedit in locum obligationis facti, vel ex eo intelligi euidenter poteſt, quod faciendi obligatio indiuidua eſt, adeò vt eius diuiſio corrumpat ſtipulationem, nec quicquam proſit ſi duntaxat pro parte actum ſit, quod niſi in ſolidum fieri non potuit *dicta lege ſtipulationes 72. dicta lege in executione verſ. ſecunda. eodem titul.* At obligatio eius quod intereſt quæ ſuccedit in locum obligationis faciendi quoniam conſiſtit in pecunia numerata diuidi commodè poteſt. Id enim eſt quod Tuberonem exiſtimaſſe Celſus refert, nec ipſe improbat, Vbi quid fieri ſtipulamur ſi id factum non fuerit, pecuniam dari oportere, Ideóque etiam in hoc genere diuidi ſtipulationem, Cui conſequenter addebat Celſus, Iuſta æſtimatione facta dandam & diuidendam eſſe petitionem. Apparet igitur non eſſe bonam ratiocinationem Bartoli ab obligatione eius quod intereſt ad obligationem facti, Nec magis inferri poſſe quod facti obligatio ſit certi ob id quod ſuccedens in facti locum obligatio eius quod intereſt, certa ſit, etiamſi hoc maximè Bartolo largiamur, quàm ſi ex eo quòd obligatio eius quod intereſt diuidua eſt, inferre quis vellet, Ergo ipſam quoque facti obligationem diuiduam eſſe. Proinde nec illa conſecutio bona eſſe poteſt, vt ex faciendi obligatione dari debeat certi condictio ad factum, quia & daretur ſi Bartolo credimus ad id quod ſtipulatoris intereſſet. Eſtque longè certius, & expeditius dicere, Neutro caſu poſſe condictionem certi competere, id eſt neque ad factum, neque ad id quod intereſt, quia vtrumque omninò incertum eſt, ſed illud magis.

ERROR II.

De incerto quod fit certum per taxationem iudicis.

Dices cum Bartolo, Non quidem ea pronunciatione ipſa apparere certum id quod intereſt, ſed tamen non eo minùs certum eſſe per rerum naturam, cùm liquidari & taxari poſſit per iudicem: Hoc verò ſufficere vt certum dici poſſit, & ad inducendam certi condictionem. Atque hæc quidem præcipua Bartoli ratio eſt, quam vbi diluerimus, confecta res erit. Primùm verò reſpondeo, Nulla iuris parte, nullóque iuris loco probari poſſe, quod ſibi fingit Bartolus, Certum quid eſſe ob id ſolùm quod certum fieri poſſit à iudice. Aliud enim eſt. Certum quid eſſe, Aliud verò longè, Poſſe quid fieri certum præſertim ſi addas *à iudice.* Non enim certum adhuc eſt quod certum, fieri poteſt, nec magis poſſunt illa confundi quàm duo illa inſtantia quæ Phyſici vocant In fieri, & in facto eſſe. Fateor vt certum quid verè dici poſſit, non eſſe neceſſarium, vt ex pronunciatione ipſa appareat, quid, quale, quantúmque ſit, ſed ſufficere, vt de eo conſtare poſſit per relationem ad quid aliud certum *l. certum 6. D. de rebus creditis.* Sed hoc contendo relationem illam certam eſſe debere, id eſt ad eam rem fieri, quæ ipſa iam certa ſit in rerum natura. Alioqui nemo niſi ſtultè dixerit poſſe certum quid vel eſſe, vel fieri per relationem ad aliud quod ſit æquè incertum. Quomodo de probatione ſcripturæ quæ fit per comparationem literarum ſcriptum eſt *in l. comparationes 20. Cod. de fid. inſtrum.* Atqui relatio quæ fit eius quod intereſt ad taxationem faciendam à iudice non eſt huiuſmodi. Eſt enim omninò incertum etiam in ipſa rerum natura quantum bonus iudex taxaturus ſit, non ideò ſolùm quòd futurum illud ſit, futura autem omnia per ſe ipſa ſint incerta, vt iam ſæpiùs diximus, Sed etiam quia pendet taxatio illa partim à iudicis arbitrio, cuius eſt probationum momenta fidémque tanti æſtimare quanti eſſe putauerit, Partim à lubrico fidei teſtium, quorum eſt probare an & quanti interſit: Quod ipſum adeò incertum eſt, vt plerumque per inopiam probationum id quod multò pluris reuerà intereſt, ad longè minorem ſummam deducatur *dict. leg. vltim. De prætor. ſtipul.* Nec video cur facilius poſſit admitti, quod tamen Bartolus fateri cogitur, Certum dici non poſſe quod pro arbitrio debitoris eſt variabile. *ex dict. leg. vbi autem 75. §. qui illud aut illud D. de verbor. obligat.* quàm quòd ego perinde admittendum eſſe volo, Certum in rerum natura dici nullomodo poſſe, quod pro arbitrio ſiue iudicis ſiue teſtium variari quandoque poſſit. Perinde namque incerta ſunt omnia quæ ex hominum voluntate pendent, Sed illa maximè quæ ex Iudicis ſententia quam inter caſus fortuitos ponere ac enumerare, nec abs re

noſtri

nostri solent, tum quoque cùm de iure tantùm quæstio est, à quo citra iniuriam recedere iudex non possit *leg. eo tempore 50. D. de pecul. leg. si per imprudentiam 5. D. de euict. leg. exceptione 67. D. de fideiuss.* Quantò magis cùm facti quæstio est, quæ non potest non esse in arbitrio & religione iudicantis, *l. 1. §. 2. D. ad Turpill. leg. ordine 25. D. ad municip. leg. voluntatis 7. Cod. de fideicomm.* Vnde est quod vulgo iactatur, Exitum iudiciorum & euentum ipsius quoque executionis iudicati incertum esse, *l. quod debetur 51. D. de pecul.* Potiò an & quatenus cuiusque intersit in facto non in iure consistit, *l. quatenus 24. De regul. iur.* Nihil ergo dici absurdius potest, quàm quod vult Bartolus. Id quod interest posse in ipsa rerum natura ideò certum esse, quod per iudicem taxari & liquidari queat, nec sit ex voluntate & arbitrio debitoris variabile. Quamquam nec hoc quoque verum est, Cùm si creditor cuius reuera interest pluris, dicat longè minoris sua interesse, cogatur iudex voluntatem sequi creditoris, ne alioqui fatuus sit si quid el vltra petita adiudicet, Et e contrario sequi voluntatem debitoris, si cùm non interesset creditoris nisi in centum, fateatur debitor siue per errorem, siue donandi animo, interesse ducentorum. Quid enim aliud pronunciare iudex possit, quàm quod inter litigatores ipsos conuenerit: *leg. si conuenerit 26. D. de re iud.* Bartolum sine dubio illud fefellit, quòd æstimationem eius quod interest similem putauit æstimationi cæterarum rerum, quæ licèt per iudicem ex proborum virorum testimonio & arbitrio facienda sit, non eo minùs tamen certa esse creditur, adeóque per certi condictionem peti posse. Inde namque est quod pro mercibus quoque certi condictio locum habet cùm sic petuntur, vt earum æstimatio in iudicium deducenda sit, id est nisi si quando per triticariam petantur *lege vinum vigesimasecunda, Digest. de rebus creditis, lege vltima, Digest. de condictione triticaria.* Sed quàm mala peruersaque sit hæc Bartoli collectio ex eo intelligimus, quòd cæteræ res omnes quæ sui natura certæ sunt, certam quoque in ipsa similiter rerum natura æstimationem habent, non ex iudicis aut alterius cuiusquam hominis arbitrio & voluntate quæ semper incerta est, metiendam, sed ex communi hominum opinione, quæ semper certa est, quia non tempus futurum respicit, sed præteritum, cuius incertitudo nulla esse potest, *lege pretia rerum sexagesima tertia, Digest. ad legem Falcidiam, lege si seruus trigesimatertia, Digest. ad legem Aquiliam.* Nihil enim aliud est pretia rerum ex communi hominum opinione constituere, quàm illud inspicere quanti anteà vendi solitæ sint res eiusdem qualitatis, & conditionis, In quo nihil est quod possit dici variabile pro arbitrio & voluntate hominum, in quorum scilicet potestate non est, vt quæ iam facta, & hoc ipso certa sunt, pro infectis incertísque habeantur. Proinde mirum non est certi condictione peti etiam æstimationem illam mercium, quæ per viros probos facienda sit, quia licèt hoc ipso incerta videatur, quòd facienda necdum facta est, Certa tamen est quoniam fieri debet ex præteriti temporis comparatione, habitáque relatione ad ea, quæ iam facta sunt. Ob eámque causam dicimus fieri non posse vt rei quæ per naturam certa est, incerta sit per rerum naturam æstimatio. Ad id quod interest nihil omninò certi habet, propter quod eius quoque æstimationem certam possis dicere, quia priusquàm taxatum sit nullis finibus certis concluditur, cùm pendeat totum ex factis circunstantiis, quæ nunquam adeò similes aut eædem sunt, vt ex præteritis taxationibus coniectura sumi possit nedum probatio, quanti æstimandum sit id quod interest, de quo hodie quæritur. Nec quod per sententiam iudicis certificari possit, vt Bartolus loquitur, facere potest vt pro certo haberi debeat priusquàm certificatum sit. Ideóque nimirum vix est, vt propter pecuniam fiat vnquam condemnatio eius quod interest, nisi cùm certo loco vel tempore fuit debita, quoniam alioqui facilè excresceret in infinitum æstimatio eius quod ratione pecuniæ interesset si nulla vel loci vel temporis circunstantia debitum coarctaretur, *lege nullimus tertia de in lit. iurand.* ex eáque causa induci necesse [illegible] vt vsura pecuniæ vice eius quod interesset præstaretur, & quidem ad certum vsque modum, vltra quem nulla maioris lucri quod insuper ex pecunia sperari potuit, ratio habeatur, cuius tamen rationem in æstimando eo quod interest haberi oporteret, *lege si commissa decima tertia, Digest. rat. rem hab.* Mouetur autem Bartolus vt tam improbabilem Accursij opinionem tueatur ex eo potissimùm quod scriptum est *in dicta lege certi condictio*, Etiam ex lege Aquilia certi condictionem competere, Cùm legis Aquiliæ actio detur ad interesse, *leg. ait lex 21. in fine, & seqq. leg. liber homo 37. & pass. Digest. ad legem Aquiliam.* Inde namque infert, Ergo etiam ad id quod interest, certi condictione agi posse. Nec animaduertit, ex verbis legis Aquiliæ actionem non dari nisi ad æstimationem Quanti plurimi eo anno res fuit, Anno inquam retrorsus computato. Aut in triginta diebus proximis præteritis, Quæ æstimatio cùm ad præteritum tempus referatur, semper vt dixi certa est, Fieri verò per Interpretationem quam prudentes adhibuerunt ad eam legem, vt non solùm peremptí corporis æstimatio habenda sit, sed etiam si quid præterea damni peremptο eo corpore illatum nobis fuerit, vt Iustinianus scribit *in paragraph. illud non ex verbis Institut. de lege Aquilia*, quod tamen non semper contingit. Ratius enim illud est, ideóque verbis legis Aquiliæ omissum vt solent aptari verba legum, ad ea quæ sæpiùs eueniunt, non ad ea quæ rariùs. Quod ergo dicimus etiam ex lege Aquilia competere certi condictionem, ad eos casus referendum est quibus agatur ad rei æstimationem, & ex ipsis verbis legis Aquiliæ, non ad eos quibus agatur vtili actione legis Aquiliæ quæ ex prudentum interpretatione descendit ad id quod interest, vt ex iis quæ sequenti cap. dicemus clariùs intelligetur. Non enim si verum est vt est Posse certi condictionem competere ex lege Aquil. scilicet cùm certum petitur, statim consequens fit vt quoties agitur ex lege Aquilia etiam ad id quod interest certi condictio locum habere debeat, Cui certum est locum esse nunquam posse nisi cùm certum petitur, In quo genere id quod interest, quia semper incertum est nunquam continetur. Concludamus igitur quod & plerique Interpretes contrà Accurs. & Bart. iam ante nos disputarunt, Siue id quod interest expressim & per se in actionem deducatur, siue tacite & in consequentiam vt euenit in omnibus faciendi obligationibus, Certi condictionem ex ea causa locum habere nunquam posse. Nec magis vrget quod pro sententiæ suæ confirmatione Bart. Ad certi condictionem exercendam non esse necessarium vt certa quantitas exprimatur in libello, id est vt illud quod petitur appareat certum ex ipsa pronunciatione, Quod ille probat ex *dict. leg. vbi autem 75. §. illud De verb. oblig.* Vbi scriptum est certum in stipulationem deductum intelligi, cùm quis stipulatus est triticum, quod est in horreo aut pecuniam quæ est in arca, cùm tamen non ex

ex pronunciatione ipsa, sed tantùm per relationem certum sit in rerum natura, quod in stipulationem deductum est. Fateor enim certi condictione peti posse id quoq; quod non nisi per relationem ad aliud sit certum, quia nimirum idipsum quoque certum est. Sed nego quod Bartolus assumit pro vero, In rerum natura certum esse id quod interest, quomodo certum est per rerum naturam quid & quantum sit in arca, vel in horreo. Nam aut nihil omninò in rerum natura incertum est, aut certè incertissimum esse dicendum est id quod interest. Quòd si etiam is qui decem vel hominem stipulatur incertum stipulari intelligitur, nisi electionem sibi constituerit, quia licet certa sit vtraque res, quæ huiusmodi obligatione alternatiua designatur, incertum tamen est vtram reus electurus sit *d. l. vbi autem paragrapho qui illud aut illud.* Quantò veriùs est incertum in stipulationem deductum intelligi, siue quis expresse, siue tacitè id quod interest, stipuletur. Nam & ea eo Bartolus colligit, nec malè, Incertum esse quod ex voluntate & arbitrio debitoris est variabile, quantumuis alioqui per se certum id esse videatur. Sed in eo statim errat manifestè, quod putat, E contrario certum esse quicquid non est variabile pro arbitrio debitoris, Quod non ita est. Quicquid enim per rerum naturam incertum est, non ex eo solo certum fieri aut dici potest, quòd ex arbitrio debitoris non sit variabile, sed ad ea tantùm quæ in rerum natura, & per se certa sunt hæc distinctio pertinet. Sola enim variandi facultas facit incertum quod alioqui per se certum est, At non vicissim sola negatio, vt ita dicam, potentiæ variandi facit certum id quod iam per se incertum est.

ERROR III.

De necessitate, vel vtilitate certi condictionis generalis.

ETsi neget Bartolus necessitatem vllam fuisse introducendæ certi condictionis generalis, quòd putet nunquam actionem illam competere quin specialis aliqua competat, Quod à nobis iam satis, imperéque confutatum est in tertium huius Decadis errorem, Admittit tamen cum Accursio subesse causam vtilitatis propter quam induci ea actio debuerit. Vtilitatem verò illam, quia in quo consistat non facilè comminisci potest, totam in eo constituit, vt si quis fortè velit contra furem agere ad duplum, vel ad quadruplum sic tamen vt eius famæ & existimationi parcatur, certi condictione generali aduersus eum agere debeat ad pœnam dupli, vel quadrupli, non autem actione furti, quæ alioqui in eam rem competeret, quoniam inquit actio furti infamaret, Condictiones verò nunquam infamant tametsi maximè ex famosis causis pendeant, *lege cessat 36. D. de obligat. & action.* Nec sanè dici potest qua in re alia huius actionis vtilitas versetur. Nam si actio illa specialis quam semper subesse vult Bartolus, tanquam præexistentem materiam ex qua oriri possit, hæc certi condictio generalis, vt idem Bartolus loquitur cùm defendit actionem hanc natiuam esse non datiuam, temporalis fortè fuerit non perpetua, fatetur Bartolus temporalem quoque non perpetuam fore certi condictionem illam generalem non perpetuam. Quippe quæ licèt ciuilis actio sit, & ob hoc ipsum perpetua ex sui natura *lege secunda Codice de constitutione pecuniaria* in eius tamen locum quæ temporalis fuit subrogata esse videatur ideóque eatenus eius sapere, vt loquuntur, & induere debeat ex *lege si quis cum 10. paragrapho qui iniuriarum Digest. si quis caution. lege in duobus vigesimaoctaua paragrapho exceptio D. de iureiur.* Atque ita etiam Accursius ante Bartolum tractauit: Quamuis vterque parùm subtiliter, vt mihi quidem videtur. Non enim potest dici condictio ista certi subrogata in locum alterius specialis ex eadem causa competentis, cùm tam citò competat condictio quàm alia illa specialis, ob idque periode natiua sit non datiua, ideóque possit etiam prior exerceri si id malit is qui aliam specialem proponere posset si vellet. Quo casu haud dubie alia illa specialis actio per certi condictionem generalem consumeretur, Sicut è contrario certi condictio per aliam specialiorem priùs propositam omninò consumitur *dicto paragrapho exceptio in fine.* Ergo quemadmodum actio mandati, negociorum gestorum, societatis & similes de quibus agitur *in dicto paragrapho exceptio.* non idcirco possunt dici subrogatæ in locum certi condictionis generalis, quod propositæ sint ante condictionem quæ prior proponi potuisset, quamuis ita fiat vt aliæ illæ specialiores actiones consumantur, Ita neque subrogatam dicere possumus certi condictionem quam vocant generalem in locum aliarum, quæ per ipsius electionem consumuntur, si quandoque prior illa proponatur ab imprudente actore qui malit actione stricta, quam bonæ fidei iudicio experiri. Subrogata enim propriè dicenda est illa actio, non quæ prior exercetur, posthabita alia quæ perinde ab initio eligi posset, sed quæ posterior nascitur ex alterius quæ priùt competiit extinctione, vt *in dicto paragrapho qui iniuriarum*, quod hic non euenit, neque in specie *dicto paragrapho exceptio.* Sed & in eo mihi valdè errare nostri videntur, quòd supponunt posse fieri vt certi condictio competat ex aliqua causa ex qua possit alia etiam actio competere, quæ sit temporalis. Cùm enim ius totum Pandectarum non alias temporales actiones agnoscat, quam quæ ex Prætorum vel Ædilium iurisdictione proficiscuntur, quia quæ ex contractibus vel ex legibus, vel ex Senatusconsultis nascuntur omnes fuor vt ciuiles ita perpetuæ *dicta lege secunda Codice de constitutione pecuniaria.* Nisi quod à posterioribus Imperatoribus factæ sunt temporales, vt Iustinianus docet *in titulo de perpetuanda & temporanda actione.* Consequens est vt fatendum sit non aliter posse condictionem certi generalem concurrere cum alia actione temporali, quàm si cum prætoria, vel ædilitia actione aliqua concurrat: Quod tamen nec euenit vnquam nec euenire potest, quia non nisi deficientibus actionibus & remediis ciuilibus comparatæ sunt actiones prætoriæ, Nunquam autem deficeret actio & auxilium iuris ciuilis eo casu, quo competere posset certi condictio, quæ semper, & omni casu, ciuilis est, nunquam honoraria. Qua de causa Vlpianus *in lege certi condictio nona, Digest. de rebus creditis.* etsi præfatur certi condictionem generalem competere ex omni causa, & ex omni obligatione ex qua certum petitur. Subinde tamen hanc rem totam exemplis, & ampliore interpretatione explicans, addit, siue ex contractu certo, vel incerto, siue ex testamento, id est ex lege duodecim Tabularum, quæ testamentarias volontates confirmauit, siue ex lege Aquilia, siue denique ex Senatusconsulto certum debeatur, Nec adijcit quod alioqui adijciendum omninò fuerat, *siue ex edicto Prætoris*

ve

vt intelligamus nunquam condictionem certi competere ea ea causa quæ ex solo Prætoris edicto proficiscatur. Vnde illud etiam factum puto, vt non tam generaliter dixerit Vlpianus competere hanc actionem quoties certum quid ex testamento petitur, sed multò specialiùs *si ex legati causa*, Scilicet ad excludendam causam fideicommissi, quoniam fideicommissa nullo iuris ciuilis vinculo continentur, sed sola tuitione & iurisdictione Prætoris conseruantur *l. 3. D. si vsusfructus pet. & Inst. Tit. De fideicom. hered. & De codicill.* Nisi cùm tractamus de fiduciaria hæreditate quæ restituta sit ex Senatusconsulto vel Trebelliano, vel Pegasiano, quia eo casu actiones omnes ciuiles, quamuis non nisi vtiles transeunt in fideicommissarium, non tam iure fideicommissi quàm potestate Senatusconsulti, *l. 1. tot. tit. D. ad SC. Trebellian.* Quòd si Senatusconsulti authoritas nulla interuenitet, vtique nec certi condictionem ex ea causa competere Vlpianus admitteret, Alioqui de hæreditate qualibet ex solo fideicommisso restituta loqui debuisset, non de sola illa, quæ ea Senatusconsulto. Rursum verò cur de hæreditate tantùm non etiam de fundo ex singularis alicuius fideicommissi causa restituto? Nisi quia Senatusconsultum nullum factum est de confirmandis singularibus fideicommissis, ex eáque causa transferendis vtilibus iisdémque ciuilibus, quæ hæredi competebant, actionibus, sed tantùm de fideicommissariis hæreditatibus. Sed hoc obiter dictum sit. Nam quod ad propositam disputationem pertinet. Sufficit habere nos ex ipsius Bartoli & Accursij confessione, Nullam esse vtilitatem condictionis certi generalis quantum ad hoc vt actio illa specialis quæ vltra condictionem competit, ex temporali fiat perpetua. Sicut & subinde admittit idem Bartolus post Accursium, In eo plerumque minùs vtilem esse condictionem istam certi generalem quàm aliam actionem specialem ex eadem causa, competentem, Vtputa si detur ex causa legis Aquiliæ. Fatetur enim Bartolus quod & verissimum est Nam quemadmodum principalis actio legis Aquiliæ per inficiationem cresceret ad duplum vsque, ita & posse hanc crescere vllo casu ad duplum detur, Non magis quàm petitio hæreditatis quæ ex causa legis Aquiliæ contra hominis occisorem exercetur, *l. item veniunt 20. §. cùm prædiximus D. de hered. petit.* Denique etiamsi maximè detur certi condictio ex ea causa ex qua posset competere specialis actio bonæ fidei, quomodo dari eam posse certum est *d. l. in duobus 28. §. exceptio D. de iureiur.* Non negat tamen Bartolus perinde stricti iuris manere condictionem acsi ex certæ rei stipulatione, alióve quolibet stricti iuris contractu nasceretur, Tanquam quæ semper sit stricti iuris, vt cæteræ condictiones omnes, quarum nulla enumeratur *in §. actionum. Instit. de act.* Nullam ergo vtilitatem hoc casu actori præbere certi condictio potest, cùm pleniores semper sint actiones bonæ fidei quàm quæ sunt stricti iuris, Non tantùm ob præstationes quas ea rei mora longè vberiores habent *l. Ædiles 25. §. item sciendum est, D. de ædilit. edict.* Sed etiam initio ipso actionis inspecto, Siquidem bonæ fidei iudiciis, doli exceptiones insunt quæ iudiciis strictis nunquam ipso iure insunt, vt neque arbitrariis, sed ita demùm si & oppositæ sint ab aduersario & appositæ in formula Prætoris, *lege sed si idee vigesimaprima, D. soluto matrimonio, lege huiusmodi octogesimaquarta, paragrapho qui seruum de leg. 1. lege Seia quadragesima secunda, Digest. de mort. caus. donat. lege Papinianus decimaquarta De public. in rem act. lege sumptus quadragesima lege emptor sexagesimaquinta, Digest. de rei* vindicatione, *lege vltima Digest. de petit. heredit.* In quo etiam errat Bartolus, qui non aliam rationem affert cur in condictionem certi generalem non veniant ea omnia quæ venirent in actionem bonæ fidei, Quàm quia non assumit naturam alterius actionis in cuius locum datur, in iis quæ ex postfacto accederent ex mora, sed in his tantum ad quæ illa actio primordialiter, vt ipse loquitur competebat, Quasi verò nulla sit inter bonæ fidei, & stricti iuris actiones differentia nisi ratione eorum, quæ ex postfacto contingunt, & officium iudicis in bonæ fidei actionibus ex rei mora inducunt. Ex his igitur intelligimus Bartolum cùm scripsit vtilitatem condictionis certi in eo consistere, vt possit quis ea actione duplum, vel quadruplum à fure consequi, si saluam et famam & existimationem esse velit, Non exempli tantùm gratia ita scripsisse, Sed quia nihil aliud obseruare & afferre potuit in quo aliqua huius condictionis vtilitas videri posset. At videamus ne hoc quoque non modò falsum sit, sed etiam perabsurdum existimare, Teneri furem ad pœnam dupli, vel quadrupli condictione ista generali. Primùm, quia nusquam ita scriptum legimus. Nam quod ait Vlpianus *in dicta lege certi condictio.* Etiam ex causa furtiua certi condictionem generalem competere, non ad furti actionem referendum est, quamuis ea ex furti quoque causa competat, sed ad eam solam condictionem quæ speciali nomine furtiua appellatur, de qua *in Titulo De condictione furtiua.* Quam dubitandum non est certi condictionem, cùm per eam certum petatur semper, quia neque alterius rei quàm certæ furtum fieri potest, cùm non fiat nisi rei mobilis, quæ semper est certa. Itaque non distinguo condictionem furtiuam à condictione certi, quæ competit ex causa furtiua, Nisi quòd condictionis furtiuæ nomen puto esse generalius, quàm condictionis certi generalis ex furtiua causa competentis, Quia condictio furtiua potest non tantùm esse certi, sed etiam triticaria si quis fortè corpus ipsum rei furtiuæ persequi velit vt illud ipsum consequatur, aut illius futuram æstimationem, siue aliqua in eam rem affectione motus, siue quòd rem ipsam furto subtractam pluris fure videat eo tempore quo res iudicabitur, quàm fuerit vnquam anteà *lege prima, paragrapho vltimo, De condictione triticaria.* Condictio autem certi nunquam potest triticaria esse, nec contrà, quoniam tota specie differt a triticaria, nec conuenit nisi in nomine quod nomen generis est. Proinde non omnis condictio ea causa furtiua condictio certi est, quamuis omnis certi condictio ex causa furtiua nihil aliud sit quàm condictio furtiua, quæ ideò siue certi condictio sit, siue triticaria, non alij quàm domino rei competit, *lege prima, Digest. de condictione furtiua, dicta lege prima, paragrapho vltimo De condictione triticaria.* Vnde apparet tantò euidentiùs, condictionem certi generalem nullam esse, quæ in iudicium deduci possit, sed specialem esse condictionem ex ea ipsa causa speciali, ex qua nascitur condictio. Alioqui cùm rei etiam alienæ furtum fieri possit, quia furtum non dominij, sed possessionis alienæ introuersio est, nihil certè vetaret condictionem certi generalem ex causa furtiua etiam non domino, siquidem non eo minùs certum est quod subtractum fuit, quamuis non fuerit actoris. Deinde pœna dupli, vel quadrupli qua fur tenetur, qui vel manifestus, vel nec manifestus est, legitima pœna est, *lege si pro fure septima, paragrapho primo, Digest. de condictione furtiua*, sic dicta quod contra furem statuta sit,

per legem 12. Tabularum, Atqui non omnimodo à lege contra furem talis constituta est, sed eo demùm casu quo ille furti actione quæ ex eadem lege descendit conueniatur. Non enim si quis vindicatione agat, aut condictione quamuis contra furem pœnam illam ideò consequi potest *d. l. si pro fure §. 1. §. sic itaque. Inst. de act. l. si pignore 54. §. cum furti, D. de furt.* Ergo etiamsi admitteremus quod negamus, condictionem certi generalem ex causa furtiua, aliam condictionem esse, quàm eam quæ speciali nomine furtiua condictio appellatur, Nihilò tamen magis fatendum esset dari eam posse ad pœnam dupli vel quadrupli consequendam, Cùm certi condictio, siue generalem eam, siue specialem velis dicere nullo casu sit actio legitima descendens ex lege 12. Tabularum, sed ciuilis tantùm & inducta ex mera interpretatione & authoritate prudentium: nec proinde dari ad pœnam legitimam vnquam possit. Quò pertinet quod supradictis locis, aliisque non paucis scriptum est neque actionem furti per condictionem extingui, neque condictionem, aut etiam vindicationem per furti actionem consumi, Nec solùm si nuda alicuiutius actionis electio facta sit: Sed nec si electæ actionis commodum & effectum actor sit consecutus *l. qui tabulas 48. in princ. eodem titulo De furt.* Aut si quis non fateatur absurdum esse dari condictionem certi ad pœnam legitimam furti, quæ dupli est vel quadrupli, Quidni etiam idem fateatur in condictione triticaria proposita contra furem? Præsertim si Interpretum sententiam sequamur, qui volunt condictionem triticariam dari etiam ad æstimationem rei debitæ, in eàque non aliter quàm in cæteris condictionibus strictíque iudiciis rem æstimari oportere, inspecto scilicet tempore litis contestatæ, vt *in l. vlt. D. de condict. trit. c.* Nam qui ex sententia nostra probabunt nunquam dari condictionem triticariam ad consequendam rei debitæ æstimationem, sed tantùm ad rem ipsam, licet tandem per sententiam litem æstimari necesse sit. Facilè respondebunt, Ideò non posse dari triticariam ad pœnam dupli vel quadrupli, quia pœna illa semper pecuniaria est: Sed tamen cùm etiam secundum id quod sentimus, semper euenire necesse sit, vt res quæ per triticariam petita fuit, æstimetur per sententiam, & præstetur in æstimatione, siue ante condemnationem debitor rem ipsam præstare nolit, siue dum in ea præstanda moram facit, res perierit *leg. 3. De cond. tritic.* Quæro cur non eo saltem casu, vt tantò magis mora & contumacia debitoris puniatur, danda sit condictio triticaria ad duplum, vel ad quadruplum si quo vnquam casu certi condictio generalis ad eam pœnam dari posset? Atquis vnquam dixit excepto Cuiacio quem in superioribus Decadibus refutauimus condictionem vllam esse pœnalem? Aut condictionem furtiuam aliámve vllam quamlibet dari ad duplum, vel ad quadruplum? Plus dico, Condictionem illam certi quam ex causa legis Aquiliæ dari suprà diximus ex Vlpiano *in d. l. certi condictio §. 1.* non solùm eo respectu pœnalem non esse vt ex inficiatione crescat, detúrque in duplum, quomodo datur actio ipsa legis Aquiliæ, Sed neque eo respectu vt detur vnquam supra veram & iustam rei æstimationem, id est Quanti plurimi occisus homo fuit eo anno retrorsum computato. Quæ sola ratio facit vt legis Aquiliæ actio pœnalis existimetur, idcóque nec contra hæredem occisoris transeat *paragrapho hic autem verbis Instit. de lege Aquilia.* Idque probo ex *dicta lege tertia De condictione triticaria.* vbi tractans Vlpianus de seruo mortifere vulnerato, indéque mortuo post moram in reddendo eo contractam cùm per triticariam peti... [illegible] An æstimari... [illegible] debere non quanti plurimi fuerit eo anno, sed quanti mortis tempore, nisi quod *en pláton*, & paulò latiùs id accipiendum esse vult ne ad exiguam summam ea æstimatio deducatur. Quòd si incerti condictionem veniret serui æstimatio Quanti plurimi, vtique eadem illa venire deberet etiam in condictionem triticariam, eo casu quo ex triticaria condictione æstimatio præstanda est, Cùm hac parte non possit reddi ratio differentiæ cur plenior debeat esse vna quàm altera, vel cur pœnalis condictio certi vt detur ad æstimationem Quanti plurimi potiùs quàm triticaria. Quis ergo effectus erit illius condictionis certi quam competere ait Vlpianus etiam ex causa legis Aquiliæ? Ille vnus nimirum, vt occisi corporis æstimatio vera petatur quæ fuit, vel ipso mortis tépore si occisus homo fuerit antequàm peteretur, Vel tempore litis contestatæ si post litem contestatam occisus proponatur, Vel denique eo tempore, quo dari ex obligatione debuit si in diem concepta obligatio fuit, Vt in aliis omnibus iudiciis stricti iuris obseruari solet, *lege vltima eodem titulo, lege vinum 32. Digest. de rebus creditis, lege hominem trigesimaseptima, Digest. mandat. lege tertia, paragrapho in hac, Digest. commod.* Non autem vt in condictionem certi generalem veniat tanta æstimatio, quanta veniret in actionem legis Aquiliæ, id est etiam ex ea parte quæ faceret actionem legis Aquiliæ pœnalem. Ita enim fieret vt sicut actio legis Aquiliæ, sic & certi condictio generalis hoc casu pœnalis dicenda esset, & consequenter negandum transire illam contra occisoris hæredem, quemadmodum nec transit legis Aquiliæ actio ne quidem quatenus rei persecutionem continet. Quod tamen euidenter falsum est. Condictiones enim omnes cùm sint rei persecutoriæ ex vtraque parte tam rei quàm actoris dantur omnes in solidum aduersùs hæredem, ne furtiua quidem excepta, quamuis illa ex delicto detur, vt contra Cuiacium disputauimus pro Vlpiano *in leg. in condictione nona, Digest. de condictione furtiua.* Superioribus consequens est, vt cùm certi condictio generalis nullam vtilitatem afferre possit in eo in quo vno eam vtilem esse Bartolus credidit, id est quantum ad hoc vt possit ex ea contra furem agi ad pœnam dupli, vel quadrupli, Fateri nos oporteat non magis vtilem vllo casu quàm necessariam videri eam posse. Quod si admittas, planè non video cur eam Bartolo agnoscere velis, cùm nulla in toto iure nostro alia sit actio, siue ciuilis, siue prætoria, quæ non aut prorsus necessaria, aut aliquo saltem casu vtilis esse possit. Multa alia peccat Bartolus in hoc tractatu De certi condictione generali, quæ quoniam ad scholas magis quàm ad praxim pertinent, cùm praxis non magis quàm ratio iuris ciuilis inutilem vllam actionem agnuscat? non hîc consulto prætermittimus, alio fortassis aptiore loco reliquos hac de re Bartoli errores refutaturi, fortassis in Rationalibus.

ERROR IV.

De diffinitione, & vsu condictionis triticariæ.

LOngius quam sperabamus ab instituto tractatu De condictione triticaria recedere nos coëgerunt interpositæ quæstiones De condictione certi: Sed prætermitti non potuerunt vel ob hoc ipsum vt quæ de triticaria dicenda erant, meliùs intelligerentur.

tur. Est autem multò vtilior tractatus nec insubtilior De condictione triticaria de qua non sicut de condictione certi generali dubitat quisquam vtrùm necessaria sit vel vtilis, Adeò exploratum omnibus est non solùm vtilem eam esse, sed etiam necessariam. Nec tamen vllus hodie in praxi eius vsus est, aut vlla ferè mentio, quoniam in quo maximè vsus ille consistat ab Interpretibus omnibus hucvsque ignoratum est, & consequenter à Pragmaticis, qui nihil eorum sciunt, quæ Interpretes nostri, quos solos pro antesignanis habent, ignorarunt. Agnoscunt quidem omnes, differre condictionem certi à condictione triticaria in eo, quòd per condictionem certi non petitur nisi id quod certum est, Per triticariam verò etiam res incertæ. Ac proinde per condictionem certi solæ res incorporales, Per triticariam verò etiam iura, & res incorporales, vt diserte scriptum est *in leg. 1. D. de cond. tritic.* Sed cùm videant etiam triticum, vinum, oleum, & alias huiusmodi merces quas vel nomen ipsum triticariæ ostendit peti posse per triticariam, non minùs in condictionem certi venire, Non possunt animaduertere quid inter vtramque actionem intersit, cùm per vnam petitur quod per alteram quoque peti potest. Neque verò videtur Bartolus hoc casu differentiam vllam agnouisse inter actiones istas nisi ratione materiæ, non etiam ratione potestatis & effectus, cùm ad propositam quæstionem, In quo differant hæ condictiones, Sine causa, Triticaria, & certi, nihil aliud respondere potuit, quàm quod iam in præcedentibus refutauimus, Condictionē sine causa esse generalissimam quia competit ad certa & incerta omnia sine vlla exceptione, Triticariam verò generaliorem quia competit quidem ad certa & incerta omnia, sed cum exceptione præterquam ad pecuniam numeratam. Certi denique condictionem esse generalem, quoniam ad certa tantùm competit, non etiam ad incerta. Ita qui nullam videtur agnouisse vtilitatem nedum necessitatem condictionis triticariæ, propter quam possit & debeat condictio triticaria exerceri potiùs quàm condictio certi si fortè triticum aut quid aliud certum petatur, Vel potiùs quam condictio sine causa si quid incertum At Iacobus Cuiacius, vt fuit ingeniosior & subtilior Bartolo, ita nescio quid noui attulit. Scripsit namque in Paratitlis *ad tit. De cond. tritic.* Condictionem illam triticariam in eo differre à condictione certi, quòd per illam petuntur non tantùm res incertæ & incorporales, sed etiam res immobiles. At per condictionem certi quam cum Vlpiano *in leg. 1. eodem titulo* vocat actionem si certum petatur, non æquè. Putat igitur non magis fundum per condictionem certi generalem peti posse, quàm rem aliquam incertam & incorporalem Quod tamen falsum est. Nam cùm fundus Cornelianus, aut Libonianus perinde quid certum sit ac Stichus, aut Pamphilus, adeóque non minùs quàm certa quantitas pecuniæ numeratæ, ex illa certi diffinitione quam Paulus tradit *in l. certum 6. D. de rebus creditis.* vbi ait certum esse non cuius tantùm quantitas, sed cuius etiam species quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur qualis quantaque sit ostenditur, Consequens omninò est vt non minùs fundus quàm homo certi condictione peti possit, vt idem Paulus scribit *in leg. cùm fundus 31. eod. tit.* Quid? quod etiam nummi quos per certi condictionem peti posse nemo dubitat, nisi qui Vlpiano aperte refragari velit *in d. l. 1. de cond trit.* sunt tamen incorporales, & tanquam tales opponuntur rebus corporalibus *in leg. qui heredis 46. D. de cond. indeb.* Ergo verum non est quod vult Cuiacius, Nullam rem incorporalem per condictionem certi generalem peti posse. Admitto, quod ait vir doctissimus, Iura non posse peti per condictionem certi, sed tantùm per triticariam. At hoc non ideò, quia sint res incorporales, sed quia sunt incerta omnia: Non enim an in iure quod consistat, an in corpore spectandum est, cùm de hoc quærimus, An certi condictio locum habere possit, necne, sed an certum sit an incertum: Iura quidem omnia sunt incorporalia, Sed non incorporalia omnia sunt iura, Nummos, siquidem licèt incorporales sint, nemo tamen idcirco benè dixerit esse iura, quia nec ideò dicuntur esse quid incorporale quòd in iure consistant, sed quòd in quantitate, id est quod ei cui debentur nummi non corpora debeantur, sed quantitas, vt idem Cuiacius docet optime ad *Titulum, Inst. de reb. corpor. & incorpor. ex l. si is cui 94. §. 1. D. de solut.* Vtrumque ergo falsum est quod Cuiacius tradit pro vero, Neque immobiles res, neque incorporales per certi condictionem peti posse, Et consequenter falsum etiam illud, Res omnes incorporales peti posse per triticariam, cùm per eam peti non possint nummi qui tamen rerum incorporalium numero, vt diximus, continentur. Alia igitur inter condictionem certi & triticariam differentia afferenda & excogitanda fuit: Eam verò excogitauit idem vir doctissimus abstrusiorem sanè, minúsque obuiam, sed non veriorem, Quòd, inquit, In actione si certum petatur iudex inseruit contractui arbitrij inops, In triticaria verò rem petitam æstimat habita ratione loci & temporis. Quod si ita est, Vtique fatendum erit condictionem triticariam esse arbitrariam, in eóque maximè differre à condictione certi, quæ semper stricta est. Nec enim alia de causa actio de eo quod certo loco dicitur arbitraria adeóque *emphaticôs*, & per antonomasiam, quàm quia iudicis arbitrium in ea maximè locum habet ad æstimandam vtilitatem loci, *l. 1. & toto titulo De eo quod cert. loc.* Et tamen nemo nescit, & fatentur omnes hucvsque, Nullam esse condictionem quæ non sit stricta, Nullam ergo esse arbitrariam. Quæ enim actiones arbitrariæ sunt eæ proprium & speciale genus actionis constituunt, differens ab actionibus bonæ fidei & ab actionibus strictis, aut quod idem est, stricti iuris *l. 1. § in his quoque D. de vsur. § præterea Inst. de act.* Neque rursum video quænam hoc casu futura sit differentia inter condictionem triticariam & actionem arbitrariam, De eo quod certo loco, quæ in id potissimùm comparata est, vt loci vtilitas habeatur. Non addo, *& temporis*, quoniam non sicut loci, ita & temporis adiectio facit actionem arbitrariam, vt aduersùs eundem Cuiacium disputauimus in libris Coniecturarum, Nempe quia cùm longius tempus in breuiore contineatur, hactenus scilicet vt Calendis Ianuariis dari debuit multò magis deodum sit Martiis sequentibus, nullam fuit in eam rem arbitraria actio necessaria, cùm directa sufficeret competens ex contractu quantumuis stricti iuris contractus strictáque actio proponeretur. In quo alius viri doctissimi error est, quòd putat in certi condictione generali non posse datum iudicem habere rationem temporis si certum quod petitur dari certo tempore debuerit. Cùm enim tempus sit pars stipulationis *l. 1. § editione D. de edend.* qui contractus omnium strictissimus est, cogitur iudex de stipulatione datus siue certi stipulatio sit siue incerti, id est siue condictione certi, siue actioni ex stipulatu addictus, non minorem habere rationem temporis, quàm cæterarum rerum quæ stipulatione continentur: Vnde fit vt si quis fundum certa die stipulatus sit, & fundus ea die non præstetur, consequi debeat stipulator quanti eius

intersit moram factam non esse, *l. si fundum* 114. *De verb. oblig.* quamuis in solis faciendi non etiam dandi stipulationibus id quod interest cùm expressè promissum non est peti possit *leg. si quis ab alio* 15. *in fin. D. de re iud. l. quoties quis alium* 81. iunct. *l. stipulationes non diuiduntur* 72. *de verb. oblig.* Nempe vi & potestate adiectionis diei. Quasi nihil intersit, an quis promittat dari aliquid simpliciter certa die, an verò subiecta pœna eius quod interest nisi id quod conuenit fiat, *l. si Calendis* 11. *D. de re iudic.* Rursum si quis Cuiacij sententiam probet, eum fateri necesse est actionem arbitrariam De eo quod certo loco non posse videri necessariam nisi cùm pecunia petitur alio loco quàm quo dari debuit, quia per triticariam peti non potest. Res enim cæteræ omnes præter pecuniam numeratam siue certo loco, siue certo tempore dari deberent, per triticariam peterentur. Quæ cùm sit ciuilis actio, nullum arbitrariæ actioni De eo quòd certo loco, quæ prætoria est locum relinqueret, si maiorem aliquem effectum arbitraria non haberet. Quid enim prodesset additam ciuili actioni prætoriam? *l. 3. De public. in rem act.* Maximè quæ non nisi ex necessitate & vtilitatis causa dicitur à Prætore comparata. Vnde & vtilis appellatur *in l. 1. D. de eo quod cert. loc.* ad differentiam scilicet puræ ac directæ quæ ex ipso contractu datur *§. præterea & § loco Inst. de act.* Atque falsum est arbitrariam De eo quòd certo loco non competere nisi pro pecunia numerata. Competit enim pro re qualibet quæ certo loco dari debuit, si in alio loco petatur, dum ne fundus sit, siue homo sit, siue merx aliqua, *l. 2. §. si quis Ephes.* iunct. *§. si quis insulam leg. 3. l. si heres* 5. *l. in bonæ fidei* 7. *D. illo tit. De eo quod cert. loc.* Imò verò præcipua eius vtilitas in mercibus consistit, propterea quòd per singulas regiones earum pretia variantur, *d. l. 3. & d. §. loco*, Vbi additur, quod ad pecuniam numeratam pertinet, cuius eadem semper & vbique æstimatio est *d. l. 3. & l. 3. D. de in lit. iur.* hactenus vtilem esse actionem arbitrariam, quod nummi non in omnibus regionibus sub eisdem vsuris fœnerantur, Licèt possit alia etiam interuenire vtilitas actoris si fortè traiectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus vbi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus, & distracta pignora sunt, vel pœna commissa propter moram, vel fisco aliquid debebatur, & ses stipulatoris vilissimo pretio distracta est, *l. 2. §. vlt. & l. 4 De eo quod cert. loc.* Ergo vel triticariam vel actionem arbitrariam De eo quod certo loco inutilem fore necesse esset pro mercibus & aliis rebus extra pecuniam numeratam omnibus, quæ certo loco dari deberent: Quod vtrumque tam improbabile est vt non facilè quisquam id admissuros esse videatur. Video tamen, nec sine admiratione placuisse viri doctissimi sententiam doctissimis plerisque nec tantùm Cuiacianis, quod minus esset mirandum, qui in tanti magistri verba iorauerunt sed etiam aliis qui in cæteris ferè omnibus à Cuiacio dissentire ducunt gloriæ, nec temerè, dum ne absque ratione id facere existimentur. Inter quos Magnus est Gallus, cuius perelegans sanè & perornatus nec inargutus libellus in manus nostras peruenit paulò ante quàm hæc scriberemus. Quem etsi laudare facilius mihi & optatius esset quàm reprehendere pro ea quæ tanti viri eruditioni debetur, obseruantia, non possum tamen facere quin pro veritatis & iurisprudentiæ nostræ dignitate reprehendam in hac quæstione, si qua in re alia vlla contra iuris rationem sensisse ac scripsisse mihi visus est, Sed ita vt nos in opinionibus magis quàm animis dissentire quilibet facilè animaduertat. Is igitur tractans ea professo & luculenter vt solet cætera,

De conditione ista triticaria sic eam diffinit vt sit actio stricta qua petitur res dari habita ratione vtilitatis loci vel temporis propter rem ipsam. Quod ait esse actionem strictam, rectè sanè, & meliùs in eo quàm Cuiacius, qui de ea sic loquitur, vt dicimus, quasi sit illa arbitraria. Quod addit, *qua petitur res dari*, hoc quoque rectè. Est enim hoc commune omnibus conditionibus, etiam furtiuæ, vt per eas intendat actor dari sibi oportere *§. sic itaque Inst. de act.* Sed quod subijcit *habita ratione vtilitatis loci vel temporis*, hoc verò equidem cum Cuiacio, sed æquè malè. Nam sicuti vtilitas temporis haberi potest etiam in actione stricta, nec idcirco arbitraria actione De eo quod certo loco agi potest, Non magis quàm ad petendum idipsum quod in stipulationem deductum esset, *l. quod si Ephesi* 4. *D. de eo quod cert.* vbi duo illi casus æquiparantur iis verbis, *nisi si quid esset stipulatus vel temporis vtilitas interuenerit.* Ita certum est fieri non posse vt qui certo loco aliquid dare promisit, alio vllo loco aut conueniri possit ad idipsum soluendum, aut soluere *l. 1. & l. pen. eod.* Et consequenter necessaria in eam rem est actio arbitraria De eo quod certo loco quæ si non specialiter intenderetur, Vtilitas loci haberi nulla potest, quia non tam malè ageret quàm nihil ageret qui alio in loco rem ipsam peteret, quàm in quo fieri solutio deberet, Sicque intelligi debent loci omnes in quibus scriptum legimus sumendam æstimationem eius loci quo dari res debuit, Scilicet si non eo ipso in loco, sed alibi agatur, Adeòque per arbitrariam De eo quod certo loco quam fatendum est, aut nullo penitus casu, aut hoc vno prorsus esse necessariam nisi conditio certica mutuo proponatur, vt sequenti capite dicemus. Quod verò idem addit in diffinitione conditionis triticariæ *propter rem ipsam*, quo sensu, aut qua ratione adiectum sit, non video. Nam etsi temporis & loci adiectio facit, vt tam ex tempore quàm ex loco vtilitatem actoris æstimari oporteat, Non alia tamen vtilitas æstimari potest, quàm quæ circa rem & propter rem ipsam est, non quæ extra rem. Nec si eo iudicio agatur quod sit bonæ fidei & plenissimas eius quod interest, omniumque accessionum præstationes contineat, *l. si sterilis* 21. *§. cum per venditorem D. de act. empt.* Nam & cùm actio arbitraria exercetur De eo quod certo loco licèt omnis vtilitas actoris veniat in æstimationem, Non aliam tamen venire credendum est, quàm quæ ex pretij diuersitate nascitur quod ad merces pertinet, non etiam si quid extrinsecus intersit *d. l. 3. De eo quod cert. loc. d. §. loco Inst. de act.* Sicut & cùm pecunia certo loco dari debuit, non alia vtilitas creditoris æstimatur, quàm quæ ex grauiorum aut leuiorum vsurarum comparatione proficiscitur, Aut si fortè pecunia illo loco dari sub pœna debuit, aut sub pignoribus quæ posteà vilissimo pretio distracta sint, vt diximus *ex l. 2. §. vlt. & l. 3. D. de eo quod cert. loc.* Non possunt igitur verba illa *propter rem ipsam* adiecta in diffinitione conditionis triticariæ facere, vt hac parte, id est quod pertinet ad æstimandam vtilitatem loci in re quæ certo loco dari debuit, quicquam interesse videri possit inter actionem arbitrariam, & triticariam conditionem. Sed videamus obsecro, quis conditionis triticariæ vsus ex hac diffinitione colligatur. Si mihi ex causa mutui, vel ex altera causa triticum debeas Calendis Martiis, & Calendæ illæ præterierint, exploro apud me, inquit vir doctissimus, An mihi expediat conditione triticaria agere an conditione certi: Si hodie pluris est triticum quàm quanti erat tunc cùm dari debuit, agam conditione certi, & petam triticum quia saltem hodie dandum est quod iam olim dari oportuit, quod & in actione empti obtinere

obtinere scriptum est *in d. §. cùm per venditorem.* Si verò hodie minoris est triticum, quàm quanti erat tunc cùm dari debuit agam condictione triticaria, & petam cum adiuncta circumstantia temporis *Triticum Calendis Martiis* siue quanti erat tunc cùm dari debuit. Atque ita intelligi vult quod scriptum est *in d. l. vinum 22. De reb. cred. & in d. l. ult. De cond. trit.* Ac quoniam videt vir doctissimus obijci posse Triticum solum esse in obligatione, ideóque non debere condemnationem fieri in pecuniam cùm nemo inuitus aliud pro alio soluere cogi possit *l. ult. C. de fideic. libert.* Respondet, Si simpliciter triticum deberetur, non aliam actionem competituram quam condictionem certi, id est (sic enim ille intelligit) ad triticum ipsum, non ad tritici æstimationem. Sed quando debetur cum adiectione temporis *Calendis Martiis* tempus, inquit, partem obligationis facit, & non modò triticum dari debet, sed etiam dari Calendis. Quod quia fieri non potest cùm Calendæ illæ præterierint nec reuocari possint, necessariò ad æstimationem veniendum est & soluendum Quanti fuit triticum illis Calendis. Idémque in obligatione conditionali iuris esse ait, vt spectandum sit tempus conditionis existentia, quando triticaria condictione agatur. Quid ergo si non certo loco nec certa die nec sub conditione triticum debeatur, sed purè? Petendum est inquit condictione certi non triticaria, Et tamen si post petitionem in iudicio diu tractum iudicium est, animaduertendum erit iudici an hodie cùm condemnatio fit pluris sit triticum, quàm quanti erat tunc cùm dari debuit, hoc est cùm petitum est, Si hodie pluris sit, stricta condemnatio facienda est in triticum, quia saltem hodie dandum est quod & olim dari oportuit. Si hodie minoris est quàm quanti erat tunc cùm petitum est, æstimatio facienda est illius temporis ratione habita quo petitum est, Ne alioqui mora debitoris noceat creditori. Sicque intelligendas vult esse leges, quæ ad hanc quæstionem pertinent, id est *d. l. vinum de reb. cred. d. l. ult. De cond. trit. & l. quoties 59. De verb. oblig.* Quod si ita est, vt hinc confutationem exordiamur, Ergo leges illæ De vtraque condictione intelligendæ erunt, De condictione certi, & De triticaria, De illa quidem quatenus loquuntur de merce purè debita, nullóque adiecto loco vel tempore, De hac verò quatenus loquuntur de merce, quæ certo loco, vel tempore dari debuit. Atquin hoc absurdum est dicere, cùm in confesso sit huiusmodi actiones non tantùm diuersas esse, sed etiam adeò inter se distantes vt in qua specie habet vna locum, alia habere non possit. Neque verò earum legum verba patiuntur vt de duplici illa condictione intelligantur. Præsertim autem Vlpiani *in d. l. vinum,* vbi ponit vinum quod mutuum datum erat, per iudicem petitum esse. Ergo alterutra condictione vel certi, vel triticaria, non vtraque. Et tamen distinctionem adhibet Vlp an certo die vinum dari debuerit, an sine diei adiectione, Vt priore casu tanti lis æstimetur, quanti vinum fuit cùm iudicium acciperetur. Posteriore verò quanti eo die quo dari debuit. Proinde siue de condictione certi, siue de triticaria Vlp. intelligas, fatendum est vtroque casu æquè locum fore siue huic siue illi actioni, & adiectionem temporis posse quidem facere, vt alia sit ineunda rei æstimatio, sed non vt alia actione eam æstimationem peti oporteat. Idémque de loco tractari potest si conuenerat vt certo loco merx daretur vt eadem lex probat: Nisi quòd adiectio loci facit, vt alio loco agi non possit nisi per arbitrariam De eo quod cert. loc. quod temporis adiectio non facit.

ERROR V.

De differentia condictionis certi ex mutuo, & condictionis certi ex stipulatione cùm locus adiectus est, Ad legem vinum vigesimamsecundam. De rebus creditis, & lege vltima De condictione triticaria, lege aut mutua sexta, Digest. de eo quod certo loco.

Vereor tamen ne hac etiam in re hucvsque erratum sit, Actio enim illa arbitraria nascitur ex stipulatione qua promissum sit aliquid certo loco dari, siue incertum *l. 1. l. 2. §. 1. & pass. D. ill. tit. De eo quod certo loco l. vnic. Cod. vbi conuen. qui cert. loc. dar. prom.* Nempe quia ex stipulatione agi non potest contra formam stipulationis, nec proinde alio loco quàm eo quo solui per stipulationem promissum est, Idque siue verbis ipsis stipulationis locus contineatur, siue pacto aliquo quod incontinenti adiectum sit. Nam & pacta incontinenti adiecta stipulationi adeò ei creduntur inesse vt non solùm prosint ad agendum, sed etiam forment eam ipsam actionem quæ nascitur ex stipulatione vulg. *l. lecta 40. vers. dicebam D. de rebus creditis. leg. petens 27. Cod. de pact.* Quo exemplo dicimus, Si quis testamento hæredem suum damnauerit aliquid dare certo loco, necessariam esse legatario arbitrariam actionem vt alio loco id peti possit *leg. si heres 5. D. de eo quod certo loco*, quia licet actio ex testamento easdem ferè præstationes recipiat, quas cæteræ actiones quæ bonæ fidei appellantur *leg. in minorum 3. Cod. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* fieri tamen nequit, vt actio directa ex testamento competat aduersùs id quod verbis testamenti expressum est, nec proinde ad hoc vt vno loco detur, quod in alio dari testator voluit. At cùm quid mutuum datum est, siue pecunia, siue merx aliqua, & adiectum per pactionem siue incontinenti, siue ex interuallo adhibitam, vt certo loco reddatur, non interueniente tamen stipulatione, Dico certi condictionem ex mutuo quæ ex illo contractu nascitur posse sufficere vt etiam alio loco res petatur, neque necessariam esse creditori arbitrariam quæ esset necessaria si certi condictione quæ ex stipulatione nascitur, ageretur. Id verò cùm euenit, perinde habendam esse rationem loci, indéque sumendam rei debitæ æstimationem acsi per arbitrariam peteretur. Eámque esse sententiam *d. l. vinum* vbi manifestum est agi de condictione certi ex mutuo non de arbitraria, ne quidem ex ea parte qui ait in re æstimanda rationem habendam loci in quo dari res debuit. Non enim vllam agnoscit Vlpianus eo loco differentiam inter adiectionem loci & temporis. Quæ tamen differentia admittenda necessariò est cùm de arbitraria actione tractatur. Qua ratione moueor, vt neque Caij aliam putem esse sententiam *in dicta lege vltima De condictione triticaria*, vbi eadem planè distinctio ponitur ex Cassio, quæ *in dicta lege vinum ex Sabino*, vt fuerunt Sabinus & Cassius eiusdem scholæ Authores & Magistri. Sed vnde hæc, inquies, tam noua & ante hunc diem fortasse non obseruata differentia? An quia condictio certi ex mutuo minùs stricta sit quàm condictio certi ex stipulatione certa? Imò potiùs, quia strictior est, non quidem sui natura, sed quoniam per pactum etiam incontinenti appositum de solutione certo loco facienda dilatari non potest, quomodo certi condictio ex

ex stipulatione dilatatur, non minùs quàm stipulatio ipsa ex qua nascitur ea condictio. Inde namque fit, vt qui triticum credit. Romæ soluendum Capuæ possit agere condictione certi ex mutuo etiam Romæ, acsi nihil de loco conuenisset. Quia sicuti mutuum re tantùm & numeratione aut ponderatione, aut mensuratione contrahitur, Ita certi condictio ex mutuo non vltrà id quod reuerà numeratum & traditum est porrigi potest *leg. rogasti* 11. §. *si tibi*, *D. de reb. cred. l. cùm vltrà* 9. *C. de non numer. pecun.* Ergo neque extendi ad id quod pacto comprehensum est, siue de loco, siue de tempore solutionis, siue de qualibet alia re per pactum conuenerit, Non vt idcirco pactum inutile manere necesse sit sine quo non fuerat creditor aut pecuniam aut triticum crediturus, sed vt prodesse tantùm debeat vel ad actionem Præscriptis verbis producendam si pactum fuit incontinenti appositum, & vt loquuntur contractus cohærentia vestitum, Vel ad exceptionem, si ex interuallo. Itaque si conuenerit vt triticum quod Romæ debebatur solueretur Capuæ, siue incontinenti, siue ex interuallo subiecta conuentio sit, & triticum pluris proponatur esse Romæ quàm Capuæ, danda vtique esse pacti exceptio debitori qui ad soluendum Romæ triticum quod ibi pluris esset conueniretur. Quod ne fiat, debet creditor qui condictione certi ex mutuo petit Romæ triticum æstimandum suo pretio, eam æstimationem vrgere quæ fuerit Capuæ non quæ Romæ. Sic enim accidit vt nihil iam intersit debitoris an condictione certi ex mutuo conueniatur Romæ an Capuæ, Cùm vtroque casu nihil nisi tritici æstimatio ab eo petatur, nec alia æstimatio cùm Romæ conuenitur quàm si Capuæ conueniretur. Vt enim effectu ipso nihil interest an quis petat æstimationem tritici an triticum æstimandum, quamuis non æstimatio, sed triticum ipsum quod creditum est peti debeat æstimandum quoties agitur condictione certi ex mutuo, Ne aliud peti videatur, quàm quod est in obligatione, Ita nihil interest an tritici æstimatio quanti Capuæ est, soluatur Capuæ an Romæ, cùm vtrobique soluatur in pecunia numerata, cuius eadem potestas est, idémque valor vtroque loco. Quòd si è contrario minoris sit frumentum Romæ quàm Capuæ, non potest quidem debitor conqueri cur Romæ potiùs quàm Capuæ conueniatur, Sed tamen non debet ea res adimere creditori vtilitatem pacti, nec facere vt liberetur debitor eam præstando æstimationem quæ sit Romæ, quia licèt imputari quodammodo possit creditori cur alio loco egerit quàm quo solui triticum debuit. Potest tamen dicere iure id suo se fecisse, cùm æstimationem tritici habere mallet quàm triticum ipsum, Sciret autem non illam æstimationem à iudice iniri posse quàm quæ fuisset in eo loco in quo fieri solutio ex pacto debuisset. Nec enim pacto renunciare videtur ob id solùm quod alio loco proposita perinde tamen pacti & loci conuenti rationem haberi patiatur, acsi eo ipso in loco, qui pacto comprehensus est, exerceretur: quia scilicet non ad rem ipsam præcisè datur vt diximus, sed ad rei æstimationem. At cùm is qui triticum Romæ credidit stipulatus est illud sibi reddi Capuæ, habet quidem perinde condictionem certi ad petendum triticum etiam certo pretio æstimandum, At non quasi ex mutuo, sed quasi ex stipulatione quia cùm pecuniam aut quam aliam rem mutuam quis dedit etiam sine stipulatione, & ex continenti fecit stipulationem vnus contractus est isque non mutui sed stipulationis, quemadmodum etsi ante stipulatio facta mox pecunia numerata sit. Non enim vlla actio ex numeratione nascitur, quæ aut post stipulationem quoque subsistat, aut per stipulationem nouata dici possit, sed id agitur vt sola stipulatio teneat, magísque implendæ stipulationis gratia numeratio fieri intelligitur *lege si ita fuera* 6. §. 1. *& leg. sequent. Digest. de nouat.* Ergo sicuti pars stipulationis est vt Capuæ non alibi triticum reddatur, Ita fatendum est fieri non posse vt condictio certi quæ ex illa stipulatione nascitur alio loco exerceri possit quàm Capuæ, Nec si paratum se dicat creditor qui petit Romæ, eam accipere tritici æstimationem quæ minor sit Capuæ, quoniam ita ageret ex stipulatione contra formulam, & verba ipsius stipulationis, quod fieri nunquam potest, Proinde necessaria est hoc casu actio arbitraria vt alio loco agi possit, quam diximus non fore necessariam si condictione certi ex mutuo ageretur. Atque ita meo iudicio intelligendum necessariò est, quod ex Pomponio scriptum extat *in leg. aut mutuá* 6. *D. de eo quod certo loco.* arbitrariam actionem competere cùm mutua pecunia sic data fuit vt certo loco redderetur, Nempe si data sit mutua interueniente stipulatione vt alia non possit inde nasci actio quam condictio certi ex stipulatione. Alioqui posset sanè certi condictio ex mutuo sufficere ad petendam vbique pecuniam quæ mutua data esset. Non enim sicuti dicimus locum & tempus partem esse stipulationis *dict. leg.* 1. §. *editiones D. de edend. leg. quoties in diem* 59. *& seq. De verb. obligat.* Ita possis dicere locum & tempus partem esse mutui quod non consensu aut verbis vt pactum & stipulatio, sed sola numeratione & rei creditæ traditione perficitur. Quòd si etiam triticum Romæ creditum vt Capuæ redderetur, Romæ nihilominùs peti potest per certi condictionem ex mutuo, æstimandum tamen quanti sit Capuæ, vbi solui debuit *d. l. vinum* 22. *D. de reb. cred. d. l. vltim. De cond. tritic.* Quidni etiam pecunia mutua quam Capuæ reddi ex pacto oportuit, multò magis Romæ peti poterit, cùm eandem vtroque loco potestatem habeat, & æstimationem. Nec quod nulla stipulationis mentio fiat apud Pomponium *in d. l. aut mutua* mouere nos debet, cùm appareat non plenam & integram Pomponij sententiam eo loco referri, sed intercisam à Compositoribus vt cum præcedente Pauli lege coniungeretur, Nec quisquam nesciat frequentissimum iam olim fuisse vsum stipulationum & in eam præcipuè rem comparatum, vt negotia quibus adhibebantur firmarent, & ex negotio gesto penderent, *leg.* 5. *De verbor. obligat.* vbi hanc ob causam idem Pomponius scribit conuentionalium stipulationum totidem penè genera esse quot sunt rerum contrahendarum: Maximè verò in mutuo contrahendo solitam fuisse interponi stipulationem, constat ex *d. l.* 5. §. 1. *de nouat.* & *ex l.* 6. *ead.* quæ est eiusdem Pomponij, & ex eius libris ad Sabinum, licèt ex alio eius libro quàm ex quo sumpta sit *dicta lege aut mutua.* Denique non fuit necesse id monere quod iuris erat explorati. Cùm inter prudentes constaret actionem arbitrariam De eo quod certo loco, non ex quolibet contractu nasci, in quo locus adiectus esset, sed tantùm ex stipulatione *dicta lege* 1. *& dicta lege* 2. §. 1. *eodem titulo.* Nec inducendam vnquam esse nisi ex necessitate, Ita vt si ex contractu bonæ fidei aliquid certo loco dari promissum sit non competat arbitraria quæ non nisi vtilis est, cùm directa quæ ex bonæ fidei contractu nascitur, & quæ ipsa etiam bonæ fidei est sufficere possit, vt alio quoque loco agere liceat habita ratione loci & vtilitatis quam ex loco sperare siue actor, siue reus potuit: *lege in bonæ fidei septima. eodem titulo.* Et hæc quidem in vtraque condictione certi tam

quæ

quæ ex mutuo quàm quæ ex certa stipulatione competit, sic obtinent. Vtrique enim commune illud est vt petatur res certa, sed certo pretio æstimanda, ac proinde non tam res ipsa quàm certa pecunia numerata, ad quam necesse est rem redigi per æstimationem.

E R R O R VI.

Quid in triticaria si triticum quod certo loco dari debuit alibi petatur. Et ad legem si hæres quintam, Digest. de eo quod certo loco.

SEd quid in condictione triticaria? Nimirum si in ea specie quam posuimus de tritico Romæ credito vt Capuæ redderetur, maluerit creditor triticum ipsum petere, quàm per certi condictionem tritici æstimationem? An æquè distinguendum erit, quomodo incerti condictione distinximus, vtrùm stipulatio aliqua interuenerit necne? vt sciamus an triticaria directa possit competere, An verò necessaria sit arbitraria De eo quod certo loco? Et quidem si creditor triticariam proponat Capuæ & in eo ipso loco in quo solui debere placuit, dubitationem res non habet, quin perinde triticaria hoc casu competat acsi nullus solutioni locus dictus fuisset, Nihil enim facit adiectio loci nisi cùm alio loco agitur, non autem cùm agitur in loco destinato, *l. quòd si Ephesi 4. in princ. eod. ill. tit.* Nec conqueri potest debitor qui ad triticum præcisè conuenitur in eo loco, in quo vt triticum, non vt tritici æstimationem solueret, se obligauit. Sed si alio loco velit creditor puta Romæ idem ipsum triticum petere per triticariam, hic verò casus est, de quo dubitari probabilius potest. Mouet ex vna parte quòd cùm triticaria perinde condictio sit atque condictio certi, & vtraque stricta, non magis illa quàm hæc videatur impediri posse per adiectionem loci, Præsertim cùm vtraque nascatur ex eodem contractu, Nec in alio ferè differant, nisi quod vt iam toties diximus per triticariam petitur triticum ipsum, Per condictionem verò certi triticum æstimandum certo pretio. Sed tamen in contrarium vrget fortiùs ratio illa, Quòd non quemadmodum cùm petitur alio loco triticum æstimandum, potest nihilominùs in eo æstimando haberi ratio loci in quo solui debuit, Ita & cùm petitur per triticariam Romæ quod ex pacto soluendum fuit Capuæ, haberi ratio loci vlla potest, siue pluris siue minoris eo tempore triticum Romæ quàm Capuæ esse proponatur. Triticum enim ipsum omnimodo præstandum est, nulla pretij habita ratione, quod proinde fieri non potest salua conuentione quam ponimus interpositam de tritico illo non Romæ sed Capuæ soluendo, Et sicuti fieret iniuria debitori si maiorem æstimationem quæ Romæ esset, soluere cogeretur, ita damnum esset creditoris, si Capuæ triticum pluris esset, quàm Romæ. Sed creditoris quidem damnum esset tolerabile, quia posset imputari ei cur triticaria maluisset agere ad triticum præcisè quàm condictione certi ad triticum eo pretio quod Capuæ esset, æstimandum. At quod ad debitorem pertinet, etiamsi hoc quoque possit ei imputari cur non soluerit per se aut per alium Capuæ statim atque præterit tempus intra quod Capuam peruenire potuit *dict. leg* 2. *§. qui ita stipulatur De eo quod certo loco, leg idem erit* 60. *De verborum obligatione*, quasi exinde in mora quodammodo constitutus. Certum tamen est non ideò principalem obligationem augeri posse, sed tantùm perpetuari, aut accessionum additamentis fieri grauiorem non autem hactenus vt post moram maior quantitas in obligatione esse intelligatur quàm esset antea. Conuentio autem de soluendo Capuæ tritico quod creditum fuit Romæ, licèt non sit pars mutui, pars tamen contractus & negotij est, cùm certa illa lege pecuniam crediderit, qui non aliàs fuerat crediturus, *leg. si dominus* 8. *in fin. D. de præscript. verb.* de cuius sensu & interpretatione tam multa scripsimus in superioribus. Proinde non potest condemnari ad aliud quàm vt præstet triticum Capuæ quod Capuæ dari promisit. Alioqui saltem per pacti exceptionem succurrendum esse debitori, qui Romæ vbi triticum pluris esset, conueniretur. Eóque modo fieret inutilis & inefficax triticaria, etiamsi summo iure competeret, quia non daret eam Prætor nisi sub illa exceptione *si non conuenisset triticum alio loco dari.* Non enim triticum quod petitur Romæ functionem recipit in suo genere pro tritico, quod solui debet Capuæ, cùm alia est huius, alia illius æstimatio: Cùm tamen triticum quod Romæ petitur habita ratione loci in quo solui debuit, id est quanti est Capuæ, non aliud triticum videri possit, quam quod esset si in loco ipso Capuæ peteretur, & æstimaretur. Itaque cùm agitur triticaria vt triticum quod Capuæ solui debuit Romæ soluatur, nihil prorsus interest an mutui contractus solus præcesserit an stipulationis. Sed omni casu fatendum est adiectionem loci facere, vt triticariæ condictioni locus esse nunquam possit, ideóque necessariò sit recurrendum ad arbitrariam De eo quod certo loco. De qua fortassis hanc ob causam subiunctus est titulus in Pandectis immediatè post *Tit. De condict. tritic.* non post *Tit. De reb. cred. & de cert. loc.* Vt intelligamus triticariam competere non posse si rem aliquam ex iis quæ per triticariam alioquin peti possunt, certo loco dari conuenerit, quam tamen alio loco petere actor velit. Nec est contrarium quod diximus actionem arbitrariam non ex alio contractu nasci quàm ex stipulatione *dicta leg.* 1. *& l.* 2. *§.* 1. *De eo quod certo loco.* Id enim ita accipiendum est, vt aliis casibus ea actio non competat, si modò talis actio sit, in qua loci qui solutioni dictus fuit, ratio haberi possit. Quod euenire ostendimus in condictione certi ex mutuo *ex dict. leg. vinum* 22. *de rebus creditis dict. leg. vltim. De condict. tritic.* in quibus nemo dixerit tractari de actione arbitraria, de qua in iis verbum nec vnum quamuis tractent de mutuo sic contracto, vt certo loco redderetur, illiúsque loci rationem haberi maximè velint in debita merce æstimanda. Alioquin dicendum esset non competere arbitrariam pro legato, si quod testator certo loco dari voluit, alio loco petere legatarius velit, Contrà quàm à Paulo nostro scriptum sit *in dict. l. si hæres* 5. *De eo quod certo loco.* nisi sententiam Pauli restringere velles ad eum casum quo esset stipulatio interposita de legato soluendo sua die, & suo loco, Quæ olim pro legatis omnibus interponi solebat ex edicto Prætoris, nisi quando à testatore remissa esset *leg.* 1. *& toto titulo, Digest. vt legat. seu fideicomm. seruand. caus. caueat. leg.* 2. *leg.* 5. *& penultim. Codic. vt in poss. legat. leg. aurea* 77. *§. vltimo De condict. & demonstr. leg. cùm filius* 76. *§ hæres meus de leg.* 2. Sed hoc magis doctum esset, quàm probabile. Etsi non noceret ea interpretatio legatariis aut fideicommissariis, in quorum esset potestate stipulationem ex edicto interponere, aut si promittere hæres nollet, in possessionem bonorum mitti ex ea causa, quovsque plenissimè & satisdatò cautum esset, si non testator eam cautionem exigi vetuisset. Quo tamen casu, si nollet hæres aut non posset vnquam ad eum locum accedere, in quo legatū

vel

vel fideicommissum præstare iussus est, consequens fieret vt relictum consequi legatarius vel fideicommissarius nunquam posset, ita posito iure, vt quia ex stipulatione non ageret arbitrariam ei denegari oporteret, Cùm tamen nemo non videat, etiamsi verba edicti, quæ non habemus ex stipulatione tantùm locuta essent, eandem tamen in hoc casu subesse æquitatem quæ mouit Prætorem ad eam actionem comparandam, & quæ à Caio exposita est *in dicta lege 1. eod. ill. titul. De eo quod certo loco.* Alioqui esset in potestate hæredis facere vt testatoris voluntati nunquam pareretur, quod absurdissimum foret, *leg. cum res 47. de leg. 1. leg. quod legatur 38. leg. sed etsi susceperit 5a §. 1. D. de iudic.* vbi de hoc plura scripsimus in Rationalibus. Vtut sit, constat vtilitatem actionis. De eo quod certo loco quæ per mercibus potissimùm comparata esse creditur, non alio casu locum habere posse quàm cum merx ipsa debita præcise petatur: Cùm actionis necessitatem hoc casu inducat sola illa ratio quòd pro regionum varietate varia sint mercium pretia. Quid enim ea pretiorum varietas facere posset, si vno in loco ita res peteretur, vt ex alterius tamen loci ratione æstimationem sumi oporteret? At cum merx ipsa præstanda est, fieri certè nequit, vt non valdè intersit alterutrius contrahentium vno potiùs quàm alio loco solui: Siue autem actoris, siue rei intersit, accommodata est actio arbitraria De eo quod certo loco, quæ non propter solius rei, aut solius actoris, sed propter alterutrius vtilitatem comparata fuit, vt scriptum est *in leg. vnic. Codic. vbi conuen. qui cert. loc. dari promisit.* Melius quàm *in leg. 2. D. eod. vtriusque*, quæ cùm sic vox collectiua, eo tamen loco distributiuè accipienda est, vt constat *ex leg. centum Capuæ* 8. in illis verbis *quanti eius vel actoris interfuerit. eod. tit.* Tantùm igitur abest vt verum sit, quod viris doctissimis placet, In condictione triticaria esse habendam rationem loci & temporis in re debita æstimanda, Vt è contrario nunquam possit triticaria competere pro ea re quæ certo loco dari debuit, nisi cùm in eo ipso loco petitur: Quo casu competit quidem triticaria, & res æstimatur quanti eo in loco est, sed non tam quod ibi dari rea debuerit, quàm quòd ibi petatur, quoniam idem locus inuenitur, & in quo dari rem oportuit, & in quo res petitur Alioqui quomodo daret Prætor condictionem triticariam ad petendam rem alio loco, quam in quo ex conuentione dari debuisset? Nisi subiecta saltem, vt diximus, propter pactum exceptione, *si non alio loco rem dari conuenerit.* Sed cur daret sub hac etiam exceptione quam videat omnimodo competere, vel ex ipsa facti narratione & actoris confessione? Tracto enim casum illum in quo constet ex partium allegatione conuentum fuisse, vt certo loco res daretur. Si enim de hoc ipso inter litigatores apud Prætorem in contestatione controuerteretur, hic verò casus esset in quo dari triticaria posset quidem, sed sub exceptione supradicta, quæ esset vtique hoc casu necessaria propter incidentem facti quæstionem, quæ coram iudice dato tractanda est non coram Prætore. Temporis alia ratio est. Nam & illa merx, quæ certo tempore dari debuit, etiam post tempus illud per triticariam peti potest, siue pluris illa sit eo tempore quo petitur, siue minoris, dum ne fuerit anteà creditor in mora accipiendi, quia etiam hodie debetur, saltémque hodie dandum est quod iam olim dari oportuit, vt ratiocinatur Paulus *in d. leg. si sterilis 21. §. cum per venditorem D. de actionib. emp.* Nec habet debitor quòd conqueratur, non solùm si eo tempore quo agitur res minoris sit, quamquam non est probabile creditorem vllum, nisi fatuum eo casu condictionem triticariam electurum pro condictione certi, per quam posset consequi æstimationem, quæ maior fuisset eo tempore, quod destinatum fuerat solutioni, Sed etiamsi tùm res sit pluris, quia debet imputare sibi debitor, cur huius periculi & incommodi metu non soluerit ad dictam diem etiam non interpellatus, cùm ignorare non posset futurum vt quod suo tempore solutum non esset idem ipsum etiam posteà deberetur. Itaque licet in eo diuersa sit ratio loci & temporis, quantum ad condictionem triticariam pertinet, quod non sicut loci ita & temporis adjectio impedit, ne triticaria exerceatur. Nempe quia tempus vnum continetur in alio, non vnus locus in alio loco, In eo tamen conueniunt, quòd in triticaria non maior temporis quam loci ratio habetur, in ineunda rei debitæ æstimatione, id est ne tùm quidem cùm post tempus quo fieri solutio debuit, triticaria exercetur, Siquidem habere rationem temporis nihil aliud esset quam æstimari rem eo præcisè inspecto tempore. Quemadmodum & habere rationem loci in quo solui debuit nihil aliud est quàm sumi æstimationem quæ sit in eo loco, non quæ vbi petitur. Atquin is, qui agit triticaria, hoc ipso actionis nomine declarat ipsam se rem petere non rei æstimationem: Se igitur sic agere, vt neque temporis neque loci, neque alterius vtilitatis rationem haberi velit. Sed quid obsecro improbabilius quàm quod iisdem viris doctissimis placet, Triticariam non posse competere si neque dies, neque locus obligationi adiectus sit, id est pro re quæ purè debeatur? Nam si ita esset, An non valdè mancus aut imperitus fuisset Vlpianus qui *in dict. leg. 1. & 2. De condict. tritic.* tam exactè tractans casus omnes in quibus triticaria locum habere potest, nullam tamen adiecit mentionem loci, neque temporis: Quod tamen minimè omnium erat prætermittendum, si vt isti volunt tota condictionis triticariæ potestas in eo eluceret, vt vel temporis vel loci haberetur. Sed & *in l. 3. eod. tit.* quæ de condictione triticaria nominatim tractat primis illis verbis *in hac actione*, adeoque quod ad disputationem nostram propiùs accedit de hoc ipso de quo nunc quærimus, id est de ineunda rei debitæ, & per huiusmodi actionem petitæ æstimatione, Cùm varios casus persequatur, Primum illum quo res adhuc extet post condemnationem, Alterum quo in rebus humanis extare desierit ante sententiam, Tertium quo facta sit deterior post moram, Nihil tamen de tempore quo dari res debuit, non magis quàm de loco. De quibus solis vtique tractandum erat, si sola vel loci vel temporis adiectio triticariam condictionem induceret. Nec est quòd quis respondeat casum hunc qui prætermissus *in dicta lege tertia* subiunctum esse *in lege sequenti* quæ est vltima eiusdem tituli, vbi non de alia re agitur quàm quæ ex lege obligationis soluenda fuerit certo loco vel certo tempore. Nam præter id quod semper verum erit, quod nos volumus condictioni triticariæ posse locum esse, tametsi neque dies, neque locus obligationis insertus sit, neque alioqui nulla earum legum conciliandarum ratio superfit. Illud etiam apud me constat non de condictione triticaria intelligendum esse dictam *l. vlt.* sed de condictione certi, de qua etiam *d. l. vinum 21. De reb. cred* vt iam monuimus, & ex iis quæ pro illarum legum conciliatione seq. cap. dicenda supersunt, clariùs intelligetur.

ERROR VII.

De conciliatione legis tertiæ, & legis ultimæ, Digest. de condictione triticaria.

EX iis quæ De condictione triticaria aduersùs Interpretum & veterum & recentiorum opiniones disputare cœpimus, apparet iam liquidò, quid nos de condictionis huius diffinitione, vsúque sentiamus: Nimirum condictionem triticariam nihil aliud esse quam strictam actionem per qoam intendimus rem ipsam præcisè dari nobis oportere, nulla, siue loci siue temporis habita ratione, & siue res pluris fuerit tempore moræ vel litis contestatæ, siue minoris. Proinde vsum eius totum in eo consistere, vt triticum aut aliud quidlibet extra pecuniam numeratam præcisè petatur, si præuideat creditor auctum iri æstimationem pretiúmque tritici vel alterius rei, futurámque rem pluris eo tempore quo in condemnationem deducetur, quàm fit eo tempore quo petitur, id est quo litis contestatio fit. Quemadmodum si è contrario præuideat fore vt decrescat æstimatio, consultiùs multo fecerit si omissa triticaria condictionem certi elegerit quæ competat, siue ex mutuo, siue ex stipulatione, Per quam actionem petat verbis ipsis actionis, non eandem rem quæ debetur, & quam peteret per triticariam, sed æstimationem eius, scilicet quanti sit, res tempore litis contestatæ, si dies solutioni adiectus non fuerat, Aut quanti eo die de quo dati res debuit si in diem obligatio fuit. Rursus quanti in eo loco in quo petitur, si non conuenerat vt alio certo loco redderetur, Aut si de eo pactum siue inconuenienti, siue ex interuallo intercesserat, quanti fuit in eo ipso loco in quo solui debuit. Et quidem de condictione certi quin ita ius sit nemo dubitat, Cùm hoc ipsum disertè ab Vlpiano scriptum sit ex Sabino *in l. vinum 22. D. de reb. cred.* Si eos excipias, quos suprà refutauimus, qui putant quoties aliqua loci vel temporis ratio habenda est, cessare condictionem certi, ex eáque causa inducendam necessariò esse triticariam. Quis enim non videt Vlpianum eo loco licèt plures casus distinguat de vnica tamen actionis & condictionis specie tractare. Et consequenter de condictione certi, de qoa & totus ille titulus est non de triticaria. Sed an triticaria quoque idem ius & eadem distinctio locum habeat, dubitari probabilius potest. Dubitandi autem causa plerisque eadem illa quæ omnibus fuit errandi. Nempe quod idipsum iisdem ferè verbis à Caio scriptum sit ex Cassio *in l. vlt. D. de cond. trit.* Cum enim illa Caij sententia sub eo titulo collocata sit, Dici autem soleat vnamquamque legem intelligendam esse secundùm verba tituli sub quo posita est, *ex l. Imperator 16. D. de in diem addict.* non minor ratio facere videtur, vt intelligatur Caius de sola condictione triticaria, quàm vt Vlpianus de sola condictione certi, Siquidem neutrius condictionis mentio nominatim sit aut apud Caium, aut apud Vlpianum. Itaque in hoc Interpretes ferè omnes & veteres & recentiores consentiunt, De condictione triticaria intelligi Caium debere, sed cum hoc tamen inter eos discrimine, quòd veteres sic intelligunt de triticaria, vt non minùs accipi velint de certi quoque condictione, quòd nihil hac parte inter vtramque condictionem referre arbitrentur. At recentiores de sola condictione triticaria, quòd existiment in condictione certi neque temporis, neque loci rationem haberi vnquam posse, quam tamen habendam esse & Vlpianus & Caius volunt. Nos verò ab omnibus dissentimus qui existimamus vtrúsque Iureconsultum de sola condictione certi locutum esse, Quod qua fronte negare possit ut recentiores, difficile est dicere, si verum est quod aiunt, Condictionis triticariæ vsum nullum esse nisi cùm æstimandi est vtilitas loci vel temporis. Cùm is quoque casus à Caio & Vlpiano tractetur, quo neque dies, neque locus obligationi adiectus proponatur. Æstimationem enim hoc casu eam iniri volunt, quæ sit in loco & tempore accepti iudicij: Quo admisso non habent certè quod afferre possint, vt se ab ea difficultate euoluant quæ Interpretes omnes tantopere torsit, nec minùs veteres quàm recentiores. Quomodo conciliari possit Vlpianus *in dict. l. 3. De cond. trit.* cum Caio *in d. l. vlt.* Nam Vlpianus *in d. l. 3.* scribit apertissimè, In condictione triticaria si quæratur res quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat, condemnationis tempus spectandum esse. Non ergo moræ, neque litis contestatæ, vt sequenti capite ostendemus. At Caius *in d. l. vlt.* nullo penitus casu tempus condemnationis spectari vult, sed vel accepti iudicij & litis contestatæ, si neque dies, neque locus adiectus fuerit, vel quo dari res debuit, si diem sui expressam aut tacitam habuit obligatio, Tacitam inquam ex adiectione loci. Sic enim ea lex accipi debet *ex l. quoties in diem 59. & seq. l. continuus 137. §. cum ita D. de verb. oblig.* Scio quam multæ, & quam variæ ab Interpretibus nostris hucusque allatæ sint conciliationes, Sed illud etiam scio, quàm sint omnes improbabiles, quámque bonis rationibus à nobis improbatæ in libris Coniecturarum. Quamquam eo tempore nec nos dicere potuimus id, quod oportebat, cùm hæc ipsa quæ nunc docemus, tùm ignoraremus. Iam verò facilè nos hunc nodum dissoluimus, Vlpianum scilicet *in d. l. 3.* loqui de condictione triticaria sola. De quo nun est qui dubitet propter illa verba initio legis posita *in hac actione*, Caium verò *in d. l. vlt.* nun nisi de condictione certi, Adeóque non de condictione certi qualibet, sed de ea quæ ex mutuo tantùm, nun de ea, quæ ex stipulatione. Sed tamen hoc ipsum quod de Caio dicimus probandum nobis est, cùm & titulus sub quo posita lex fuit, & consentiens vox Interpretum omnium interpretationem hanc respuere videatur. Probo autem primùm ex eo, quòd negari non possit, quin sententia Cassij à Caio relata *in d. l. vlt.* ea ipsa sit, quam Vlpianus ex Sabino retulit *in l. vinum 22. D. de rebus cred.* Siue verba vtriusque legis inspicias, quæ eadē penè sunt, sanè eiusdem omninò sensus, siue allatam ab Vlpiano, Sabini: à Caio Cassij authoritatem. Fuit enim Sabini & Cassij vna eadémque schola & doctrina, iidémque eorum Senatores, & Sabiniani & Cassiani dicti, ex quorum numero, & Vlpianus & Caius fuerunt, quod nec Cuiacius diffitetur, qui hoc ipso argumento motus eandem vtriusque loci sententiam esse admittit. Atqui nihil est apud Vlpianum *in d. l. vinum*, ex quo possis conijcere loqui eum aut sentire de condictione triticaria, Nec minùs huic interpretationi repugnat ratio *Tit. De reb. cred. Si cert. pet. & De cert. cond.* Sub quo lex illa posita est, quàm vt Caij legem positam sub *Tit. de cond. trit.* intelligas de condictione certi. Fatendúmque est alterutram legem sub alieno titulo collocatam fuisse, Etsi non deest ratio propter quam debuerit ea Caij sententia poni etiam sub titulo de condictione triticaria, Nempe vt ex comparatione eius, quod in lege præcedente Vlpianus scripserat de condictione triticaria, faciliùs dignosci posset in quo ea condictio à certi condictione discreparet, ac

quantùm referret an hac an illa potiùs condictione ageretur. Cum tamen ratio nulla reddi possit cur lex Vlpiani *d.l.vinum* debuerit poni sub *tit. De certi. cond.* Si de sola condictione triticaria, vt recentiores volunt, Vlpianus eo loco sensit. Nec enim triticaria vllo vnquam casu potest, cum certi condictione concurrere, cùm sint planè contrariæ & incompatibiles *d.l.1.D.de cond.trit.* sed probo alia etiā ratione & ex ipsis Caij verbis non loqui eum nisi de condictione certi. Postea probaturus nec de qualibet certi condictione loqui eum, sed de illa tantùm quæ competit ex mutuo. Probo autem ex eo quod tractat de ineunda æstimatione rei debitæ etiam cum loci adiectione. Iam enim ostendi in præcedentibus, condictioni triticariæ nullum eo casu locum esse posse. Sicut neque in qualibet condictione certi obtinet, quod scriptum est *in d.l.vlt.* de ineunda æstimatione rei debitæ certo loco. Sed in ea tantùm quæ nascitur ex mutuo, Scilicet quantum ad hoc quod lex ait, Si certo loco dari merx debuit sumendam esse æstimationem illius loci qui fuerat destinatus solutioni. Nam si poneres agi condictione illa certi, quæ nascitur ex stipulatione de qua *in l si quis certum 14. D. de reb.cred.* & apud Iustinian. initio *Tit. De verb.oblig.* posset quidem ea condictio sufficere ad rem suo loco petendam, cùm & triticaria quoque ipsa eo casu sufficeret, sed non ad rem alio loco petendam, quoniam esset in eam rem necessaria actio arbitraria De eo quod certo loco, Propter illam rationem quam capite quarto attulimus, id est quia non sicut mutuum peti potest condictione certi ex mutuo etiam alio in loco quàm vbi ex conuentione reddi debuit, Ita ex stipulatione agi alio loco potest, quàm qui stipulationi adiectus & insertus fuit. Atqui nemo non videt eum casum tractari à Caio *in d. l.vlt.* ab Vlpiano *in d. l. vinum.* quo rem mutuam datam petat creditor alio loco, quàm in quo solui eam oportuit. Cùm vtraque lex dicat, Si locus adiectus sit spectandam esse illius loci æstimationem: Si secus, quantum est vbi petitur. Sanè qui *dictam legem vltim. & d.l.vinum*, sic conciliant cum *d.l pen. De cond.trit.* quasi Vlpianus *in d l pen.* loquatur tantùm de specie debita, Caius verò *in d l.vlt.* de merce, cuius alia ratio sit, neotericus legis verba perpetidunt. Nam *in d.l. pen.* cùm initio legis Vlpianus ait, In condictione triticaria, si quæratur res quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat, condemnationis tempus spectandum esse, non magis de specie quàm de merce loquitur, sed generaliter de rebus omnibus quæ in triticariam venire possunt, Licèt quod sequitur in secunda eiusdem legis parte de homine qui per triticariam petebatur mortuo, Et in postremis verbis legis de re petita quæ post moram deterior facta sit, mercibus aptari nullomodo possit, quæ quoniam in genere non in specie consistunt, vt diximus, neque perire, neque deteriores fieri vnquam possunt. E contrario autem Caius *in d. l. vlt.* etsi principio legis loquitur tantùm de merce quæ mutua data sit, Subiungit tamen in fine legis, Idem in aliis rebus iuris esse, Vt omnes sciant non species à mercibus hac parte separandas esse, sed condictionem triticariam à condictione certi, Et rursum condictionem certi ex mutuo à condictione certi ex stipulatione. Alias supradictorum locorum conciliationes quæ ab aliis afferuntur & retulimus, & refutauimus supradicto Coniecturarum loco, tam apertè ac prolixè, vt nihil hic repetendum sit, ne in re non necessaria operam ludere videamur.

ERROR VIII.

De ineunda æstimatione rei petitæ per condictionem triticariam.

IN toto illo tractatu, quem non solùm in libris Coniecturarum, sed etiam in prima huius Chiliadis parte tanta cum diligentia complexi sumus, & in quo vix intactum quicquam reliquisse videri possumus, Nihil est quod nos tam malè habuerit, quàm interpretatio *l. 3.D.de cond trit.* in qua tractat ex professo Vlpianus de ineunda æstimatione rei debitæ quæ per condictionem triticariam petita sit. Cætera enim quæ ad tractatum illum pertinent, sic explicauimus, vt plerique magni viri densissimis iuris nostri tenebris lucem hac parte aliquam ab ingenio nostro allatam esse non diffiteantur: Et quamuis non desint qui contra nos scripserint, habemus tamen & ingenij & nominis nostri assertorem validissimum Gasparem Schifordegherum Silesium nobilissimum virum Doctorem Germanum & elegantissimum, cuius scripta luculentissima nuper in publicum edita, opiniones nostras, nec has tantùm, sed alias etiam plerasque à reprehensorum obiectionibus, ne dicam vel rationibus, vel iniuriis facilè, vt spero, vindicabunt, sed quod pertinet ad interpretationem *d l 3. De cond. trit.* satis quidem vico doctissimo fecimus, quantùm ille & scriptis suis & familiari mecum colloquio testatus est, cùm ex remotissimis Silesiæ finibus, quæ singularis erga me beneuolentia & propensio eius fuit, videndi tantùm mei gratia Neciam vsque venisset, ibique mecum per aliquot menses iucundissimè commoratus frequentes mecum ac penè quotidianos de Iurisprudentia sermones haberet, sed nobis tamen, vt verum fateamur, non omninò satisfecimus. Neque verò fieri potuit vt ante hunc diem diceremus id quod dicendum fuerat, cùm errorem Interpretum secuti, condictionis triticariæ vim & potestatem ignorauerimus. Illud autem potissimùm nos male habuit quod Vlpianus *in d.l.3.* scribit apertissimè, In condictione triticaria, si quæratur res quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat, condemnationis tempus spectandum esse. Sicut enim nemo dubitat quin condictio triticaria stricti iuris actio sit, vt & cæteræ condictiones omnes quarum nulla est quæ à Iustiniano inter bonæ fidei actiones enumeretur *in §. actionum. Inst.de act.* Ita nec dubitari posse arbitramur, quin generale & perpetuum sit in actionibus strictis omnibus, vt si quando in iis æstimari rem oporteat, spectandum sit præcisè tempus litis contestatæ, aut quod idem est, iudicij accepti, siue accipiendi. Sic enim scriptum est *in l vlt.eod tit. & in l.vinum 22. D. de reb.cred.* de quorum sententia proximè scripsimus, Et *in leg. 3. §in hac D. commod. l.hominem 37. D. mandat.* Ratione illa quam ex Papiniano sumpsimus *in l. 2. D.de vsur.* quòd quale quid est cùm petitur, tale dari debeat, quòdque tempus illud inspiciendum sit quo nouissimè res dari potest. *l si Calendis 1 1.D.de re iudic.* Vt in summa ea sit conditio & actoris & rei quæ esset, si litis contestatæ tempore data res fuisset. *leg. cum fundus 31. D.de reb.cred.* Nouissimum enim tempus quo solui res potest, illud est quo litis contestatio fit, cùm per contestationem fiat nouatio *lege aliam 29. D. de nouat.* exindéque incipiat pecunia deberi. At condemnationis tempus in actione stricta inspici oportere, nullo iuris loco scriptum reperias præterquam *in d. l. 3. de cond.trit.* Est enim ius

hoc

hoc proprium actionum bonæ fidei, vt in iis rei iudicandæ tempus inspiciendum sit, vt disertè idem Vlpianus noster ait *in d. l. 3. in hac D. commod.* aut saltem ætero tempore pluris res fuit, aut quo mora contracta esset, aut quo res iudicaretur, & in condemnationem deduceretur, vt Pomponius tractat *in l. 3. §. vlt. D. de act. empt.* Cùm igitur condictio triticaria stricti iuris actio sit omni casu, nunquam verò bonæ fidei, Rogo, qua ratione, aut quonam demum casu fieri queat vt condemnationis tempus inspici oporteat: Interpretes qui monstrum illud æstimationis Quanti plurimi inuexerunt, cuius nulla vspiam in libris nostris mentio, nisi cùm prudentes aut de furtiua condictione, aut de actione legis Aquiliæ tractauerunt, facilè hinc se euoluunt, sic intelligentes Vlpianum *in d. l. 3.* in condictione triticaria inspiciendum sit, non quidem tempus condemnationis præcisè, sed quanti plurimi res fuit a tempore moræ ad tempus vsque rei iudicandæ. Quidni enim sic triticaria condictione sentiant, cùm in omnibus strictis iudiciis idem iuris obtinere putent, nec vllam inter bonæ fidei actiones & strictas agnoscant hac parte differentiam, nisi cùm tractant de re debita per iusiurandum in litem æstimanda: Secuti nimirum traditionem Bartoli *ad d. §. in hac*, quam eùm video & Hugoni Donello, & aliis quibusdam recentioribus placuisse, planè mihi persuadeo nihil eos habuisse melius, quod dicerent, cùm tamen nec aliud quicquam excogitare potuerint, quod improbabilius dici possit, vt ex iis quæ contra Bartolum in Coniecturis disputauimus, constare arbitror. Sed nobis qui extra duos supradictos casus condictionis furtiuæ, & legis Aquiliæ, nullam æstimationis Quanti plurimi condemnationem agnoscimus, & in iudiciis strictis quale est iudicium condictionis triticariæ tempus litis contestatæ & accepti iudicij præcisè spectandum esse contendimus, Multò difficilius est intelligere, & explicare quid sibi Vlpianus velit *in d. l. 3.* cùm ait in condictione triticaria condemnationis spectandum esse. Iam verò, vel tacentibus nobis, intelligere quiuis facilè potest, ex iis quæ hactenus dicta sunt, quam rationem habeat Vlpiani sententia authoritate Seruij comprobata. Nimirum, Cùm triticaria actio ea demum sit per quam triticum, aut quid aliud præter pecuniam numeratam sic petitur, vt illud ipsum, quod petitur, non ipsius æstimatio in iudicium deducatur, quamuis condemnationem in pecunia fieri semper necesse sit. Fieri certe nequit, vt alia æstimatio in condemnationem deduci possit, quàm quæ sit tempore condemnationis. Quod enim condemnationis tempore præstari adhuc posset ex natura propositæ actionis, si reus mallet satisfacere & absolui quàm condemnari, id planè consequens est, vt si in pecunia ex necessitate æstimandum sit, non alio quàm condemnationis tempore inspecto debeat æstimari. Nam & ratio propter quam in iudiciis strictis obtinet, vt litis contestatæ tempus spectari præcisè oporteat, non alia est quemadmodum diximus, quàm quia nouissimum illud tempus sit, quo dari res potest. *d. l. si Calendis* 1 t. *De re iudic.* cùm quale quid est eùm petitur tale dari debeat *d. l. 2. D. de vsur.* Quæ tamen ratio apertè cessat in triticaria condictione, In qua scilicet ex ipsius actoris voluntate, non solùm potest, sed etiam cogitur reus, ipso etiam tempore quo iudicium exercetur, & ante condemnationem rem ipsam quæ petita est præstare, & quidem quantiecumque pretij, cùm illa sit, hoc est siue maioris siue minoris æstimationis, cùm eam sibi & aduersario legem dicat, quisquis triticariam proponere mauuit, quàm certi

condictionem, aut aliam specialem actionem. Nec sanè est quod vel debitor conqueratur, si res pluris sit eo tempore quo in condemnationem deducitur, quia quod antea & litis contestatæ tempore dari debuit, etiam hodie dandum est, vt argumentatur Paulus *in l. si sterilis* 21. *§. cùm per venditorem D. de act. empt.* Vel creditor si res sit minoris, quoniam ipse sibi hanc legem dixit, suæque imprudentiæ debet imputare cur non egerit condictione certi, potiùs quàm triticaria. Etsi quod dicimus in bonæ fidei iudiciis vt in actione empti, de qua *in d. §.* cùm per venditorem spectari tempus condemnationis, longè aliam rationem habet. Non enim sicut in condictione triticaria, quæ stricti iuris est, ita & in iudiciis bonæ fidei præcisè petitur res ipsa quæ debetur, sed cum adjectione illa quam Prætor nunquam prætermitti in formula *ex bona fide*, cuius ea vis & potestas est, vt neque res ipsa quæ petitur, nisi quatenus æquum est, neque in summa quicquam aliud nisi quod melius æquius est in petitionem & condemnationem deducatur. Æquum autem non est sola præstatione æstimationis, quæ antea fuerit liberari eum qui rem aliquam siue in specie, siue in genere consistentem vendidit, si post moram eius rei æstimatio decreuerit.

ERROR IX.

Cur non ipsa merx, aut alia res debita & petita in condemnationem deducatur maximè in iudiciis bonæ fidei.

SEd illud difficilius est dicere cur non ipsa res, quæ debetur, & quæ hodie pluris est in condemnationem deducatur, potiùs quàm eius æstimatio cùm & ipsa sit quæ debetur, non æstimatio ipsius, & tam merx quàm species æstimationis suæ incrementum in se contineat, cùm ipsa præstatur. Qui enim frumentum quod hodie pluris est soluit, aut fundum Cornelianum maioris pretij factum, an non, eam ipsam æstimationem quæ hodie maior est, soluere intelligitur? Et tamen hoc quoque casu æstimationem etiam mercis, & quidem eam quæ sit rei iudicandæ tempore, in condemnationem deduci oportere constat *in dict. §. vlt. l. 3. & ex d. l. sterilis* 25. *§. cum per venditorem D. de act. empt.* Ratio vera illa quam nos in sequentibus latiùs tractabimus, quòd necesse semper sit & omni casu condemnationem fieri in pecunia vt iudicati executio sequi tandem possit. Sed tamen illud quoque addi potest, vt ego quidem arbitror, quia etiam in bonæ fidei iudiciis ex quo tempore mora facta est, sicut in strictis ex die litis contestatæ, desinit res debita præstari ampliùs posse nisi creditor ipse deferat conditionem, cùm petendo rem siue apud Prætorem ex contractu stricto, siue per interpellationem extraiudicialem ex contractu bonæ fidei, satis declarauerit suam voluntatem, quòd exinde voluerit rem habere, ac proinde inspecta illius temporis æstimatione. Quæ ratio faceret, vt sicuti in actionibus stricti iuris inspicimus præcisè tempus litis contestatæ, ita & in iudiciis bonæ fidei tempus moræ non solùm iudicialis, vt vocant, quæ per contestationem contrahitur, sed etiam extraiudicialis præcisè inspici oporteret, Nisi diuersitatem iuris illud induceret, quòd in formula iudiciorum bonæ fidei addebantur, vt diximus verba illa *ex bona fide* quæ in strictis iudiciis dictandis non addebantur. Est enim generalis &

omnibus tam bonæ fidei, quàm stricti iuris actionibus conueniens ratio illa Papiniani *in dict. l. 2. D. de vsur.* quòd quale quidest cùm petitur, tale dari debeat, vt scilicet non minùs actoris voluntati quàm rationi & rigori iuris satisfiat. Et quamuis petitum regulariter id demum dicatur quod per iudicem petitum est aut potiùs apud Prætorem per litis contestationem, quasi is qui nondum litem contestatus est, non tam petat quàm petere velit *l. amplius 15. D. rat. rem haber.* Id tamen magis propriè ad arbitrarias, & ad strictas actiones pertinet, in quibus nulla præcedentis moræ extraiudicialis ratio haberi potest ad condemnationis qualitatem immutandam, sed tantùm ad obligationem perpetuandam *l. si ex legati 23. & seq. l. si seruum 91. §. sequitur D. de verb. obl. Litem si verberatum 15. §. vlt. D. de rei vind.* Non autem ad actiones bonæ fidei, cùm ex bona fide sit vt mora per simplicem & extraiudicialem interpellationem contracta non minùs prosit interpellanti noceatque frustratori, quàm si per iudicem contracta esset. Nec proinde quicquam intersit ad concipiendam in iudicio bonæ fidei condemnationem vtrùm per iudicem petitum sit, an sine iudice, quod ex iudicio bonæ fidei debebatur, non magis quàm ad constituendum in mora debitorem *leg. mora 32. D. de vsur.* Vnde petenda mihi nunc videtur ratio, cuius ignoratione in hunc vsque diem errauimus, Cur prudentes nostri nullo iuris loco meminerint litis contestatæ, cùm loquuntur de ineunda æstimatione rei debitæ ex contractu & iudicio bonæ fidei, sed tantùm moræ vel condemnationis, vt *in l. 3. §. in hac D. commod. d. l. 3. §. vlt. de act. empt.* Quoniam scilicet tantum potest extraiudicialis mora quantum iudicialis, cùm ex bonæ fidei contractu agitur. Ideóque cùm latius pateat nomen moræ quàm contestationis, quia vix potest contestatio fieri sine mora, *l. 3. in princ. de vsur.* mora verò fieri facilè, & passim fit citra contestationem *d. l. mora.* Fuit in hoc iure constituendo facienda mentio moræ potiùs quàm litis contestatæ, Et quidem ita vt mora aliqua extraiudiciali contestationem præcedente, nullam contestationis rationem haberi oporteat, neque æstimationis quæ maior eo tempore inueniatur: non magis quàm si eò ipso die quo per simplicem interpellationem mora extraiudicialis contracta est lis contestata fuisset Nec enim media tempora curantur ad augendam æstimationem, Si fortè pluris esse res cœperit post litem contestatam, quàm vel fuerit tempore litis contestatæ, vel sit hodie cùm res iudicatur, cùm non minùs actoris voluntas, quàm ratio iuris repugnet, quia eo tempore rem habere actor voluit quo periit, Adeò vt nec ipsius condemnationis tempus spectari vnquam oporteret, tametsi longè pluris tùm res esset, nisi hoc faceret adiectio illa formulæ *ex bona fide*, quæ ad condemnationis tempus relata liberam iudici potestatem facit, omnia æstimandi ex bona fide in diem vsque condemnationis. Etsi verò bona fides facit, vt non minus rei iudicandæ quam moræ tempus spectari oporteat, si post moram æstimatio creuerit. Ex ratione illa Pauli *in d. §. cùm per venditorem.* Quòd siue data fuisset merx à venditore suo tempore haberet hodie eam emptor, Siue data non sit saltem hodie dandum est quod iam olim dari oportuit. Hæc ipsa tamen ratio docet nullam penitus rationem medij temporis haberi debere, quia neque nunc rem venditam haberet emptor, neque hodie danda illa esset si eam venditor post moram tradidisset eo tempore quo pluris erat, tradiitámque emptor alteri vendidisset. Quòd si ponas emptorem acceptam rem sibi fuisse seruaturum, nec alij vendit urum, tantò magis apparebit nihil interesse emptoris quòd rem sibi venditam non acceperit eo tempore quo pluris erat, cùm non aliter possit ex hac causa ipsius interesse, quàm si fuerat tum distracturus *arg. d. l. item si §. vlt. De rei vind.* Ac sanè maior ratio est, vt cum Paulo præsumamus, quòd mercem si tradita fuisset, haberet hodie emptor, quàm vt credamus fuisse illum subinde & eo ipso tempore, quo res pluris erat distracturum. Sunt namque istorum qui merces ideò emunt, vt iterum distrahant auara vt plurimum ingenia, & in id propensa, vt crescentem in dies æstimationem, aut vix vnquam aut certè non tam citò finem crescendi habituram esse suspicentur. Atqui si mercem illam hodie haberet emptor, nihil ei prodesset quod antea pluris res fuisset, quæ iam minoris esset. Meritò igitur ius ita receptum fuit, vt medij temporis quod inter moram aut contestationem, & rem iudicatam intercedit, nullam in rei debitæ æstimatione ineunda rationem haberi oporteat, Sed tantùm vel moræ vel condemnationis in iudiciis bonæ fidei. Nunquam verò contestationis cum aliqua mora contestationem antecessit. In eóque ante hac nos errasse agnoscimus, cùm scripsimus, Etiam litis contestatæ tempus in iudiciis bonæ fidei spectandum esse, si eo tempore res pluris fuerit, quàm tempore moræ extraiudicialis vel condemnationis. Quod certè falsum est, nullóque iuris loco probari potest.

ERROR X.

Cur in iudiciis bonæ fidei in re æstimanda non inspiciatur tempus litis contestatæ.

NEque nunc mouet nos ratio illa qua tùm mouebantur, quod ita posito iure futurum sit, vt morosi debitoris conditio melior ob id fiat, quòd ex bonæ fidei iudicio post moram conueniatur, Cum si stricto conueniretur eam præcisè deberet æstimationem, vt diximus, quæ fuisset tempore contestationis. Nam præter id quod actori potest imputari, cur eo tempore debitorem interpellauerit, cúmque in mora soluendi constituerit, si æstimatione illius temporis contentus esse nolebat, Credendúmque est fuisse illum eodem tempore petiturum per iudicem, nisi tantam vim moræ extraiudicialis quantam contestationis fore sciuisset ad iudicium bonæ fidei exercendum. Est etiam quod eidem prætereà imputetur, quare maluerit agere bonæ fidei iudicio, quàm condictione certi, vel triticaria. Cùm sciret aut scire deberet, sic euenturum, vt si ageret iudicio bonæ fidei nihil aliud consequi posset, nisi æstimationem quæ alterutro tantum tempore, aut moræ, aut condemnationis maior fuisse inueniretur, non eam quæ aut litis contestatæ, aut alio medio vllo tempore. Si verò condictionem certi proponeret, nihil nisi quanti res fuisset tempore contestationis, Si denique triticariam exerceret, nihil nisi aut rem ipsam petitam consequeretur, si mallet condemnari reus quàm soluere, aut si sententiam expectaret, quanti foret illa tempore condemnationis. Itaque qui post iam constitutum aduersarium in mora per extraiudicialem interpellationem, & lita contestata ex contractu bonæ fidei, mauult iudicium bonæ fidei exercere, quàm certi condictionem proponere, hoc ipso profitetur nolle se ea æstimatione contentum esse, quæ sit tempore contestationis, licèt tùm maior illa sit, quàm quæ fuit tempore præcedentis moræ.

Non alia vtiqoe de causa, qoàm qoòd maiorem eam futura speret tempore condemnationis, In quo vno maioris vtilitatis esse potest iudicium bonæ fidei, quàm coodictio certi. At imò, etiam quam condictio triticaria, In qua, vt diximus, venit quidem æstimatio quæ est tempore condemnationis: Sed illa præcisè & omnimodo, In iudicio autem bonæ fidei non aliter quàm si eo tempore maior æstimatio sit, quàm fuerit tempore moræ. Debetur enim alterutro tempore inspecto & vtro res pluris fuit, aut moræ etiam extraiudicialis aut rei iudicandæ. Proinde cùm fieri possit, vt æstimatio quæ post moram extraiudicialem creuit, maiórque esset tempore litis contestatæ, decrescat posteà, minórque reperiatur tempore sententiæ, quàm fuerit tempore contestationis, adeóque moræ extraiudicialis, pendeatque id ex dubio euentu, qui tempore litis contestatæ non facilè præuideri potest. Apparet semper actori esse consultius agere iudicio bonæ fidei quàm triticaria. Tametsi possit interdum esse vtilius agere condictione certi, qoàm iudicio bonæ fidei. Nempe qnia vtilitas condictionis triticariæ continetur in iudicio bonæ fidei, non etiam vtilitas condictionis certi, Nisi cùm mora nulla præcessit contestationem. Quo vno casu spectari potest etiam in iudiciis bonæ fidei tempus litis contestatæ ad ineundam rei debitæ æstimationem, sed tanquam tempus moræ, non tanquam tempus litis contestatæ, quoniam mora quæ ante contestationem nulla contracta foit, saltem per contestationem contrahitur. Nec mirum videri debet quod dicimus, Eum quoqne qni aduersariom ex bonæ fidei contractu obligatum habeat, posse eligere vtrùm condictione certi, vel triticaria quæ stricti iuris actiooes sunt malit experiri quam iudicio bonæ fidei. Cùm enim condictionea illæ ex omni casu omníque contractu competaot *l. certi condictio 9. D. de reb. cred.* dubitandum non est quin competant etiam ex bonæ fidei contracto, Non qnasi eo casu, aut alio vllo sint bonæ fidei, vt imperitè quidam putant, sed qoia nihil caosæ sit, cur non ex contractu bonæ fidei, perinde atque ex stricto licere actori debeat hoiusmodi actionum vtilitate gaudere, vt quibus possit modis ius suum exequatur. Et ex hoc rursum intelligimus, Cur agenti iudicio bonæ fidei pro merce quæ debetur, si moram passus sit, vel extra iudicium, vel per contestationem condemnetur aduersarius ad æstimationem *d. l. 3. §. vlt, d. l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem, D. de act. empt.* Nimirum quoniam ea voluotas agentis esse creditur, vt pro merce ipsa debita æstimationem ipsius consequatur, vtro tempore maior fuisse Inoenietur, aut moræ aut condemnationis, Ne alioqui videatur sibi eripere commodum quod ex aduersarij mora qoæsitom est. Nullom enim commodum moræ superesset si cogeretur venditor mercem ipsam accipere, quæ condemnationis tempore minoris facta esset, quæ moræ tempore fuisset, potiúsque alind pro alio solui hoc casu videretur. Cùm res quæ functionem recipit in suo genere recipiat etiam io æstimatione si actor velit, Quomodo velle semper intelligitur, quisquis alia actione quam condictione triticaria mercem petit, quæ per triticariam petenda vtique fuerat, si ex voluntate actor erat, vt inspecto præcisè condemnationis tempore æstimari rem omnimodo vellet. Non est quòd dicamus posse huic actoris incommodo consuli condemnato reo in id omne quod actoris interest moram factam non esse: Nihil enim ea hac causa interest actoris qni moram passus est, si mercem ipsam adhuc post moram præcisè petere non desinat, com hoc ipso testetur non fuisse se mercem venditurum, sed asseruaturum in hoc vsque tempus si moram passus non fuisset. Quæ ratio etiam est, ob quam in condictione triticaria, etiamsi omni casu res quæ petita est æstimanda sit, nunquam tamen habetur ratio eius æstimationis quæ maior fuerit tempore litis contestatæ. Quamuis in cæteris stricti iuris iudiciis, maximè verò in condictione certi aliter obseruetur: Scilicet quoniam ab eo iure, quod per contestationem quæsitum fuerat, petendæ illius æstimationis, quæ maior tum fuisset, si condictionem certi exercere creditor maluisset, videtur ille recessisse agendo triticaria, & petendo rem ipsam præcisè, Planè cùm ex iudicio bonæ fidei merx ipsa petitur, quia petitio & condemnatio fit *ex fide bona*, & bona fides non patitur, vt impunita sit mora, si fortè post moram æstimatio rei decreuerit, Sicut nec vt moræ tempus præcisè spectandum sit, si ex contrario post moram æstimatio creuerit. Consequens est vt ex actoris voluntate in suspenso & incerto maneat in tempus vsque condemnationis, quænam æstimatio ventura sit in condemnationem, quia neque sciri prius potest vtrius temporis an moræ, in condemnationis maior futura sit æstimatio. Sed non similiter an merx ipsa, an æstimatio deducenda sit in condemnationem, cùm dici nequeat eum qui post moram sibi factam petit adhuc mercem non præcisè præstandam, sed cum illa adiectione *ex bona fide* videri hoc ipso discedere ab eo iure quod quæsitum erat petendæ illius æstimationis, quæ moræ tempore fuisset, si tandem maior tùm fuisse quàm condemnationis tempore inueniretur. Cùm verò hæc ratio sit generalis, nec minùs in specie quàm in merce debita locum habeat, qoia sicut mercium ita & specierum æstimatio, licèt non adeò facilè aut frequenter, mutatur per tempora, nec vno casu minùs quàm alio ex bona fide est, vt mora poniatur. Intelligimus etiam tùm cùm species debetur & per actionem bonæ fidei petitur, æstimationem rei non rem ipsam in condemnationem deducit æstimationem, inquam, vtro tempore pluris res fuit, vel moræ, vel condemnationis *dict. l. 3. §. in hac. D. commod.* qnæ lex sicuti de actione commodati loquitur, ita & de specie debita quæ sola non etiam merx commodati potest. Ne alioqui iniuria fiat actori, si lis æstimetur præcisè quanti res est tempore condemnationis, atque ita æstimationis quæ moræ tempore maior fuit commodum ei eripiatur, Cùm si speciem ipsam præcisè habere maluisset, vtiqoe triticariam proponere potoisset debuissétque. Sed veniamns iam ad explicationem specialiorem *d. l. 3. De cond. tritic.*

ANTONII FABRI I.C.

Decas octogesimaquinta.

ERROR PRIMVS.

De sententia legis tertiæ. D. de condictione triticaria. Et ad legem quartam, paragraphe ait Prætor, Digest. de re iudic.

ALIORVM potissimum errores circa condictionem triticariam hucvsque exagitauimus, Nostros alienis mixtos iam emendare minùs pudebit. Vlpiani verba hæc sunt, *In hac actione si quæratur res qua petita est, cuius temporis æstimationem recipiat, verius est quod Seruius ait, condemnationis tempus spectandum.* Quod ait, *in hac actione* nemo dubitat quin debeat accipi de condictione triticaria, Non solùm quia lex posita est sub titulo De condictione triticaria, sed ob id etiam quod non posset lex intelligi de condictione certi, quin secum pugnaret Vlpianus, qui in *leg. vinum 22. D. de reb. cred.* apertè scribit, in condictione illa spectandum esse præcisè tempus litis contestatæ si nihil de die conuenerit. Quod & in aliis omnibus stricti iuris actionibus obseruandum esse, idem Vlpianus tradit *in l. 3. §. in hac, D. commod.* Neque nos hac in re ab Interpretibus dissentimus, sed in eo tantùm, quod huius tituli legem vltimam, quia sub eodem titulo posita est, æquè de triticaria intelligi volunt, quod & nos aliquando putabamus cùm differentiam quæ a nobis in superioribus tradita & explicata est, condictionis certi & triticariæ ignoraremus. Sequitur *res quæ petita est.* Nec dissimiliter *l. vlt. eod. Si merx aliqua quæ certo die dari debuit petita sit.* Rectè Est enim hoc commune vtrique actioni & condictioni certi & triticariæ, vt rem ipsam quæ in obligatione est peti oporteat, sed aliter in hac, aliter in illa actione. Nam in condictione certi res ipsa quidem petitur, sed non præstanda præcisè, at quanti fuit tempore litis contestatæ. In triticaria verò res ipsa præcisè præstanda, etiam post litem contestatam, si velit reus effugere condemnationem. Et ideò benè subiungit Vlpianus *in d. l. 3. si quæratur cuius temporis æstimationem recipiat.* quomodo *in d. l. vlt. quanti lis æstimanda sit.* Semper enim & in qualibet actione lis æstimatur, & pecuniaria fertur condemnatio. Nec minus in condictione triticaria, siue extet ipsa res quæ petita est, siue ante condemnationem perierit. Quod postremum sicut in merce debita contingere nunquam potest, ita in specie quæ debetur facilè ac sæpenumerò contingit, vt sequitur apud Vlpianum in versic. *Si verò desierit esse in rebus humanis*: similiter & in certi condictione semper lis æstimatur, id est semper æstimatio rei petitæ, nunquam verò res ipsa petita in condemnationem deducitur, non solùm si merx, quæ functionem recipit in suo genere, sed & si species debeatur, vt constat *ex d. l. vlt.* quæ de condictione tantùm certi tractans, & de mercibus primùm locuta, posteà in aliis quoque rebus idem iuris esse ait. Sed inspecto præcisè quanti res fuerit tempore litis contestatæ, ne scilicet alioquin eueniat, vt qui fundum vel hominem per eam certi condictionem petiit, si cogatur rem ipsam minoris factam accipere, non sit habiturus omne id quod habiturus esset si litis contestatæ tempore solutus ei fundus vel homo fuisset: quod omne tamen habere debet *l. cum fundus 32. D. de reb. cred.* Nec solùm inspectis rationibus æquitatis, quæ in iudiciis strictis parum attenditur, sed inspecta potissimùm ratione illa quæ stricti quoque iuris est, quòd quale quid est eùm petitur, tale dari debeat *d. l. 2. D. de vsur.* Neque est, quod cuiquam mirum hoc videri possit, quasi sic eueniat vt de alia re pronunciet iudex quàm de qua datus est, si ad æstimationem condemnet eum à quo res ipsa non æstimatio petitur: quod stulti iudicis esse ait Iustinianus *in l. vlt. C. de fideic. libert.* Non enim putandum est sic concipi solitam olim fuisse formulam iudiciorum stricti iuris, quomodo plerique putant, vt certa re & specie apud Prætorem petita iuberetur iudex speciem ipsam in condemnationem deducere, quod certè non aliud esset quàm iudicare ex formula contra formulam, à cuius tamen præscripto ne latum quidem vnguem recedere iudici licebat, sed in hunc potiùs modum, *si paret Titium debere Sempronio Stichum ex stipulatione, ni Titius soluat tu eum quanti hodie Stichus est condemnato.* Sicque accipio verba illa Papiniani *in l. fundum 28. D. de nouat. præsens æstimatio fundi petito rectè consideretur*, vt scilicet petito fundo ea consideretur æstimatio quæ sit præsens tempore petitionis, Vt qualitas cuncta verbo, sicut in nostrorum brocardico est, intelligatur secundum tempus verbi *ex leg. 4. §. si extraneus D. de noxal. act.* Ponit enim Papinianus eo loco differentiam duplicem inter stipulationem illam *fundi Corneliani*, & hanc *quanti fundus Cornelianus est.* Vna differentia est quòd ex priore stipulatione non debetur pecunia, sed fundus, Ex posteriore verò non fundus, sed pecunia, Altera quòd quamuis vtrique stipulationi commune nihilominùs illud sit, ex vtraque debeat fieri condemnatio pecuniaria, Aliter tamen ex priore stipulatione, Aliter ex posteriore fundus æstimatur. Ex priore æstimatur quanti est eo tempore quo petitur, id est quo litis contestatio fit, *vt in lege hominem trigesimaseptima, Digest. mandat.* Ex posteriore verò quanti fuit tempore interpositæ stipulationis, quoniam ad id tempus relata sunt stipulationis verba, & ex eo tempore deberi incipit æstimatio, quæ ex priore non incipit deberi nisi à die litis contestatæ, Nimirum cùm agitur condictione certi, quæ semper nascitur ex stipulatione in quam certum quid deductum fuit, *l. si quis certum 24. D. de reb cred.* & initio *Tit. Inst. de verb. obligat.* Nam si agatur condictione triticaria quæ perinde nascitur ex stipulatione certa, & hoc amplius etiam ex incerta *dict. l. 1. D. de condict. tritic.* non æstimatio rei præsens, sed quæ rei iudicandæ tempore futura est, deducitur in formulam, & consequenter in condemnationem. Itaque semper verum est in condictione triticaria litem æstimari etiamsi res extat quæ debetur, licet aliter quàm in condictione certi, vt diximus. Semper enim verum est quod ait Vlpi-

in d. l. 3. rem quæ per condictionem triticariam petita est recipere æstimationem, & quidem vt ea lex habet, inspecto tempore condemnationis. Ratio aperta est quam in superioribus attulimus, sed sæpius inculcanda, quòd cùm in iudicium deducta sit, & omnimodo deducenda fuerit res ipsa quoties agitur triticaria, vtique non alia ratio vicem rei supplere potest quàm ea quæ sit tempore rei iudicandæ. Quandoquidem si eo tempore rem ipsam quamuis minoris factam condemnatus soluisset, nihil ab eo peti ampliùs potuisset. Proinde neque proderit condemnato, quod post rem iudicatam imminuta sit æstimatio, quominùs eam ipsam præstare debeat, quæ maior fuit tempore condemnationis, neque nocebit si è contrario nocta proponatur, vt eam quæ nunc maior est præstare debeat, nec præstatione illius quæ condemnationis tempore minor fuit liberetur, quia præcisè spectandum est tempus condemnationis irrogatæ. In quo tamen illud mirum, needum satis apertè à nobis explicatum est, Quid necesse sit tractare de ineunda æstimatione rei per triticariam petitæ, cùm sicuti rem ipsam non rei æstimationem in iudicium deduci prorsus necesse est, ita rationi conueniens videatur vt ipsa quoque res quæ in iudicium deducta est, non eius æstimatio præstetur, Saltem eo casu quo per rerum naturam præstari ipsa potest, quod euenit quoties adhuc extat, nec difficultas eius præstandæ magna est. Quid enim absurdius, & à forma iudiciorum alienius quàm vt qui rem ipsam aduersario præstare debuit ante sententiam condemnetur ad æstimationem, tametsi conditio ab actore non deferatur? Præsertim cùm non possit hoc casu locus esse remedio, vt ad puniendam condemnati contumaciam iuretur aduersùs eum in litem, quomodo in actionibus arbitrariis aut bonæ fidei iuraretur. Quia condictio triticaria stricti iuris est, In qua actionum specie nunquam iuratur in litem ob dolum & contumaciam aduersarij, sed tantùm ea necessitate cùm iudex sine delatione iurisiurandi non potest æstimare rem quæ non extat *l. in actionib. 5. & seq. D. de in lit. iur.* Planè in cæteris actionibus siue bonæ fidei, siue arbitrariis, in quibus iuratur in litem, dicimus non esse cogendum eum, qui condemnatus est, vt rem ipsam restituat, quia non ad rem ipsam restituendam condemnatur, sed ad pecuniam. Quanti actor in litem iurauerit, In arbitriis quidem postquam restituere iussus est, nec arbitrio iudicis paruit, In iis verò quæ sunt bonæ fidei nullo iussu & arbitrio præcedente. Ita fit, vt sit in eius potestate soluto pretio non iusto, sed iniusto, & per actorem taxato rem petitam, sed non in condemnationem deductam retinere inuito quidem aduersario, sed non etiam iudice qui eum ad rei restitutionem non condemnauit: Quamuis manu militari cogendus sit ipsam rem restituere si Triboniano credimus *in l. qui restituere 68. D. de rei vindic.* Nimirum ante condemnationem & post iussum rei restituendæ, vt illius legis verba probant. Nam post condemnationem factam eius quantitatis de qua actor in litem iurabit, non posset reus purgare contumaciam restituendo rem ipsam, atque ita liberare se à grauiore condemnatione. Sicut in cæteris iudiciis quæ non sunt arbitraria, sed bonæ fidei vel stricta, nihil prodest reo rem ipsam quæ petita est, offerre post litem contestatam, cùm semel obstrictus esse cœperit ad præstandam æstimationem, in iudiciis quidem bonæ fidei ea die moræ, In strictis autem ex die litis contestatæ. Hoc verò si ita esse admittamus, illud consequenter admittendum erit, quod & nos antehac putabamus nullum quæstioni locum fore de ineunda æstimatione rei per triticariam petitæ, & in condemnationem deductæ, nisi eo casu quo petita fuerit species, quæ per sententiam, aut extare, aut qua alia de causa præstari posse desierit, & quam proinde in æstimatione ac pecunia præstari necesse sit. Nam merx quæ quoniam semper extat, nec fit vnquam deterior cùm in genere consistat, functionémque recipiat, non minùs in bonitate & qualitate quam in suo genere, *l. 2. §. mutui datio, l. 3. De reb. cred.* quidni ipsa præstari debeat, quæ ipsa est non tantùm in obligatione, sed etiam in petitione, adeóque in iudicium deducta? Aut quid illud est quod dicimus, Inuito creditori aliud pro alio solui non posse *d. l. 2. §. mutui datio. l. eum à quo 10. & seq. C. de solut.* si etiam post iudicium de ipsa merce acceptum permittitur reo per iudicem, vt inuito actori eidémque victori pro merce debita præstet mercis æstimationem? An non ea ratione quodammodo fit non solùm rationi iuris, sed etiam authoritati iudiciorum? Neque tamen ita est. Nam, siue merx, siue species, siue quid omnino aliud deductum sit in iudicium, quomodo deduci semper necesse est cùm agitur triticaria, semper condemnatio in pecunia fit, vt iudicati executio fieri possit. Verba enim prætoris in illa parte edicti quæ est De rebus iudicatis exequendis, hæc fuerunt *Condemnatus, vt pecuniam soluat*, quomodo scriptum est *in l. 4. §. ait prætor, D. de re iud.* Nisi malis quod ego probabilius puto legendum esse, *ni pecuniam soluat* Coniectura sumpta ex iis verbis, quæ huic edicto deesse addique debuisse Labeo existimabat. *Neque aliter eo nomine satisfaciat*, quæ cùm negatiuè concepta sint, non aliter superioribus aptè coniungi possent, quàm si superiora quoque negatiuè concepta essent. Quòd si integra edicti verba extarent, esset res apertior. Sed verisimile est, si non his ipsis verbis, saltem hoc sensu edictum illud conceptum fuisse, *Condemnatus, ni pecuniam soluat capi pignora, & ex more distrahi iubebo.* Edicti autem ita concipiendi formandique ratio, aut potiùs necessitas illa fuit, quod non aliter ne dicam commodiùs visum est perueniri posse ad rerum iudicatarum executionem. Qui enim dare aliquid extra pecuniam, aut facere, aut tradere, aut quoquomodo præstare iussus esset per sententiam, Si præcisè iudicato parêre cogeretur, vtique inuitus & præcisè ad faciendum adigeretur. Siquidem dare nihil aliud est quàm dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vlt. D. de verb. oblig.* Dominium autem etiam quod quis habeat non aliter transferre in alium regulariter potest inter viuos, quàm si rem tradat *l. qua ratione 9. § hæ quoque res l. traditio 20. & pass. D. de acq. rer. dom.* Perinde igitur ad tradendum cogendus esset is qui dare debet, atque si ad tradendum obligatus esset. Ergo ad faciendum, Traditio enim facti est *l. consilio 7. §. vlt. D. de curat. furios.* Idque est quod ait, *l. 3. §. 1. D. de act. empt.* Eum qui fundum dari stipulatus est vacuam quoque possessionem tradi oportere, stipulatum intelligi. Idem tractari posset de eo qui soluere condemnatus esset. Nam & solutio facti est *d. §. vlt. l. 1. C. de probat.* cùm realis & naturalis fiat per numerationem, Ciuilis verò & imaginaria per acceptilationem *l. vlt. D. de solut. §. 1. Inst. quib. mod. toll. oblig.* Denique licèt omnis obligatio in eo consistat, vt obstringatur quis ad dandum aliquid vel faciendum, vel præstandum, *l. 3. in princ. D. de oblig. & act.* Actiones tamen omnes quamuis ex obligationibus nascantur fatendum est, non nisi ad dandam pecuniam pertinere, non autem vt aliquid extra pecuniam, vel detur, vel fiat, vel præstetur. Et consequenter cùm in executione iudicati aliud esse nihil possit, quàm quòd in iudicato est, condemnationem omnem ita

necessariò concipiendam esse, vt qui condemnatur pecuniam tantùm, non etiam rem aliam dare, aut quid aliud vel facere vel præstare nisi per triticariam iubeatur, executionem verò iudicati semper in pecunia fieri, quia semper inciuile visum est ciuili legislatori, vt quis ad factum præcisè cogatur, quod vt sæpius monuimus non posset id fieri sine vi quam legibus exosam tantopere & priuato cuilibet interdictam, multò inciuilius esset inferri à magistratu. Ne proficiscatur inde occasio iniuriæ, vnde iura nascuntur, *l. meminerint 6. C. vnde vi l. nec magistratibus 32. D. de iniur.* Adeò vt nec si quis mihi rem meam petenti eam restituere iussus sit, cogatur tamen eam mihi restituere, sed tantùm pati condemnationem quanti ergo mea interesse in litem iurauero, vt in eo quod veram rei æstimationem excedit contumacis rei punîatur *l. 1. d. l. in actionib. 5. D. de in lit. iur.* quòd non sit æquum cogi me vt rem meam inuitus vendam iusto pretio *l. non enim 9. D. rer. amot. l. nec quasi 70. D. de rei vind.* Nec quod permittendum non sit vt quis alius iniuitis nobis rem nostram retineat inducere potest necessitatem præcisam rei nobis restituendæ, sed tantùm causatiuam si volet ille effugere condemnationem æstimationis per iusiurandum in litem taxandæ *l. si filiosfamilias 25. §. maritum, D. solut. matrim.* Ob eàmque causam nunquam dubitaui quin Triboniano potiùs quàm Vlpiano adscribendum sit quod legimus *in d. l. qui restituere 68. D. de rei vind.* Si is qui restituere iussus est iudici non pareat contendens se non posse restituere, cùm tamen rem habeat, manu militari officio iudicis auferendam ab eo esse possessionem, vt pluribus à nobis tractatum & comprobatum est *lib. 16. Coniect. cap. 17.* Quamquam in hoc ipso obseruandum est non vsque adeò inciuilem esse Tribonianum vt velit manu militari cogendum esse iniustum possessorem vt rem meam mihi restituat. Sed tantummodò manu militari possessionem ab eo auferri. Quæ res non tam factum exigit aut denotat, quàm patientiam possidentis. Quòd si tùm quoque cùm rem meam peto, quam & meam esse, & mihi restituendam pronunciatum est, non ideò tamen præcisè cogitur eam mihi reddere. Quantò minùs videri mirum debet, vt qui per conditionem triticariam conuentus fuit ad rem dandam siue in specie consistat illa, siue in genere, non ideò tamen ad dandam illam præcisè ac tradendam condemnetur, sed tantùm ad æstimationem vt executionem pati cogatur in pecunia: Minùs siquidem iuris habet ad rem ipsam præcisè obtinendam, qui alienam rem persequitur vt sibi detur, quàm qui suam petit, cuius iam dominium habet.

ERROR II.

De necessitate concipiendæ condemnationis in pecunia ad executionem iudicati. Ad legem primam Codic. si in caus. iudic. pign. capt. sit. lege vltima Codic. de vsuris rei iudic. lege dominus trigesimasexta, Digest. de liber. caus.

Quid? inquies, An non perinde facti est pecuniam soluere ac numerare atque rem ipsam tradere? Ita sanè est. Et idcirco sit condemnatio & executio iudicati ad eundem modum siue species, siue merx aliqua, siue denique pecunia debeatur: Nisi quod cùm pecuniaria fuit petitio, nulla conuersione opus est rei petitæ in pecuniam: quæ tamen conuersio prorsus necessaria est cùm aliud quilibet extra pecuniam in iudicium deductum fuit, Non vt pecuniam magis, quàm rem aliam soluere cogi possit is, qui condemnatus est, cùm vtroque casu ad faciendum præcisè cogeretur. Sed vt victor & ciuiliùs & expeditiùs iudicati emolumentum & effectum consequatur nulla vi condemnato illata, nullaque manu militari adhibita, sed magistratu qui iudicem dederat & ad quem iudicati executio pertinet, id agente, vt pecunia quæ ex iudicato ipso deberi cœpit, explicari soluique possit per captionem & distractionem pignorum, nullo in eam rem exquisito facto condemnati, quem sufficit præstare patientiam, ne quid per vim aut frustrationem & tergiuersationem ad impediendam iudicati executionem moliri videatur *l. a. 4. & 5. l. si longius 7. & leg. vlt. C. de execut. rei iud. l. à Diuo Pio 15. in princip. & per tot. D. de re iudic.* Idque est quod iactare nostri solent factum iudicis esse factum partis, *l. si ob causam 13. C. de euict.* Et quod elegantiùs Imperator Antoninus *in l. 1. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Io vicem iustæ obligationis succedere authoritatem iubentis ex causa. Sic enim legendum arbitror, non vt vulgò *ex causa contractus.* Nullus siquidem contractus est, qui hanc iubentis authoritatem inducat, sed sola authoritas iudicati. Neque tamen illa simpliciter, sed tantùm *ex causa*, id est ni pecunia illa soluatur, quæ ex iudicato debetur, *d. l. 4. §. aut prætor D. de re iud.* Non enim priùs peruenitur ad captionem pignorum quàm tempus præterierit, quod iudicato ante omnia dandum est ad soluendum. Quo elapso, captisque subinde pignoribus, adhuc duo menses expectandi sunt, priusquàm pignora in iudicati executione capta distrahantur, *leg. debitoribus 31. eod. tit.* Quod autem dicimus, non ex causa præcedentis contractus, sed ex causa tantùm illa, quòd iudicato paritum non sit, authoritatem iubentis concedere in locum iustæ obligationis, hactenus scilicet vt bona quæ in iudicati executione capta sunt pignoris vinculo perinde teneri & obstricta esse intelligantur acsi iusta conuentione pignoris obligata essent, & postmodum si intra duos menses pecunia soluta non sit, distrahantur tanquam iustè obligata, vel ex eo maximè apparet, quod fieri quandoque potest vt ex causa iudicati conueniri possit is qui ex causa præcedentis contractus soper quo iudicatum est nullomodo tenebatur, vt in specie, *l. 3. §. idem scribit D. de pecul.* Sed & cùm sit verum quod ait *l. vlt. C. de vsur. rei iud.* actione rei iudicatæ nouari priorem contractum, qui obsecro fieri potest, vt post rem iudicatam in vicem iustæ obligationis succedat ex causa prioris contractus authoritas iubentis? Quid item si nullus contractus præcesserit, sed ex qua alia causa quam ex contractu actum sit & iudicatum? Nam vt obligationes ita & actiones non solùm ex contractibus nascuntur, sed etiam ex quasi contractibus, itémque ex delictis & quasi delictis, adeòque ex aliis præterea variis causarum figuris, vt Iustinianus scribit *in Titul. De oblig.* Non ergo dubitandum est quin irreptitia sit delendáque dictio illa *contractus*, tanquam addita ab imperito aliquo Interprete qui præcedentia verba *ex causa* si nihil adderetur, nullius sensus esse existimabat, & quem rursum fallere potuerunt priora illa *in vicem iustæ obligationis*, quasi Imperator sensisset de iusta obligatione, ex qua & actum fuisset, & secuta condemnatio. Cùm tamen de iusta obligatione pignoris post rem iudicatam contrahendi, lex intelligat. Hoc sensu vt quamuis in iudicati executione nulla pignoris conuentio secuta sit quæ iustam pignoris obligationem inducere potuerit, perinde tamen acsi conuentio præcessisset teneatur iure

iure pignoris bona capta ex authoritate & iussu exe cutoris cui iubendi ius fuit, Facto scilicet magistratus aut executoris ab eo ad exequendum dati, supplenteac repræsentante factum debitoris & condemnati. Quomodo etiam aliis quibusdam casibus factum hominis suppletur & repræsentatur à lege, vt *in l.vlt.C.si mancip ita fuer.alien.* Hae tamen differentia, quòd obligatio quæ ex conuentione pignoris nascetetur esset iusta, id est iure ciuili cognita & approbata, quia ius ciuile cognoscit conuentionem pignoris pro iusta, ex eáque nasci vult obligationem & actionem quæ ipsa quoque ciuilis est, & consequenter iusta. Cùm tamen obligatio illa pignoris quæ inducitur ex capione bonorum in iudicati executione captorum vt distrahantur non sit iusta, id est iuris ciuilis, sed prætoria, quia totum ius illud sic exequendarum rerum iudicatarum, descendit ex edicto Prætoris *d.l.4. §.aut Prætor, & leg. seq. D.de re iud.* Qui certè verus & germanus sensus est illorum verborum, *in vicem iustæ obligationis*, nescio an ab vllo adhuc Interprete obseruatus. Et huc rursum pertinet quod iam attigimus ex *d. l. vlt. C.de exec.rei iud.* actione rei iudicatæ nouari priorem contractum. Quid enim hoc aliud est, quàm post latam sententiam non esse amplius laborandum quid fuerit in pristina obligatione, aut in actione quæ in iudicium deducta fuit, Sed illud tantùm inspiciendum, quid deductum sit in condemnationem, quoniam cùm res iudicata pro veritate habeatur, nec aliud deberi potest quàm quod ex iudicato debetur, nec aliunde quàm ex iudicato *l. si fundus 16.§ si pluris D. de pignor.* Proinde post iudicatum id tantùm curare magistratus debet qui iudicem dederat, vt quàm commodissimè fieri possit, iudicato pareat condemnatus victoríque satisfaciat, quod porrò non aliter aut meliùs & ciuiliùs fieri posse visum est quam si condemnatio cuiuscumque rei etiam speciei in pecunia fieret: Quandoquidem pecunia ex qualibet re fieri potest, per negotiationem *l.venditor 21. D.de her.vel act.vend.* sicut & res quælibet per pecuniam æstimatur *l. si ita fideiussorem 42. D. de fideiuss.* In eóque minorem conquerendi occasionem habet is cui merx quàm cui species debebatur, Cùm is qui pecuniam habet faciliùs ex ea mercem comparare possit quàm speciem quæ sit eiusdem bonitatis & qualitatis. Qua de causa parum abest quin res istæ quæ recipiunt functionem in suo genere, eandem etiam in pecunia recipere videantur: Quamquam non omninò ita est, Alioquin dicendum esset licere illi qui triticum aut vinum debet, vt pro tritico vel vino soluat pecuniam creditori etiam inuito ante sententiam, quod tamen nemo dixerit. Sed alia ratio est mercis debitæ, alia mercis in condemnationem deductæ, quia inter has causas differentia non inelegans illa est, quod conuersio mercis in pecuniam ante condemnationem in triticaria fieret inuito creditore, cuius tamen voluntas omninò necessaria & exquirenda est vt ei satisfactum dici possit. At conuersio quam dicimus per iudicatum fieri eius rei quæ petitione ac iudicio continetur in pecuniam, fit creditore ita volente cùm fiat ex vi formulæ & ex edicto Prætoris. Nec enim aliam aut condemnationis, aut executionis formam vrgere creditor possit quàm quæ iure publico & edicto perpetuo præscripta est. Et quamuis fiat inuito debitore, causaturo fortè non pecuniam à se deberi, sed vel mercem, vel speciem, parum tamen curamus ipsius voluntatem, quia sicuti iudicium redditur in inuitum *l.inter stipulantem 83. §.1. D.de verb.oblig.* ita & multò magis contra inuitum fit iudicati executio, in qua & iudiciorum & rerum iudicatarum vigor effectúsque totus consistit *l. pen. C.de exec. rei iudic.* debétque sibi imputare debitor, cur non rem ipsam debitam soluerit, cùm posset, eo tempore quo petebatur *d.l.2. D.de vsur.d.l cùm fundus 31.D.de reb.cred.* Quemadmodum è contrario recusare non potest creditor pro quo iudicatum est, quominùs in obtinendo & exequendo iudicato suam voluntatem accommodet ad voluntatem magistratus, cuius beneficio sicuti iudicem habuit, ita & condemnationem retulit, & iudicati exequendi facultatem quam neque sibi authoritate propria posset adrogare *l.miles 6. §.qui iudicati D.de re iud* neque propria vlla conuentione meliùs sibi prospicere, cùm necessariò si res ei non sit cum debitore qui vltrò satisfacere sit paratus, deueniendum sit ad sententiam, sempérque commodior sit parta persecutio ex causa iudicati, quàm si res ad initium alterius petitionis redigeretur *l.minor 40. annis in princ. D.de minor.* Nam & ex eo fit, vt quamuis nemo cogatur emere *l. nec emere 16. C. de iur.delib.* creditor tamen in executione iudicati ex officio emere debeat vice extranei emptoris si alius emptor nullus existat *l.2. C.si in caus.iudic.pign.capt.sit.* Hinc est quod in iudicati actione quæ ipsa nihil aliud quàm iudicati executio est non priùs ratio haberi debet eius cui priori eius condemnatus fuerit, sed qui prior fuerit in exequendo *l. in iudicati 61. D. de re iud.* nisi anterior creditor habeat pignus aliquod conuentionale, vt *in l. à Diuo Pio 15. §. quòd si res cod.* Nempe quia neque prioris actionis adeóque nec contestationis ratio vlla haberi potest, sed tantùm condemnationis, cùm id quod ex iudicato petitur non tantùm noua actione petatur, sed etiam plerumque aliud sit, quàm quod in petitionem & iudicium deductum est, Quando nihil vnquam nisi pecunia ex iudicato petatur, etiamsi merx vel species anteà deberetur, Ideóque non possit recusare victor, etiam cui reus mercem vel speciem aliquam dare vel tradere debuit quominùs pecuniam accipiat. Extra casum *l. dominus 36.D de liber.caus.* vbi Papinianus scribit, dominum qui in liberali causa obtinuit, si seruum suum abducere velit non esse cogendum pro eo accipere litis æstimationem. Quibus verbis non obscurè innuit Papinianus aliter in cæteris causis obseruari solere, vt æstimatione rei pro re ipsa accipere victor cogatur, Nisi malit reus rem illam quæ in iudicium deducta est ante condemnationem præstare: Nec enim dubitandum est, quin hoc ei liceat si velit, & actor consentiat, quomodo consentit qui agit triticaria. Quando nihil aliud intendit Prætor nisi vt actori satisfiat per iudicatum & iudicati executionem, quomodo in specie non valdè dissimili ratiocinatur Vlpianus *in l.1.§.inde quæritur D.de oper. noui nunciat.*

E R R O R III.

De sententia l.vlt.C.de vsur.rei iudic.

His quæ diximus de condemnatione semper concipienda in pecunia valdè obstat quod scriptum est *in l.vlt.C.de vsur.rei iud.* illis verbis *vt liceret victoribus, relictis propter legem condemnatis personis à fideiussoribus eorum vel mandatoribus statim pecunias vel res in condemnatione positas exigere.* Nam siue horum verborum hunc sensum esse velis, vt in executione iudicati neque res ipsa quæ in condemnatione posita est, neque pecunia & æstimatio pro re petatur præcisè, sed alternatiuè, & disiunctim, vel pecunia in quam conuersa est condemnatio, vel res posita in condemnatione si eam præstare condemnatus

demnatus volet, Admittit Iustinianus posse in condemnatione poni rem ipsam, non pecuniam, quod ego probabilius arbitror, significare Iustinianus voluerit aliam olim fuisse rationem reorum & principalium debitorum condemnatorum, aliam verò fideiussorum & mandatorum non condemnatorum. Vt aduersus reos condemnatos ea obtinerent quæ diximus vt neque statim vrgeri possent, sed humanitatis gratia spatium haberent, & vt Iustinianus loquitur laxamentum duorum mensium, neque aliud ab iis posset exigi inuitis quàm pecunia quæ in condemnationem deducta vel in quam condemnatio conuersa esset. In fideiussoribus verò vel mandatoribus condemnari obseruaretur è contrario vt quia ipsi condemnati non essent, neque spatium vllum haberent ad soluendum, neque recusare possent quominùs rem quæ in condemnatione posita esset soluerent siue pecunia, siue merx, aut species in condemnationem deducta proponeretur. Apparet idipsum semper Iustiniano placere, quod nos negauimus etiam in triticaria, Posse ita concipi condemnationem vt in ea res ipsa ponatur non pecunia. Nec sane dubito quin ex Tribonianea Iurisprudentia hoc quoque Iustinianus sumpserit, vt petita specie vel merce non patiantur litem æstimari quod tota vetus Iurisprudentia senserat, sed rem ipsam petitam in condemnationem deduci velit. Vt aliunde constat satis ex *l. qui restituere 68. De rei vind.* quam toties diximus & ostendimus esse Triboniani, & ex *l. vlt. C de fideicomm. libert.* Quod tamen *in d. l. vlt. C. de vsur rei iudic.* Iustinianus constituit in fauorem fideiussorum vel mandatorum qui nondum fuerint condemnati, euidentem habet rationem. Cùm enim iudicati actio personalis esset aduersùs condemnatum, ideóque aduersùs fideiussores & mandatores non condemnatos porrigi nequiret, multóque minùs nouare actionem pristinam, quæ contra fideiussores & mandatores competebat, Vtique fatendum est, non alia quàm pristina illa actione contra eos agi posse, quia non actionis iudicati, sed primæ obligationis fideiussores vel mandatores fuerunt. Et consequenter, quod ad eos pertinet, non tam inspiciendum esse quid hodie, id est in executione iudicati præstare condemnatus possit vel debeat, quàm quid fuerit positum in condemnatione rei, quia illud ipsum est quod in pristina fideiussoris vel mandatoris obligatione inuenitur. Ergo merx ipsa vel species, non pecunia pro merce, vel pro specie posita in condemnatione, secundùm Tribonianeam Iurisprudentiam. Quia fideiussores quoque vel mandatores condemnati necesse esset vt pro merce vel specie debita inuiti æstimationem exemplo debitoris inferre cogerentur. Nemo autem dixerit, Condemnato debitore vtique fideiussores ipsius vel mandatores hoc ipso condemnatos intelligi, cùm sit aduersus eos necessarius nouus processus, vt Pragmatici loquuntur, præterquàm in fideiussore iudicio sisti. Interim tamen conueniri possunt, & quidem statim si ius vetus inspicias quod Iustinianus ea constitutione correxit, at non tanquam condemnati, sed tanquam debitores. Etsi autem ius vetus hac parte à Iustiniano emendatum est hactenus vt condemnati debitoris fideiussores vel mandatores non possint hodie priùs conueniri quàm præterierit tempus quod ipsi condemnato indulgetur ad soluendum ne bonorum suorum captionem interim pati cogatur. Quòd alioqui futurum ei sit inane beneficium legis si non ad ipsius quoque fideiussores & mandatores extendatur, Illa tamen ex iure vetere mansit differentia, quòd non magis hodie quam olim potest debitoris condemnati fideiussor conueniri ex iudicato, aut eius bona capi pignori, Sed tantùm manet ille obligatus, vt à quo demùm tempore potest iudicati executio peragi aduersus condemnatum debitorem captis distractísque pignoribus, possit etiam fideiussor pristina actione conueniri ex propria obligatione, vt victori præstet idipsum quod positum fuit in condemnatione: Alioqui non quidem bonorum suorum venditionem pati cogatur acsi & ipse iam esset condemnatus, sed condemnandus tamen sit ex obligatione fideiussoria, subinde post condemnationem suorum quoque bonorum venditionem ex nouo iudicato passurus, nisi satisfaciet. Denique separanda est exactio quæ fit ex obligatione conuentionali ab ea quæ fit ex iudicato, & in executione iudicati. Exactio quæ fit ex obligatione non alterius rei fieri potest, quàm eius quæ in obligationem deducta fuit siue contra reum ipsum fiat, siue contra eius fideiussores & mandatores. At quæ fit ex iudicato nunquam fit nisi pecuniæ, tametsi merx aut species aliqua posita fuerit in obligatione, nec aliud quàm pecunia poni potest si Papinianum & prudentes omnes veteres potiùs quã Tribonianum consulamus, apud quos nulla frequentior mentio quàm æstimationis litis, scilicet quoniam vt toties iam inculcauimus in condemnatione, neque aliud expeditius & promptius remedium habuit Prætor ad exequendas res iudicatas, quàm per captionem & distractionem bonorum condemnati, Neque rursus potuit facere vt ex distractione pignorum in iudicati executione captorum aliud quid præterquàm pecunia redigeretur, Potest enim ex quacumque re confici pecunia, non merx aut quælibet alia species. Porrò solui pecuniam ei cui non pecunia sed merx aut species deberetur, inconueniens certè fuisset nec minùs à prætorij quàm iuris ciuilis ratione alienum, Cùm nullo iure possit liberatio per solutionem contingere nisi soluto demum eo ipso quod debetur, præterquàm cùm satisfactio pro solutione est, id est cùm solutio fit ex vtriusque voluntate. Itaque priùs erat vt Prætor iuberet conuerti debitum mercis vel speciei in pecuniam inuito etiam debitore, Ne cogeret victorem inuitum pro merce, vel specie debita postquàm ea in condemnationem deducta esset, pecuniam accipere. Et quamuis suprà dixerimus excipiendum esse casum illum quem Papinian. tractat *in d. l. dominus*, Si tamen verum amamus, non tam exceptus aut excipiendus ille casus est, quàm à tractatu nostro seiungendus. Nam in liberali causa in qua quæritur, libérne quis sit an seruus, etsi alterutrum pronunciandum est, nulla tamen condẽnatio fit, sed tantùm pronunciatur seruus is qui se liberum contendebat aut liber is qui in seruitutem petebatur, Indéque fit vt ex eiusmodi pronunciatione quæ nec sententia, nec res iudicata, sed præiudicium est, nulla queat nasci actio iudicati in quam possit aut debeat venire pecunia, aut pro qua descendendum sit ad capionem & distractionem pignorũ, Nec proinde quicquam quærendum sit de pecunia, aut de conuertenda re de qua pronunciatum est in pecuniam, Nulla quippe necessitate id exigente, Præsertim cùm dominus qui obtinuit possit authoritate propria & tanquam dominus abducere seruum, neque in eam rem egeat authoritate Prætoris, vt non malè à nobis iam explicatum est *lib. 16. Coniect. c. 17.* Hoc enim consequens est ei maximè quod supra diximus, ideò necessariam esse ad executionem iudicati conuersionem speciei vel mercis in pecuniam, tùm quoque cùm actum est triticaria, quòd non possit victor propria authoritate iudicatum exequi, neque Prætor ipse aliter quàm per captionem & distractionem pignorum, ex qua tamen nihil nisi pecuniam, vt diximus corrogare possit, non etiam illud ipsum quod positum erat in obligatione

Quia

Quis ergo iam miretur, vt ad institutam de condictione sola triticaria disputationem redeamus, Etiam in actione triticaria æstimari litem & rem quæ deducta fuerat in iudicium, tametsi quisquis agit triticaria rem ipsam quæ debetur præcisè petat, indéque accidat vt ipsam quoque rem necesse sit æstimari præcisè inspecto tempore condemnationis *d. l. 3. D. de cond. trit.* Non ergo vtilitas triticariæ condictionis in eo est vt quis rem sibi debitam præcisè, ac omnimodo consequatur, sed tantum vt omnimodo sit illa si extet, æstimanda ex tempore condemnationis, ad hoc vt in executione iudicati si condemnatus reus in soluenda æstima: one moram faciat, tandem elapso tempore quod condemnatis datur, possit vrgeri captis distractisque pignoribus, vt patiatur satisfieri victori in pecunia, & quidem inspecto tempore, vt dixi, condemnationis, siue merx, siue species debebatur. Itaque fuit ratio dubitandi apud Papinianum *in d. l. dominus*, propter quam videbatur cogendus dominus pro quo pronunciatum erat in causa liberali vt pro seruo æstimationem litis accipere cogeretur, quoniam in cæteris causis ita obtinet vt litem æstimari oporteat, nec nisi æstimationem consequi victor possit. Sed decidendi ratio quæ hanc tollit illa est, quòd, vt diximus, pronunciatio quæ fit in causa liberali siue pro libertate, siue contra libertatem, nullam inducat condemnationem, nec proinde vllam iudicati actionem in qua obseruari possint ea quæ Prætor obseruari voluit in executione rerum iudicatarum. Sed priusquam progrediamur vlterius ad explicanda cætera quæ sequuntur *in d. l. 3. De condict. trit.* tollendus scrupulus est qui aduersùs ea quæ nunc docuimus insurgere possit ex eo quod ipsi quoque scripsimus *lib. 6. Comment. cap. 17.* Posse empti actione præcisè cogi venditorem vt rem venditam tradat, nec liberari eum tametsi omne id quod emptoris interest ei præstare paratus sit. Id enim pugnare maximè videtur cum iis quæ nunc constituimus, dignumque tractatum habet, de quo noui aliquid, & quod fortassè melius sit, afferamus.

ERROR IV.

De venditore conuento præcisè ad hoc vt rem tradat emptori.

ETsi videtur hæc quæstio valdè remota ab eo tractatu quem instituimus De condictione triticaria, maximè tamen pertinet ad ea intelligenda quæ scripsimus de conuersione quam per iudicatum, & necesse est fieri in pecuniam, tùm quoque cùm actum est condictione triticaria, vt iudicati executio aliqua fieri possit. Nam si ita est, vt esse diximus, vel eam maximè ob causam quòd non solùm is qui obligatus tantùm est, sed & is qui iam condemnatus, nunquam sit præcisè cogendus ad factum, ne vis ei & impressio fieri videatur. Difficile sanè est dicere, qua ratione verum esse possit quod iam olim Martinus contra Ioannem disputauit, & recentiores ferè omnes cum Martino defendunt, Venditorem qui nolit rem tradere malitque emptori præstare, quanti eius interest, cogi tamen posse præcisè vt rem tradat. Quam esse communem nostrorum sententiam testatur Didacus Couarruuias, *lib. 2. Var. res. cap. 19.* Eamque & nos aliquandó secuti sumus, vt ex iis constat quæ scripsimus *lib. 6. Comment. cap. 17.* Decepti authoritate viri doctissimi Iacobi Cuiacij, qui sic ad Paulum scripsit *libr. 1. Sententiarum tit. 13. De iudicat. §. 4.* vbi ad sententiam illam Pauli quæ habet, Si id quod emptum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditorem cogi posse vt tradat aut mancipet. Notat ille, Definiri eo loco quæstionem istam à Paulo pro sententia Martini: Quod cùm inspecto nudo verborum cortice satis probabile videretur, eo probabilius nobis visum est quod à viro doctissimo persæpe quidem, sed nunquam tamen viro libenterque dissentimus. Nunc verò vt ab eo dissentire liceat facilè impetrabimus, qui enim ipso errasse nos agnoscimus, nec Pauli locum illum ad rem quicquam facere arbitramur. Nam si rationem iuris consulimus, fatentur omnes quod nemo, nisi stultus negare possit, tradendi obligationem non tam ad ius quam ad factum pertinere, id est eam qui ad tradendum obligatus est oblatum esse ad factum *l. 4. D. de vsur. l. si rem tradi 28. D. de verb. oblig.* cùm traditio sit facti *l. consilio 7. § vlt. D. de curat. furios.* In obligationibus autem faciendi nemo nescit generale & perpetuum esse vt ex iis non alia nascatur actio quam in id quod interest *l. si quis ab alio 1 . . . fin. D. de re iud. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. quoties quis alium. 81. de verb. oblig.* Quæ ratio funditus euellit contrariam qua mouentur, qui defendunt obligari venditorem ad præcisam rei traditionem. Aiunt enim, Aliud pro alio inuito creditore solui non posse *l. 2. § 1. D. de reb. cred.* Aliud autem esse rem tradere, Aliud verò præstare quanti intersit rem tradi. Quod si generaliter verum esset, vtique consequens fieret vt ex omnibus faciendi obligationibus non ad pecuniam sed ad factum præcisè agi oporteret, contrà quam scriptum sit supradictis aliisque propemodum innumeris iuris locis. Neque tamen verum est tùm quoque cùm ex faciendi obligatione agitur aliud pro alio solui inuito creditore, Siquidem soluitur idipsum quod petitur, cùm pro facto pecunia præstatur, quia vt diximus nihil nisi pecuniam petere potest is cui factum debebatur, Ita constituto iure ne contrà leges, & publicam honestatem peccetur, si facti debitor cogatur præcisè ad faciendum, quod sine vi, & impressione fieri nunquam posset. Itaque non tam de ipso debitore conqueri potest creditor qui pecuniam pro facto inuitus accipere cogitur, quàm de legibus quarum authoritate fit, vt aliud pro alio inuitus petere cogatur, quod eidem non solùm volenti sed etiam petenti postea soluitur. Petit quidem inuitus, sed accipit volens, qui recusare non potest quominus id ipsum accipiat, quod petit. Nec rursus ad hanc obiectionem responderi potest quod nos aliquando respondebamus factum quod in traditione versatur, non esse ex eorum genere quæ vt quis faciat cogi non possit sine vi & impressione, Quasi per obligationem tradendi non tam illud agatur vt tradentis factum aliquod interueniat, quàm vt in eum cui tradi res debet possessio quoquomodo transferatur. Possit autem iudicis authoritate auocari possessio, & in eum cui tradi debuerat transferri, adeòque manu militari si exequendæ iudicia sententiæ ratio alia non supersit. vt *in leg. qui restituere 68. D. de rei vindicat.* Totum enim hoc falsum esse nunc agnoscimus, quia quòd venditor tenetur ad venditam rem tradendam non eò tantùm pertinet vt possessio in emptorem transferatur, sed vt etiam dominium possessione si dominus fuerit is qui vendidit, *lege ex empto 11. lege si quis 46. D. de action. empt.* Nemo enim videri potest eam rem vendidisse de cuius dominio id agitur ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus *lege penultima §. vltimo D. contrahend. empt.* Atqui fieri non potest, vt dominium in emptorem transferatur aliter quàm per traditionem, vel

mancipationem, & quidem ab eo ipso factam, qui sit dominus, quoniam nec alia ratio est propter quam dominium per traditionem transferatur, & iure gentium & iure Quiritium, quàm quia naturale sit voluntatem domini rem suam in alium trāsferre volentis ratam haberi, *l. qua ratione 9. §. ha quoque res D. de acq. rer. dom. l. traditio 20. l. nunquam nuda 39. eod. tit.* Estque in eam rem inutile remedium, & auxilium manus militaris, quia cùm sit quid meri facti non nisi ad possessionem quæ facti quoque est transferendam prodesse potest, non ad causam transferendi dominij quod meri iuris est. Quare nec illo exemplo vti possumus quod adduximus ex *l. qui restituere*, quia tametsi locus is non Triboniani esset, vt credimus, sed Vlpiani, ad eum tamen casum pertinet quo possessor rei vindicatione conuentus, & eam rem domino restituere iussus nolit parère, quo casu cùm non egeat vt magis dominus fiat is qui iam dominus est, nulla traditione opus est sola possessionis apprehensione quæ per manum militarem sine vllo possessoris facto sequi potest. Vsque adeò autem fieri nequit vt sine manu militari, siue quo alio modo transferatur rei venditæ dominium in emptorem citra vllam traditionem, vt neque præciso ipsius Prætoris aut alterius magistratus imperio fieri hoc possit, Nec si de bonitario tantùm dominio transferendo agatur, Non solùm quod inter modos transferendi iure Quiritium dominij *lex* numeretur ab Vlpiano *in fragment. Tit. 19. De acquisit. rer.* ad exclusionem, Prætoris & aliorum magistratuum ex quibus nemo est qui legem facere possit *§. quos autem Inst. de bon. poss.* Sed etiam quia dominium bonitarium nunquam acquiritur ex edicto Prætoris sine traditione aut alia re quæ sit vice traditionis *l. 2. §. vlt. D. si ex noxal. caus. agat. l. 3. D. si vsusfr. pet. l. si finita 15. §. Julianus D. de damn. infect.* Traditio igitur omninò necessaria est, eáque à venditore ipso facienda, vt rei venditæ dominium quod penes eum fuit in emptorem transferatur. Et consequenter fatendum est meri facti esse obligationem istam tradendi, nec magis fieri posse sine vi & impressione vt venditor præcisè cogatur rem tradere, quàm vt pro te Romam eat, vel tabulam pingat. Quòd si omissa iuris ratione quæ tamen semper curanda & quærenda est, legibus agere volumus, Quàm multos habemus iuris locos, in quibus scriptum est Venditorem si rem non tradat teneri ad omne id quod interest emptoris, *l. 1. l. ex empto 11. §. & in primis, & §. idem ait leg. si tactum retis 33. lege Quintus 40. D. de act. empt. l. si traditio 4. C. eod. l. qui tibi 6. C. de hared. vel act. vend.* Sed omnium apertissimus est qui electionem dat venditori *in l. contractus 17. C. de fid. instrum.* in illis verbis, *necessitas venditori imponatur vel contractum venditionis perficere*, quod ipsum nihil aliud est quàm rem venditam tradere, *vel id quod emptoris interest persoluere.* Quibus verò legibus obsecro in contrarium nituntur contrariæ sententiæ assertores? Iis nimirum quibus scriptum est, Obligatori venditorem ad hoc vt rem tradat, vt *in d. l. ex empto in princ. §. pretium. Inst. de empt. & vend. § perficiuntur Inst. de donat. l. fistulas 78. §. fundum D. de contr. empt. l. magis puto 5. §. si pater, D. de reb. eor. qui sub tutel.* At hoc quis negat? Aut quanam alia ratione defendimus venditorem si rem non tradat teneri ad id quod emptoris interest, quàm quia iure obligatus sit ad rem tradendam? De illo tantùm disputamus, an cogi possit præcisè vt tradat, An verò sub ea tantùm distinctione, & alternatione, Nisi quicquid interest emptoris præstare malit. Nullus porrò iuris locus est quo probari possit teneri eum præcisè ad tradendum, repugnántque ij omnes quos pro nobis citauimus. Nam quod scriptum est *in d. §. pretium, tunc omnimodo secundum eius æstimationem & pretium persoluatur, & rei tradatur*, non de præcisa rei venditæ traditione intelligi debet vt aduersarij putant, sed de præcisa necessitate venditionis adimpiendæ & ad effectum perducendæ datis vtrimque actionibus empti & venditi, vt verba illa sequentia demonstrant, *& venditio ad effectum perducatur emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente.* Perinde autem adimpletur venditio præstante venditore quicquid emptoris interest ob rem non traditam atque si res traderetur. Quid enim amplius interesse potest eius cui præstatur quicquid interest? Fiétque hoc apertius si iungas Iustiniani constitutionem *in l. vltim. C. de contr. empt.* vnde is Institutionum locus sumptus est. Sic enim habet *omnimodo secundum eius æstimationem & pretium persolui, & venditionem ad effectum perduci*, nulla rei tradendæ facta mentione. Nec alius Iustiniani sensus est *in d. §. perficiuntur. Inst. de donat.* in illis verbis, *& ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam habere necessitatem traditionis voluit.* Necessitatem enim traditionis intelligit obligationem tradendi tanquam ex perfecta venditione vel donatione, non etiam obligationem præcisè tradendi. Sola namque obligatio sufficit ad inducendam necessitatem illam, cùm nihil aliud obligatio sit quàm iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ secundùm nostræ ciuitatis iura, vt habet definitio obligationis. Tritúmque est duplicem esse necessitatem, Præcisam vnam, Causatiuam alteram, De qua intelligi sanè debent ferè omnes iuris loci quotquot de necessitate faciendi loquuntur *l. si mulier 21. §. si metu D. quod met. caus. l. si patre cogente 22. D. de rit. nupt.* quia necessitas præcisa semper aliquid habet inciuile propter admixtam violentiam. Qua de causa etiam metus necessitatis interdum pro necessitate est, sicut & metus coactionis pro coactione vt *in leg. nouissimè 7. §. 1. quod fals. tutor. author.* Quare nec malè quis dixerit necessitatem habere eundi Romam eum qui tibi promisit se pro te iturum Romam, Neque tamen ideò quisquam benè negauerit liberari eum posse ne pro te Romam ire cogatur præcisè, si quicquid ex ea causa interest tua, præstare malit. Nam nec flagris, & verberibus aut aliis tormentis etiamsi maxime id tibi liceret, assequi vnquam posses vt Romam inuitus iret si ire nollet, Nimirum tam liberum homini est à natura vt velit aut nolit, quàm necesse est vt homo sit, adeóque tametsi seruus proponatur. Habet enim dominus potestatem vitæ ac necis in corpus serui, sed in voluntatem ipsius non habet, nec eò vsque potest verberum vis aut metus pertingere, *l. qui in aliena 6. §. vlt. aliàs l. eum qui metu verberum, D. de acq. hared.* Fortior contrà nos videri possit obiectio illa, quæ nobis aliquando placebat ex *l. si cum fundum 68. §. vlt. D. de contr. empt.* vbi Proculus scribit, Solere plerosque in venditionibus addere verba illa, *dolus malus à venditore aberit*, quem tamen abesse semper oportet, etiamsi nihil de eo adiectum sit, Non videri autem abesse si per venditorem factum est fiétve quominus fundum venditum emptor possideat. Erit ergo, inquit, ex empto actio non vt venditor vacuam possessionem tradat, cùm multis modis accidere poterit, ne tradere possit: sed vt si quid dolo malo fecit, aut facit, dolo eius æstimetur. Quibus verbis videtur Proculus in ea esse sententia vt non dubitet quin cogendus sit venditor vacuam rei venditæ possessionem tradere si quo modo fieri possit vt tradat, nec demum teneri debeat ad æstimationem doli, hoc est, ad præstationem eius quod interest, tum quoque cùm dolus venditoris intercessit, nisi cùm aliqua de causa impediretur

venditor

venditor ne rem tradere possit. Sed responderi commodè potest, quod ex supra relatis Proculi verbis probatur apertissime, Ita demùm obligari venditorem ad tradendum, si res vendita tradi possit: Si enim qua de causa tradi non possit, rationem iuris non pati vt obligetur ad eam tradendam. Multoque minus ad id quod interest tradi eam puta si homo venditus mortuus sit ante moram *l. si homo mortuus 66. De verb. oblig.* aut fundus publicatus & assignatus militibus vt *in l. Lucius 11. D. de euict.* cum vt habet iuris regula impossibilium nulla sit obligatio, etiam interposita stipulatione *l. impossibilis 7. De verb. oblig.* Quanto magis si agatur ex contractu bonę fidei qualis est contractus venditione. Neque enim bona fides vnquam petitur vt condemnari quis debeat ob id, quia non faciat quod facere etiamsi maximè velit, non possit. Et tamen si dolo malo venditoris factum si ne rem ipsam venditam tradere possit, æquum est & ex bona fide dolum ipsius non manere impunitum. Præsertim verò si cauerit Dolum malum abesse abfuturúmque esse. Ideóque dicendum est hoc casu ex sententia Proculi dandam esse actionem ex empto contra venditorem, non vt vacuam possessionem tradat, quæ tradi amplius non potest, neque ad tradendi obligationem æstimandam, quæ intercidit statim atque desinit res tradi posse, cùm solo bonæ fidei & æquitatis vinculo ea obligatio sustineretur, sed ad hoc solum vt dolus ipse venditoris æstimetur. Quod enim ex prima illa obligatione quę fuit rei tradendæ nulla potest sequi condemnatio, neque ad rem tradendam, neque ad id quod interest, ob hoc quòd res non tradatur, tanto magis facere debet vt dolum æstimari, punirique oporteat, per quem hoc ipsum factum est, ne alia sequi condemnatio vlla possit: Quæ si aliqua sequi posset, puta si dolo malo & per procaciam venditoris res vendita non traderetur, quam tamen tradi si vellet ille, nihil prohiberet, nihil esset necesse tractare de dolo æstimando, quia sufficeret æstimari quanti reuera interesset emptoris, Nec augetur condemnatio ratione doli, qui interuenisse probaretur: Quando nec si propria actione De dolo, dolus hic vendicaretur, ad aliud tamen dari posset, quam ad id quod emptoris interesset *d. l. si traditio 4. C. de act. empt.* iunct. *l. arbitrio 18. in princ. D. de dolo.* Illud enim certe verissimum est quod supradicto Coniecturarum loco pluribus probauimus, In actione empti nunquam iurari posse in litem quia per eam non petit actor rem quæ sit iam sua sed eam quæ adhuc sit aliena licet vendita: Vt vero res æstimetur supra verum pretium, aut quod difficilius est, id quod interest supra quam reuera intersit, non nisi per iusiurandum in litem fieri certè potest *l. 1. l. tutor. 8. D. de in lit. iur.* In summa quoties id quod actoris interest, siue emptor ille sit siue alius, æstimator officio vel arbitrio iudicis, citra iusiurandum in litem, nulla doli æstimatio fit, nec quicquam refert an dolus aliquis interuenisse probetur an nullus. Quia condemnationem quæ hoc casu etiam nullo dolo interueniente facienda esset, accedens dolus augere nunquam potest, qui tamen solus potest condemnationem inducere si talis species proponatur in qua irrogari condemnatio alioqui nulla posset. Atque ita Proculi sententia explicanda est, quæ porro sic explicata nihil sententiæ nostræ aduersatur.

***

ERROR V.

De sententia l. si quis alienam 46. D de action. empt. & ad Paulum lib. Sentent Tit. 13. De iudicat.

LOngè minùs obstat nostræ sententiæ quod non rursum obiiciebamus *ex l. si quis alienam 58. de act. empt.* vbi Paulus scribit, Si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore, id est, post venditionem quidem, sed ante traditionem domino rei hæres extiterit, cogendum eum esse implere venditionem. Etsi enim nihil hoc aliud est, quam rem tradere, & ea facere quæ in venditione desiderantur, vt & Accursius noster ad eum locum interpretatur, non ille tamen Pauli sensus est vt hoc casu magis quam alio vllo cogi possit venditor ad præcisam rei traditionem. Sed hic potius vt non possit hic venditæ traditionem eo prætextu, quasi mutatus hodie sit rei status, nec fuerit ille obligatus ex causa venditionis rei alienæ ad tradendum nisi hactenus vt possessionem rei venditæ in emptorem transferret, non etiam vt dominium quod venditionis tempore non habebat: Et quod tamen simul cum possessione in emptorem transire necesse esset si hodie post acquisitum venditori dominium res vendita traderetur. Quæ tota nec inelegans dubitandi erat ratio ad eum locum, sed quam fortior illa decidendi ratio conuincit, quod veteri non debeat venditor, ne transferendo dominium rei venditæ, cuius non fuerat dominus tempore venditionis, plus præstet quam præstare ex vendito debeat, quia licet ea natura venditionis non sit obligatus venditor ad dandum id est ad transferendum dominium in emptorem sed tantum ad tradendum, id est, ad præstandam vacuam rei venditæ possessionem, ideóque placeat etiam rei alienæ perinde ac propriæ venditionem valere *l. rem alienam 28. D. de contr. empt* Est tamen ex natura venditionis, vt omne ius quod per traditionem transferri potest in emptorem transferatur, ac proinde etiã ius dominij si fortè venditor repertus fuerit dominus tempore traditionis *d. l. ex empto 11. §. & in pr. D de act. empt.* Adeo vt nec valeat pactum in venditione appositum quo conuenerit ne dominium transeat in emptorem *dict. l. pen §. vlt. D. de contr. empt* Neque vero vllum in eo venditoris damnum est qui si rem alienam traderet quæ postmodum à domino euinceretur, tanti eo nomine condemnari deberet quanti emptoris interesset *l. 1. l. si in venditione 61. & pass. D. de euict.* Quidni ergo perinde rem venditam quæ nunc ipsius est tradere teneatur, atque si adhuc esset aliena? An fortassis pauperior fit ob id, quod à metu & periculo actionis de euictione liberetur? Imò locupletior fit qui amittit creditorem, & ab obligatione liberatur *l. si pupilli 66. in fin. D. de solut. l. species 11. D. de acceptilat.* Restat igitur vt Pauli sententia hæc sit, Venditorem hoc quoque casu perinde obligatum esse ad rem tradendam cuius dominium sibi post venditionem acquisiit siue ex hæreditaria siue ex alia qualibet causa, ac si dominium illud non haberet. At non vt fortius & magis præcisè obstringatur, ad tradendum, quam si res aliena mansisset. Cæterum vtroque casu si non tradat: certè condemnandus est non ad factum præcisè vt Martinus putabat, sed ad id quod emptor sua interesse probauerit *d. l. si traditio.* In quo semper verum rei pretium continetur, nec minus cum alienam quam cum propriam rem quis vendidit *d. l. 1. D. eod.* Nisi cum conuenit vt euictio nulla præstetur. Quo

casu sufficit reddi à venditore pretium quod accepit *d. l. ex empto §. vlt. eod.* Nam & perinde impletur venditio cum venditor præstat emptori quanti eius interest ex causa venditionis, atque si rem ipsam venditam traderet, Cum vtroque casu emptoris si non desiderio, certe vtilitati satisfiat, præstita ei plenissima indemnitate. Haud secus ac si post rem iudicatam qua condemnatus fuisset venditor ad rem tradendam, præstaret ille emptori quanti eius interesset. Quis enim putet plus iuris habere emptorem ante sententiam, & ob hoc solum quod venditorem habet obligatum ex contractu, quàm si haberet eum iam condemnatum? Solet enim res iudicata meliorem facere conditionem illius qui obtinuit non deteriorem *l. 3 in princ. D. de vsur. l. euidenter 16. D. de except. rei iudic.* Quamquam inter hos casus hoc interest quod ante sententiam habet venditor ex ipsius contractus natura electionem, Vtrum præstare emptori malit, An rem venditam tradere vt effugiat condemnationem eius quod interest. An potius id quod emptoris interest persoluere vt si liberet ab obligatione tradendi. Vnde fit vt suo iure possit pro re vendita offerre pecuniam, quia vtroque casu id ipsum intelligitur offerre quod debet. At cùm per condemnationem fit vt pecunia pro re præstetur, fit illud beneficio magistratus & iudicis, qui debitum non pecuniarium conuertit in petitionem, vt facilior & expeditior iudicati executio sequi possit. Sed ad obligationes & actiones dandi hoc pertinet, non ad faciendi, ex quibus nulla nisi pecuniaria petitio sequi potest. quia statim atque factum non est quod fieri potuit & debuit, hinc est statim atque mora in faciendo commissa est, succedit in locum facti obligatio & præstatio eius quod interest, ita vt nihil nisi pecunia deduci possit non solum in condemnationem, sed neque in petitionem *dict. l. Stipulationes 72. De verb. oblig.* Sed neque ex dandi obligationibus condemnatur quis vnquam ad speciem ipsam aut mercem dandam sed semper ad pecuniam, quia & ad pecuniam semper agitur siue agatur condictione certi, vt in superioribus ostendimus *ex l. vn. n. 25 & l. cum fundus 11. D. de reb. cred. d. l. 1. l. vlt. D. de condict. tritic.* Siue actione aliqua quæ sit aut bonæ fidei aut arbitraria, siue talis sit in qua iurari possit in litem siue talis in qua non possit. Omnibus enim commune illud & quod pecuniariam habent condemnationem, sed maiorem cum iuratur in litē, quam cùm non iuratur, Sola condictio triticaria illa est ex qua deducitur ipsa res debita in petitionem, & in qua proinde ipsa etiam res debita deduceretur in condemnationem si non hoc quoque casu necesse esset litem æstimari, hoc est pecuniam in condemnationem deduci vt iudicati executio tandem fiat. Verùm quid nos ad supradictum Pauli locum ex Sententiarum libris desumptum respondebimus? Is enim vnus maximè est, qui & virum doctissimum Iacobum Cuiacium Pauli interpretem, & subinde nos fefellit. Quid verò est in ea Pauli sententia, quod nobis tantopere aduertetur: Nihil sanè. Nam quod Paulus ait, Si id quod emptum est neque tradatur neque mancipetur, venditorem cogi posse vt tradat aut mancipet, nihil aliud est quàm illud ipsum quod aliis pleri[s]que locis scriptum esse iam diximus, & nemo negat obligatum esse venditorem ex natura contractus ad hoc vt rem venditam tradat. Sed non ideò consequens est, vt non æquè verum sit, quod alibi scriptum est, Si res vendita non tradatur, condemnandum esse venditorem in omne id quod interest emptoris *d. l. 1. d. l. ex empto 11. §. & ex empto d. l. si in aliena 13 D. de action. empt. d. l. si traditio 4. C. eod. d. l. contractus 17. C de fid instrum.* Quod si cui videbitur hoc esse tam apertum & indubitabile vt in libros

Sententiarum Pauli conferri non debuerit, Rei eo deo dignam rem fuisse quam Paulus doceret. Cum dubitari posset, An ex pacto venditionis & emptionis aliqua actio nasceretur per quam cogendus esset venditor ad rem tradendam aut mancipandam: Exemplo scilicet eius quod dici solet, Ex placito permutationis, nulla re secuta nemini actionem competere nisi stipulatio subiecta ex verborum obligatione quæsiuerit partibus actionem *l. ex placito 5. C. de rer. perm. l. 1. D. eod.* Nam cùm usigo emendi vendendique à permutationibus cœperit, vt ait idem Paulus *in l. 7. D. de contr. empt.* ob eamque causam non defuerint ex antiquis prudentibus qui dicerent etiam rerum & specierum emptionem esse, vt eadem lex refert, cunsterque inter omnes simillimam esse permutationi emptionem *l. 2. C. de rer. permut. l. 1. D. eod* nō improbabiliter suspicari quis poterat, Idem de placito emptionis dici posse quod de placito permutationis vt neque re secuta, neque vi stipulatione interposita nulla ex eiusmodi pacto nasceretur obligatio quæ esset efficax ad agendum, non magis quàm ex alio vllo pacto nudo. Voluit itaque Paulus monere non ita esse, sed ex eiusmodi conuentione tanquam iusta nasci mutuas obligationes, & ex obligationibus actiones empti & venditi. Empti quidem contra venditorem, vt rem tradat vel mancipet Offerente scilicet pretium emptore vt possit ipse agere ex eo contractu qui vltrò citroque obligatorius est *l. Iulianus 13. §. offerri D. de action empt.* Quod cum sit nulla actione indiget venditor contra emptorem qui vt ageret primus contractum impleuit. Ideoque de sola empti actione Paulus supradicto loco tractat quæ competit emptori contra venditorem non de actione venditi quæ venditori contra emptorem datur. Quanquam alia & elegantiore ratione factum id fuisse dici potest, Nempe quod actio nulla competere possit venditori aduersus emptorem ad pretium quia prius venditor ipse contractum ex sua parte impleat & rem tradat. Id vero cum sit dubitandi causa nulla in speci esse potest, quin vel ipsius permutationis exemplo dari debeat actio contra emptorem cū res sit secuta: Nam & in permutatione idem cō. ingeret. Sed & difficilius est vt venditionem irritam facere velit emptor, qui emendo patrimonium suum auget, quam vt venditor qui suum diminuit, ob idque de venditore potius, quam de emptore cognoscendo tractandum fuit Hanc verò nostram interpretationem mirè confirmat quod Iustinianus scribit *in dict. § perficiuntur. Institut de donat.* fecisse se constitutione sua quæ extat *in l. si quis argentū 35. §. vlt. Cod. de donat.* vt donationes ad exemplum venditionis habeant in se necessitatem traditionis, vt etiamsi res non tradantur habeant tamen plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas incumbat donatori: Id enim perinde est acsi diceret constitutione illa factum esse, vt cum olim ex pacto donationis agi non posset quia donationes omnes aut traditione aut stipulatione interueniente perficiebantur erat *l. Papinianus 15. De donat. int. vir. & vxor.* hodie tamen valeant ex nudo pacto ad producendam actionem, solæque perficiantur consensu similes in eo factæ venditionibus, cum antea magis similes essent placito permutationis, de quo *in dict. l. 5. Cod de permut.* Ex quo intelligamus quod ait Iustinianus ex donationis pacto nudo traditionis necessitatem incumbere, donatoris non de necessitate præcisa intelligi debere, sed de causatiua, quæ faciat vt donatore nolente tradere rem quam donauit danda sit in eum actio ex donato ad id omne quod interest donatarij. Alioqui fatendum esset aliud iuris inductum fuisse in donationibus quàm quod obtinet in venditionibus, cùm tamen

tamen ad exemplum venditionis, Iustinianus ita te in donatione cõstituisse testetur. Illud verò etiam in sententiis Pauli obseruandum est quod ait, Si id quod emptum est neque tradatur, neque mancipetur cogi posse venditorem, non vt tradat absolutè sed vt vel tradat vel mancipet. Cum enim mancipatio nihil nisi solennis quædam traditio sit, quæ inter alias solennitates certam verborum formulam exigebat, quis non videt fieri nullomodo potuisse vt venditor cogeretur præcisè ad mancipandum & ad proferenda illa verba solemnia citra manifestam ac intolerabilem vim & impressionem? Aut quis vel adhibita etiam quantacunque manu militari possit cogere venditorem vt mancipationis verba solemnia proferat, quæ proferre nolit? Ergo quemadmodum fatendum est, non posse Pauli locum illum sic accipi vt cogatur præcisè venditor ad mancipationem. Ita & fateamur non id sentire Paulum, vt præcisè cogendus sit venditor ad traditionem, Sed vt seclusa illa siue tradendi siue mancipandi necessitate præcisa, condemnari debeat in id omne quod interest emptoris ob id quod neque tradita res sit, neque mancipata. Illud non possum prętermittere, Malè eundem virum doctissimum in supradicta Pauli sententia interpretanda adnotasse differentiam hanc inter traditionem & mancipationem, quòd traditio sit modus acquirendi dominij iure gentium, Mancipatio autem modus acquirendi dominij ex iure ciuili. Etsi enim verum est traditionem esse vnum ex modis acquirendi dominij iure gentium, Non eo minus tamen verum est acquiri etiam illo modo dominiũ ex iure Quiritium non minùs quam per mancipationem, si Vlpiano credimus *in dict. tit. 19. De acquisit. rer.* Nempe si traditio fiat ex præcedente iusta causa, id est iure ciuili cognita & approbata vt *in l. nunquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin.* Nam cum iusta causa nulla præcedit vt *in leg. 5. D. si vsusfr. petet. l. si finita 15. § Iulianus. De damn infect.* acquiritur per traditionem dominium iure gentium non iure ciuili, Sed hoc extra rem: Cæteraque ad differentiam traditionis & mancipationis pertinentia noster explicabit pluribus *Faber institutor ad §. per traditionem Instit. De rer diuis.*

E R R O R VI.

De eo qui ad dandum obligatus est an præcisè vrgeri possit ad dandum.

QVæstionem hanc superiori adiungere cogimur, quoniam quia contra nos defendunt Venditorem qui rem venditam tradere potest si velit cogendum esse præcisè vt tradat etiamsi nolit tradere inter cæteras rationes quas proferunt iam à nobis confutatas, hac vna mouentur maximè, quod is qui vendidit non tantum ad tradendum obligatus sit, sed etiam ad dandum, id est, ad dominium rei venditæ cuius ipse dominus sit transferendum in emptorem *ex. l. ex empto 11. §. & ex empto D. de action. empt. l. si quis alienam 46 eod lege penultim. §. vltim. D. de contr. empt.* Quisquis autem ad dandum obligatus est, omnimodo & præcisè ad hoc teneatur vt eum cui obligatus est efficiat dominum quoquomodo, vt ab Vlpiano disertis verbis scriptum est *in lege vbi autem 75. §. vltim. D. de verbor. obligat.* Ex eo namque inferunt, cogi ergo posse venditorem vt emptori tradat rem venditam saltem eo casu quo sit ipse dominus, cum aliter fieri nequeat vt rei suæ dominium transferat in emptorem. Quod vbi euicerint, facile assequentur vt illo etiam casu quo res aliena vendita est fateri cogamur teneri nihilominus venditorem vt præcise rem tradat, Vt scilicet qui transferre non potest dominium quod non habet, saltem transferat possessionem quam habet, & quæ non magis sine traditione transferri potest quam sine possessione dominium *l. traditio 20. in princip. & §. vlt. D. de acquirend. rer domin.* Tanti autem momenti hæc obiectio plerisque viris magnis visa est qui nobiscum defendunt liberari venditorem si præstet id omne quod emptor sua interesse probauerit, vt nihil habere videantur quo commode possint respondere. Admittunt enim ita in esse, vt quia ad dandum obligatus est teneatur præcisè ad dandum, id est ad dominium transferendum, ac proinde in necessarium antecedens ad tradendum, quamuis non possint negare quin perinde hoc casu *tradere* sit meri facti ac si quis duntaxat ad tradendum obligatus esset, Sed negant obligatum esse venditorem ad dandum, Ne tum quidem cum rei venditæ dominus est. Quod generaliter proditum sit, Eum qui fundum vendidit, necesse non habere fundum emptoris facere, vt cogitur is qui fundum stipulanti spopondit *l. si ita distrahatur 25. §. 1. D. de contr. empt. l. seruus quem 30 § vlt. D. de act. empt.* In quo certè fallũtur. Etsi enim verum est non esse ex natura venditionis vt omnimodo & omni casu cogatur venditor rem venditam facere emptoris, sed tantum vacuam rei possessionem ei tradere, ideoque valet etiam rei alienæ venditio *l. rem alien. 28. eod. tit.* quæ non valeret si venditor ad dandum, id est ad dominium transferendum obstrictus esset. Sicuti dicimus, Eum qui ex causa permutationis alienam rem dat nullam contrahere permutationem *l. 1 vers. ideoque Pedius D. de rer. permut.* Eo tamen casu quo venditor dominus rei venditæ proponatur, fatendũ vtique est teneri eum vt det, dominiúmque quod habet transferat in emptorem. Nec minus vera est hæc propositio, quam illa etiam vera est, Venditorem qui non sit dominus ad aliud non teneri quam vt rem tradat, tradendóque transferat vacuam eius possessionem. Vtrumque enim fit ex eodem Principio, quod sit obligatus venditor ad tradendum. Traditio autem fieri non possit quin omne ius siue dominij, siue possessionis quod habet is qui tradit trãsferat in accipientem *d. l. traditio in princip. & § vltim. De acquir. rer. domin.* Idque est quod ait Vlpianus, *in l. ex empt. 11 §. & imprimis ipsam rem D. de act. empt.* Venditorem oportere rem ipsam præstare, id est tradere, Quæ res, inquit, siquidem dominus fuit venditor, facit & emptorem dominum, Si non fuit, tantùm euictionis nomine venditorem obligat. Item quod Paulus *in l. si quis alien. 46. eod tit.* Si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore, id est priusquam eam traderet domino rei hæres extiterit, cogendum eum esse implere venditionem. Quod ipsũ nihil aliud est, quam cogatur non modo rem tradere sed etiam ita tradere, vt per eam traditionem & possessio & dominium in emptorem transferatur: quod vtique vel inuito venditore fieri necesse est, cùm per possessionem acquiratur dominium, quoties à possessione separari dominium non potest, vt loquũtur Impp. *in l. per procurat 8. C. de acquir. poss.* Atquin, vt iam diximus, Traditio hoc casu non minus meri facti est, quam si sola possessio non etiam dominium simul cum possessione transferretur. Ergo qui fatentur non esse obligatum venditorẽ vt præcisè rem tradat cùm alienam vendidit, eos fateri necesse est, non magis cogi eum posse præcisè vt tradat rem venditam cuius dominus fuit. Et è contrario qui admittunt obligatum esse venditorem ad dandum si dominus fuerit rei venditæ, & consequenter

ad tradendum præcisè, exemplo cæterorum omnium qui præcisè ad dandum tenentur, eusdem admittere necesse est, Perinde omni alio casu obstrictum esse venditorem, vt præcise tradat. Et sanè ita est. Aut vtroque casu teneri venditor præcise ad tradendum aut neutro. Cum ergo iam probauerimus non posse illum præcisè cogi vt tradat cùm dominus non est, Consequens omnino fit vt nec eo casu tradere præcisè cogatur, quod sit dominus. Et in hoc alius longeque grauior nostrorum error est, quòd non dubitant quin is qui dare tenetur necesse omnino habeat dominium trāsferre ex *d. l. si ita 25. §. 1. D. de contr. emp. & d. l. vbi autem 75. §. vlt. De verb. oblig* Nam si ita esset negare vtique non possemus quin etiam ad tradēdum præcise teneretur, Cum sine traditione cessantibus aliis modis transferendi iure Quiritium dominij fieri nequeat vt dominium transferatur. Ideoque quisquis rem dari stipulatus est eam quoque tradi stipulatus intelligatur *l. 3. §. 1. D. de act. empt.* Porro ad præcisam traditionem fieri non potest, vt qui vnquam cogatur citra vim & impressionem quam nullo penitus casu lex permittit. Fateamur ergo quod res est, Neque fieri illud posse vt ad dandum præcisè teneatur is qui fundum aut qui aliud stipulanti dare promisit. Nec sane ab Vlpiano contra responsum fuisse credendum est *in dict. l. si ita 25. § 1. De contr. empt. & dict. l. vbi autem 75. §. vlt. De verb. oblig.* Nam quod iis locis scriptum legimus, siue quis fundum dare stipulanti promiserit, siue quod effectu idem est, fundum simpliciter stipulanti spoponderit, omnimodo cogendum esse promissorem vt dominium efficiat stipulatoris quoquomodo, ad ius obligationis referendū est non ad effectum & executionem ipsius. Sensus enim est, Promissorem hunc non aliter posse liberari quasi promissioni satisfecerit, quam si rē promissam faciat stipulatoris, ita vt nihil ei profuturum sit ad consequendam liberationem si fundum forte alienum tradat, aut qui alia qualibet de causa in stipulatoris dominium transire non possit, puta si alienari prohibitus sit vel à lege, vel à testatore l. *vlt. C. de reb. alien. non alienand.* Cæterum siue dare illum nollit quia non vult eum tradere, siue nō possit, etiamsi tradere maximè paratus sit, quia dominium eius non habet. Nego posse illum cogi præcisè ad dandum, aut ad aliud ipsum teneri quàm vt fundi quem dare debuit præstet æstimationem, & quidem eam quæ fuit tempore petitionis & litis contestatæ *l fundum 28. D. de nouat. l. hominem 37. D. mandat.* Quæro enim, Si fundum quem promisit paratus sit tradere, nec tamen dominium eius transferre possit quia illud non habeat qua tandem arte aut quibus machinis assequi iudex vnquam poterit, etiamsi fundum ipsum puta per conditionem triticariam petitum in condemnationem deduxerit, vt fundi dominium transferatur in stipulatorem? Aut admisso etiam eo, quod nos negamus vt inuitus quoque promissor qui rem promissam nolit tradere cogi præcisè possit ad tradendum. Quid tamen proderit ea coactio, secutaque ex coactione traditio ad transferendum dominium, quod nunquam fuerit penes tradentem? Quid si hoc saltem casu, quo promissor non sit dominus eius rei quam dare promisit, fatendum est non posse cogi eum præcisè ad dandum, nec si res ipsa in condēnationem deducta sit, sed necessariò conuertendam esse condemnationem in pecuniam vt iudicati executio fieri possit secundum ea quæ in præcedentibus disputauimus Quidni idem fateamur cum dominij translatio ex eo quoque impeditur, vel est en solo quòd promissor nolit rem tradere? *vt in lege Quintus 40. D de action empt.* An forte ob id magis ad dominium transferendum præcisè vrgeri promissor potest, quòd et eam rem cogendus sit præcisè ad factum aduersus communes iuris regulas? Plus dico, Etiam illo casu quo fundus qui dari debuit petitur si per condictionem triticariam, nec quidem in condemnationem deduci eum debere sed fundi æstimationem. Adeóque, quod mage quis miretur, nec illam quæ maior sit tempore condemnationis sed eam quæ fuit tempore litis contestatæ si actum sit iudicio stricto, alio quàm condictione triticaria, puta condictione certi ex certa stipulatione. Hoc enim est quod proximè diximus ex *d. lege hominem 37. D. mandat. d. lege fundum 28. D. de nouat. lege verum 22. D. de reb. cred.* iunct. *lege cum fundus 31. eod. lege vltim. De condict. tritic. lege 3. §. in hac D. commod.* Dixi *iudicio stricto* ad differentiam iudiciorum bonæ fidei, Non quòd in his magis quàm in illis res ipsa quæ petitur deducenda sit præcisè in condemnationem (nam & in iudiciis bonæ fidei lis æstimatur, & condemnatio fit in quantitatem & ad rei æstimationem) sed quia cùm in iudiciis stricti iuris spectandum sit præcisè tempus litis contestatæ extra condictionem triticariam, in iis tamen quæ bonæ fidei sunt spectamus vero tempore res pluris fuit aut moræ aut rei iudicandæ *lege 3. paragrapho vltim. lege si sterilis 21. §. cum per venditorem D. de action. empt. d. lege 3 §. in hac D. commod.* Nunquam habita ratione illius temporis quo lis contestata est, Nisi cùm idem fuit tempus moræ & litis contestatæ, id est cùm nulla extraiudicialis interpellatio litis contestationem præcessit, primaque mora per contestationem solam contracta fuit, vt *in lege 3. D. de vsur.*

E R R O R VII.

Etiam in actionibus quæ competunt ad dandum litem æstimari per sententiam, Et cur non præstetur æstimatio quæ creuit post condemnationem.

NEc est quod quis putet ita fieri vt aliud deducatur in condemnationem, quàm quod deductum sit in actionem & petitionem, quod absurdum & stultum esse ait Iustinianus Tribonianeam Iurisprudentiam secutus *in lege vltim. Cod. de fideicom. libert.* Nam & illud contendo, quod ante me forrassis nemo dixit, Ex dandi quoque obligationibus siue bonæ fidei iudicio siue stricto agatur, nunquam rem ipsam quæ dari debuit, in actionem & iudicium deduci, sed semper eius æstimationem, nisi cùm triticaria condictio exerceatur. Itaque non aliud ponitur in condemnatione quàm quod fuit in actione quod extra casum condictionis triticariæ fateor fieri nunquam posse, cùm vltra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis dari nequeat *lege vt fundus decimaettana Digest. commun. diuid.* ne formula contra formulam iudicare videatur. Sed aliud deducitur in actionem, quam quod deductum fuerat in obligationem, licèt dici soleat quod & verum est ex obligationibus nasci actiones *lege licet 41. paragrapho & obligatio D. de procurat.* Adeoque quam quod deductum fuerat in litis contestationem. Nempe propter potestatem contestationis, quam intercedere & apud prætorem fieri necesse est medio tempore, id est inter tempus obligationis contractæ, & actionis institutæ. Nam sicuti certum est litis contestationem ex personali obligatione fieri nullam posse quin personalis illa præcedat obligatio: Ita & illud certissimum apud eos qui veterem ritum

iudiciorum

iudiciorum non ignorant. Nullam esse actionem nisi quæ a Prætore dictata sit post litem contestatam, cùm ipse de facto neque cognosceret neque pronunciaret extra certas causas, sed iudicem in eam rem daret toto iure Pandectarum, & ad tempora vsque Imperatorum Diocletiani & Maximiani à quibus hoc ius immutatum est *in l. 2. C. de pedan. iudic.* Porrò nemo nescit non tantum ea iudicato & per actionem quæ ex iudicato nascitur fieri nouationem prioris contractus *l. vltim. vers. si enim Cod. de vsur. rei iudic.* sed etiam per litis contestationem *l. aliam 29 iunct. l. delegare 11. §. 1. D. de nouat.* Vnde est quod obligationes, ex iisque competentes actiones quæ sui natura temporales erant id est aut morte creditoris aut tempore aliquo perituræ, sic perpetuantur per contestationem vt & hæredi & in hæredem dentur, & ex temporalibus perpetuæ fiant *l. constitutionibus 33. l. sciendum est 58. D. de obligat. & act. l. sicuti 38. De regul. iur. l. vnic. Cod. ex delict. defunct.* Sed & actiones illæ quæ vt ciuiles omnes ita olim perpetuæ, hodie ex Imperatorum constitutionibus factæ sunt temporales ne vltra trigesimum annum possint viuere, si contestatę sint extenduntur etiam hodie in annum vsque quadragesimum *lege vltim. Cod. de prescript. 30. vel 40. annor.* Hoc verò cur ita? Nisi quia noua quædam obligatio est quæ per contestationem litis contrahitur, diuersam à præcedenti obligatione habens naturam, diuersasque præstationes. Proinde mirum non est, Aliud à Prætore deduci in actionem quæ ab eo datur post litem contestatam, quàm quod deductum fuerat à litigatoribus in obligationem & in ipsam vt dixi contestationem. Præsertim cùm ita fiat ex ipsorum litigantium saltem ex creditoris eiusdemque actoris voluntate. Nam de ipsius debitoris consensu parum curamus, cum & in ius rapiatur inuitus & inuitus quoque iudicium accipere cogatur, sibique debeat imputare si qua in re dutius cum eo agatur post litem contestatam quàm ex obligationis lege agi debuerit, qui tam diu expectare non debuit sed promissionem suam nun expectato Prætoris aut iudicis imperio adimplere. Creditorem verò cui soli videtur iniuria fieri in eo quòd pro re quæ debebatur æstimationem accipere cogitur, non habere tamen de quo alii quàm de sè conqueratur, ex eo intelligimus, quod litem contestando iudiciumque dictando eo tempore quo res tanti fuit quæ postea minoris fieri potuit, satis voluntatem suam declarauit, quòd litem æstimari eo tempore voluerit, tanti scilicet quanti esset res eo tempore litis contestatæ. Ne alioqui ex mora & frustratione debitoris damnum sentiret si rei æstimationem quod fieri facilè potest, decrescere postea contingeret. Si enim hoc agebat vt alterius temporis peteret æstimationem, debuerat proponere triticariam, non condictionem certi aut aliam vllam ex bonæ fidei aut stricti iuris actionibus, Cùm sciret aut scire deberet talem rem dari oportere qualis quantique est tempore litis contestatæ. Nisi ab eo iure velit actor vltro discedere, quomodo discedit qui triticariam exercere mauult: Cuius ratio & æquitas nō in eo consistit quod aliud pro alio soluere debitor non cogitur cùm possit ei, vt diximus, imputari, cum secum litem contestari passus sit ac non prius soluerit quàm litis contestatio fieret, sed in eo quod creditor inuitus æstimationem rei debitæ pro ipsa re debita petere non compellitur, si rem ipsam habere malit, suspicatus fore illam pretiosiorem tempore condemnationis quam fuerit tempore litis contestatæ, In quo & sibi consulit, & nullam tamen facit iniuriam debitori, quem verum est etiam condemnationis tempore dari id debere quod iam olim dari oportuit *dict. §. cum per venditorem.* Denique nouatio illa quæ fit per contestationem inducit vt res debita solui ampliùs non possit cùm ex die litis contestatæ æstimatio deberi cœperit propter periculum quod subest ne damno afficiatur creditor si æstimatio postea diminuatur. Quæ res facit quemadmodum in præcedentibus diximus vt in iudiciis strictis inspiciendum necessariò sit tempus litis contestatæ ad ineundam rei debitæ æstimationem, Tanquam tempus illud quo nouissimè solui res potest ex causa præcedentis obligationis, Cùm ex eo tempore quidque æstimari oporteat quo nouissime solui potest, vt eleganter & generaliter Celsus definit *in lege si Calendis 11. D de re iudic.* In iudiciis verò bonæ fidei tempus moræ, quod in iis non minor sit ex bona fide potestas moræ extraiudicialis quam contestationis: Non quasi per moram illam extraiudicialem ea fiat nouatio quæ fieret per contestationem, Sed quia cùm in bonæ fidei iudiciis ratio moræ habenda sit, ne mora sit impunita, non potest debitor eo iudicio conuentus recusare quominus eam æstimationem præstet, quæ moræ tempore fuit, Nec tamen illam præcisè, sed ita demum si maior sit eo tempore quam condemnationis, Quia non esset ex bona fide vt liberaretur debitor aut ipsam rem præstando quæ post moram minoris facta fuisset, aut eam æstimationem, quæ moræ tempore minor fuisset, ac non potius eam, quæ condemnationis tempore maior inueniretur, Ne sua debitori frustratio prodesset aucta æstimatione eius rei quam verum est etiam eo tempore, quo iudicatur dari adhuc oportere. Et quamuis quisquis agit iudicio bonæ fidei non rem ipsam petat, sed æstimationem sicut & is qui stricto experitur, Non tamen petit absolutè, sed cum adiectione illa *ex fide bona*: quæ adiectio facit vt neque moræ, neque condemnationis tempus præcisè spectari oporteat, sed vero tempore pluris res fuit: Nec aliter posito iure iniuria fieret actori qui minorem æstimationem accipere cogeretur. Condictionis triticariæ diuersa ab omnibus ratio est. Etsi enim stricti iuris actio est, nec minus in ea quàm in cæteris nouatio fit per contestationem. Non tamen verum est tempus litis contestatæ, nouissimum tempus esse in quo solui res ipsa possit, cum quisquis agit triticaria hoc ipso quod petit sibi dari rem ipsam quæ debetur, conditionem eo deferat vt rem ipsam soluat, nec liberari possit quantamcumque æstimationem præstando, idque ex natura ipsius actionis. Nā & in cæteris stricti iuris actionibus ex quibus diximus, nihil nisi æstimationem deberi & quidem eam præcisè quæ fuerit tempore litis contestatæ, si tamen poneremus conuenisse inter litigatores vt res ipsa præstaretur, non aliæ iudicis partes esse possent quam vt eam ipsam rem quæ debetur deduceret in condemnatorum *l. si conuenerit 26. D de re iudic.* Ideoque cum in tempus vsque rei iudicatæ possit is qui conuenitur triticaria soluere rem petitam, Apparet in æstimāda re per triticariam petita non alterius temporis rationem haberi posse quàm condemnationis, Cum neque moræ ratio vlla habeatur in iudiciis strictis, neque nouatio illa quæ fit per contestationem, afficere possit aut immutare actionem quæ post litem contestatam datur. Illud ergo iam mirari nemo possit, Cur præcisè inspiciamus in triticaria tempus condēnationis, non etiam illud quod sequitur condemnationem si res pluris facta esse proponatur: Quando quidem ex supradictis apparet tempus condemnationis nouissimum tempus esse quo res per triticariam petita solui possit. Quid enim prodesset litem æstimatam esse per sententiam si alia æstimatio in iudicati executione solui posset & deberet? Nec si res pluris facta esset

Nam si minoris, vtique dici posset non debere conditionem eius qui condemnatus est ex ipsius mora fieri meliorem ex *lege 3. D. de vsur. lege eutdenter 16. De except. rei iudic.* Sed nec deterior fieri potest, quia æstimatio taxata augeri nequit, nec pro æstimatione res ipsa præstari nisi partes vltrò in id consentiant. Vnde fit vt nec in bonæ fidei iudicijs aliud dicendum sit, neque in iis magis quam in cæteris crescere possit litis æstimatio post condemnationem, sed præcisè inspiciendum sit vtro tempore pluris res fuerit aut moræ aut condemnationis. Quoniam adiectio illa *ex bona fide* poni solita in formulis omnibus iudiciorum bonæ fidei, & ex qua vna pendent omnes differentiæ quæ sunt inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris, non vltra condemnationem extenditur, vt neque formula ipsa quæ dat iudicem, Cum iudex postea quam semel sententiam dixit, statim iudex esse desinat *lege iudex posteaquam 55. D. de re iudic.* Adeò vt quamuis perperam iudicauerit, iterum tamen iudicare etiam eodem die non possit *lege cum quærebatur 62. eod.* Igitur cum generale ac perpetuum illud sit vt siue iudicio bonæ fidei actum sit, siue stricto, adeóque triticaria quæ vna proprium & singulare hoc habet vt rem ipsam debitam deduci in iudicium & æstimationem oporteat, cogatur creditor idemque v[illegible] petere pro re pecuniam vt iudicati executionem vrgere possit. Quis iam dicat eum qui obligatus sit ad dandum cogi præcise ad hoc vt rem quam debet, faciat creditoris in eumque dominium transferat? Proinde & illa distinctio superuacua est in venditore cùm quærimus an præcisè cogi possit ad venditam rem tradendam, Verum eius sit dominus, necne, Nam sicut vtroque casu tenetur ex natura venditionis ad tradendam vacuam rei possessionem, & eius vtroque casu liberatur vacuæ possessionis traditioni, cum rem tradere non possit quin hoc ipso dominium transferat quod habet, Ita neutro casu tenetur præcisè ad tradendum, sed si non tradat condemnari ad hoc tantum potest & decet, vt præstet quicquid interest emptoris: in quo venter ipsa rei venditæ æstimatio tum quoque cum aliena res fuit vendita, sed ea quæ maior fuisset inuenietur vel moræ tempore vel condemnationis Nam agi triticaria ad hoc vt præcisa rei traditio fiat, certè nunquam potest, quia licet triticaria non minùs ad incertas, quam ad certas, res pertineat excepta sola pecunia numerata, nunquam tamen datur ad faciendum, non magis quam ad pecuniam quia in omnibus faciendi obligationibus id obtinet, vt qui factum promisit in pecuniam numeratam condemnari debeat *dict. lege si quis ab alio 13. § 1. D. de re iudic. dict. lege stipulationes non diuiduntur 72. De verb. oblig.* Qua de causa Vlpianus *in d. lege 1. De condict. tritic.* postquàm scripsit competere triticariam pro rebus omnibus siue in pondere, siue in mensura consistit, & siue res mobiles sint, siue soli. Addit idem esse etiamsi quis ius stipulatus sit veluti vsumfructum vel seruitutem vrbanam, aut rusticam.

Sed non addit, quod minimè fuerat prætermittendum, si vere di[illegible] potuisse, Competere actionem illam etiamsi factum stipulatione contineatur.

* * *

ERROR VIII.

De secundo emptore cui priori fuit tradita res quam sciuit venditam alij iam fuisse. Et de reuocatoria quam interpretes priori emptori accommodant.

QVi error à nobis suprà refutatus fuit, de venditore quem vulgo interpretes putant cogendum esse præcisè ad rem tradendam, cuius tradendæ habeat facultatem, huic quem nos refutandum nunc aggredimur, causam dedit. Cum enim certi iuris sit, Eadem re ab eodem qui dominus sit pluribus vendita potiorem esse in causa & quæstione dominij eum cui priori tradita fuit ex *lege quoties 15. Cod. de rei vindicat.* sicut & in Publiciana potior esset si venditio pluribus facta fuisset separatim ab eodem non domino *lege sine autem 9. § si duobus D. de publician. in rem act.* adeóque tametsi post primam venditionem dominium venditori acquisitum fuisset *lege si à Titio 72. D. de rei vindic. l. si ea res 31. §. vltim. D. de act. empt.* Putant vulgo interpretes ita demùm præferendum esse secundum emptorem cui priori tradita res fuit, si bonam fidem habeat, id est vt iidem illi interpretantur, si venditionem primam ignorauerit. Nam si mala fide hoc est non ignarus primæ venditionis eandem rem emerit, licet eidem prius tradita sit, nihilominus volunt, posse rem ab eo per primum emptorem auocari & euinci. Sic enim Didac. Couarr. ex communi opinione *lib 2 var. resolut. cap 19. num. 5.* post gloss. Albet. Salicet. Ias. & alios ad *dict. l. quoties.* Addens in proposita specie fraudem ex eo tantum præsumi, quòd secundus emptor sciuerit rem alteri prius venditam fuisse: quod multorum quos eo loco recenset authoritate confirmat, Omnium verò istorum ratio & collectio nimirum illa est, quòd qui emit rem quam scit ab eodem venditore alij venditam iam fuisse, eamque sibi traditam prior accipit, vtique scit per hanc traditionem impediri venditorem ne possit eandem rem tradere priori emptori, cui præcise, inquiunt, tenebatur ad tradendum, Tanquam eius rei possessionem habens & ex ea causa facultatem rei tradendæ. Ex quo inferunt, Potiorem ergo illum esse non debere, cum ei possit imputari, cur mala fide & sciens emerit rem quæ alteri & iam vendita fuerit, & tradenda. Aliam rationem quam pro huius opinionis confirmatione afferant, non solum meliorem non habent, sed neque vllam. Legem verò aliquam, multo minus. Rescriptum namque illud Imperatorum quod extat *in d. lege quoties*, generalem iuris sententiam continet, *Quoties duobus in solidum prædium iure distrahitur, eum cuj priori traditum est in detinendo domino esse potiorem.* Nec distinctionem illam adhibet an posterior emerit bona fide an mala; quod tamen credibile est non fuisse illos prætermissuros si ea distinctio adhibenda esset: Præsertim cùm de eo iure respondeant quod manifestum esse aiunt. Propositio enim quæ non est vera nisi cum distinctione, ea si simpliciter & absolute proferatur, certè falsa est. Nec est quod quis distinctionem hanc latere putet sub verbis illis *iure distrahitur.* Nihil enim commune habet ius venditionis & dominij cum bona vel mala fide venditoris, aut emptoris, Nec eo minus verum est iure distrahi prædium quod iterum alij distrahatur, cùm iam alij distractum esset siue priorem venditionem secundus emptor sciuerit siue ignorauerit, Iure distrahitur prædium quoties

vel

vel à domino ipso distrahitur quem nihil probibeat vendere, vel à non domino quidem sed tamen qui habeat ius vendendi, vt puta à tutore vel procuratore. Itaque cùm de distractione iure facta loquimur, respicimus ad ius & ad personam venditoris, cuius est distrahere, non ad ius aut personam emptoris, qui non distrahit, sed acquirit. At è contrario cùm de bona vel mala fide tractamus, quæ in vendendo interuenerit, de solo emptore disputamus non etiam de venditore, qui licèt interdum possit in bona fide esse, puta si fortè vendat rem alienam quam suam esse arbitretur. In proposita tamen quæstione De re ab eodem pluribus vendita non potest ea distinctio bonæ vel malæ fidei cadere in venditorem qui sicut proprij facti probabilem ignorantiam non potest obtendere *l. quamquam 7 D ad SC. Vellean.* ita neque carere mala fide qui rem a se iam alij venditam ignorare non potest. Ex quo apparet verba illa *dict. l. quoties, iure distrahitur* non sic accipi posse vt iure dixerint Imperatores pro eo quod est *bona fide* cùm fieri nequeat, vt bona fide ac sine dolo quis vendat rem, quam alij iam vendidit: Ita vt ex hac causa venditor incurrat etiam crimen falsi, pœnamque legis Corneliæ de falsis *l. qui duobus 21. D de leg. Cornell. de fals.* cùm is quoque qui rem alteri non venditam sed tantùm obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alij distraxerit vel permutauerit vel in solutum dederit, stellionatus crimine teneatur *lege 3. §. 1. D de crimen. stellion.* Minus enim est rem vni obligatam dumtaxat alteri vendere quàm eandem rem duobus in solidum separatim & diuersis contractibus distrahere. Potést que illud, quod prius diximus fieri sine dolo dum ea cautio adhibeatur, quam ponit Caius *in l. & quæ nōdum 15. §. vltim. D. de pignor. & hypoth.* Quòd si iure distrahitur prædium, cùm quoque cùm distrahitur mala fide, Quidni etiam iure emi dicatur, quamuis ematur mala fide? Fateor interdum accidere vt idem fit, Non iure quid distrahi, Et distrahi mala fide, Nempe cùm venditio non aliter fieri potest quam obseruatis quibusdam solemnitatibus, quæ tamen obseruatæ non sint, Vt puta si minoris res distrahatur quæ distrahi non potest sine decreto, Vel si pignus à creditore non sub hasta nec interuenientibus cæteris solemnibus *l. 2. & 4 Cod. si vendit pignor. agat.* Malæ enim fidei emptor est quisquis contra legum interdicta mercatur *l quemadmod. 7. in fin. Cod. de agricol. & censit. lib. 11. tit. 47.* Sed ideò pertinet, vt mala fides inducatur ex defectu solemnitatum, non etiam vt vllo casu bona fides emptoris sit de solemnitate venditionis. Quamquam plus certè est fieri iure venditionem & emptionem, quàm fieri bona fide, Siquidē non dicitur iure facta nisi is vendiderit cui ius vendendi fuit vt diximus, Vt verò facta dici possit bona fide, sufficit vt qui vendidit putauerit se habere ius vendendi, adeóque vt qui emit crediderit venditorem ius vendendi habuisse *l. bonæ fidei emptor 109. De verbor. significat.* Sed non ideò minùs verum est, Posse fieri iure venditionem etiam quæ mala fide facta sit, Et retrò, etiam bona fide posse fieri venditionem, quæ tamen non iure facta fuerit. Sed neque video, qua ratione velint interpretes in quæstione proposita malæ fidei emptorem eum dicere qui emit rem quam sciuit alij venditam iam fuisse, cùm ea res non faciat quin emerit ab eo qui & dominus adhuc fuit rei venditæ, & consequenter tanquam dominus vendendi ius habuit. Nam præter id quod vix est, vt mala fides inducatur aliunde quam ex scientia alienæ *l qui fundum 7 §. qui bona fide D pro empt. l si aliena 10 D. de vsucap.* cùm nec semper sola rei alienæ scientia malam fidem inducat, vt benè docuit Iacobus Cuiacius ad Afric. in *l. 5. generaliter 28. per ill. text. D de noxal act. & lib. 18 obser. cap. 25. ex dict. l. bonæ fidei 109. De verb. signific.* fieri certè nequit vt bonæ fidei emptor non sit is qui emit a vero domino ius vendendi habente, quem scit & verum esse dominum & vendendi ius habere, Et quidem plenum ac liberum. Hoc enim addere placet vt eum casum excludam, quo quis à domino emerit rem quam sciat alteri obligatam. Quo casu, licèt quod ad dominij causam attinet plus quàm bonæ fidei possessor hic sit qui verus dominus est, quoniam à vero domino comparauit, Attamen quod pertinet ad causam pignoris, vix potest bonæ fidei possessor videri ad excludendam pignoris intentionem creditoris qui pignus non ignorauit, Quasi scientia pignoris tantùm profit ad inducendam malam fidem pignoratitij creditoris quantum scientia dominij alieni fauore veri domini ne ius suum exequi, & rem suam vindicare prohibeatur *l. qui balneum 9. in fin. D. qui potior. in pign. hab.* Sic enim nostri vulgò ratiocinantur, nec pragmatici dissentiunt vt ex iis constat quæ scripsimus *De fin. 1. & 4. Cod. Fabrian. Si aduers. credit. præscr. oppon.* Quamquam hæc quoque traditio, vt verum fateat, mihi semper suspecta fuit. Quid enim obesse potest ei qui à domino emit, quod sciuerit rem alteri obligatam vt eò magis in mala fide constitutus videatur? An non perinde potuit credere futurum vt diuturnum silentium creditoris pignoratitij præscriptione longi temporis corroboratū inefficacem ipsius actionem constitueret? *argum. l. sicut 8 §. non videtur D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Aut quis tādem bonæ fidei emptor erit si ad inducendam malam fidē sufficit vt emptor alteri obligatam rem esse sciat. Qui non enim aut scire, aut saltem suspicari debeat, venditoris sui bona esse alicui obligata? Et quotusquisque hodie est iam diues, cuius bona non aliquo vel expressi vel taciti pignoris vinculo teneantur? Ideóque nec Imperatores *in leg 1. & 2. Cod ill. tit. Si aduers credit. præscrit. oppon.* quicquam loquuntur de bona fide, Propterea quòd non aliter pignoris intentio teneri possit ad producendam hypothecariam, quàm si creditor qui agit fateatur probétque dominium fuisse illum qui pignus constituit *dict. l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D de pignorat.* ac proinde dominum etiam esse illum qui ab ipso emit, licèt pignoratam eam esse non ignorauerit. Non enim facit ius pignoris quominùs liceat debitori rem obligatam vendere saluo pignoris causa *l. si debitor 12. Cod. de distr pignor. l. vnic. Cod. rem alien. gerent. nō interd. rer. suar. alien.* Itaque nihil est hoc casu quod de bona fide tractari possit, nisi cùm de eo solo quæritur, an pignus alij datum rei adhuc alienæ possit cōualescere, vt *in dict. l. qui balneum in fin.* Non autem cùm de præscriptione longi temporis aduersus creditorem opponenda. De quo tamen alibi ex professo tractandum erit. Vtut sit, dubitari meo iudicio non potest, quin omnimodò & absolutè bonæ fidei possessor censeri debeat qui posterior emit sciens rem iam alij venditam ab eodem venditore, cùm prior venditio neque dominium transtulerit sine traditione, neque pignoris vinculo eam obstrinxerit priori emptori. Nec enim qui emit, hoc agit vt sibi ius aliquod pignoris acquirat in re vendita, cùm è contrario id agere debeat, vt dominium eius nanciscatur, quod scit esse penes venditorem. Alloqui venditio non esset, at potiùs aliud quod genus contractus *l. penultim. §. vltim. D de contr. empt.* Nemini autem potest res sua esse obligata, vulg. *l. neque pignus 45. De regul. iur.* Ac præterea cùm quæstio nostra sit de iure dominij & proprietatis, & quis in rei vindicatione præferri debeat, priórne venditor an posterior, Intelligimus non posse emptori posteriori nocere ad constituendum eum in mala fide, quòd sciat

eandem rem ab eodem venditam fuisse, tametsi specialis quoque obligatio pignoris expressa conuentione in ea ipsa re constituta proponatur. Neque rursus vera est ratio quam interpretes afferunt, ex ea sumpta, quòd venditor qui habuit tradendæ rei potestatem obligatus fuerit priori emptori vt ei præcisè rem traderet, quod tamen facere non possit si liceat tradere posteriori. Iam enim probauimus in præcedentibus, Imo verò non esse obligatum venditorem præcisè vt rem tradat etiamsi maxime possit, nullóque incommodo, sed ad hoc tantùm teneri & condemnari posse vt præstet quanti interest emptoris *l. 1. D. de act. empt. l. si traditio 4. Cod. eodem.* Quæ res afficit tantùm personam venditoris vt personali actione empti conueniri possit, non autem ipsam rem venditam vt alij rursum vendi prohibeatur. Quam in rem textus est apertus & elegans *in l. qui tibi 6. C. de hered. vend. l. si ancillam 11. Cod. de act.* vbi dicitur eum qui rem iam vni venditam quam ei tradere debebat alij vendidit, teneri quidem actione ex empto, sed non vt impleat in contractum fidemque præstet, sed contrà, propter fidem ruptam, Ergo ad id quod interest non ad rem tradendam. Alioqui esset id agere ob fidem ruptam ad hoc ne fides rumperetur, quod esset ridiculum Quemadmodum e contrario dicimus, Etiam alienæ rei venditionem valere hactenus nimirum vt venditor personali actione ex empto teneatur emptori, non etiam vt rei dominium in emptorem transferatur *l. rem alienam 28. D. de contr. empt.* Cùm igitur non alia ratione nouentur interpretes quam ea quæ falsa sit, Si tamen ratio dici potest, quæ falsa est, quis iam neget falsam quoque necessariò esse sententiam quæ ex falsa ratione infertur? Sed & quæreremo libenter ab istis qui prioris emptoris partes contra posteriorem tuentur, qua demùm actione priorem velint esse potiorem: An forte ducta, an vtili rei vindicatione. Hoc verò dici planè non potest, quia etsi malam istam fidem secundi emptoris quam interpretes ei obiiciunt admitteremus, non tamen ideò consequens esset vt prior emptor fieri citra traditionem dominus rei venditæ, quæ non ipsi sed posteriori emptori tradita fuisset Neque verò maior effectus malæ fidei huius esse potest quàm vt impediat potestatem traditionis, & translationem dominij in personam secundi emptoris, Non autem vt res quæ secundo emptori tradi non debuit eo magis priori tradita esse existimetur. Atqui cùm de rei vindicatione tractamus, certum est de solo petitoris iure quærendum esse non de iure possessoris qui etiamsi nullum habeat, hoc ipso tamen debet vincere quod nihil quoque iuris actor habere probetur *lege vltima Cod. de rei vindicat.* Nemo igitur dixerit idcircò dandam esse priori emptori vindicationem tametsi numquam ei tradita res fuerit, quòd posteriori emptori cui vere tradita est, tradi tamen aut non potuerit aut non debuerit. Esto enim quod volunt interpretes, vt venditor qui tradendæ rei venditæ facultatem habet obstringatur præcisè ad rem tradendam emptori, An fortè huic primo errori alium audebis adiicere, vt qui tradere debet si non tradat, proinde tamen habendus sit acsi iam tradiderit? Non possis ergo priori emptori adeò fauere vt des ei tanquam domino rei vindicationem siue directam, siue vtilem contra posteriorem in quem translatum fuit dominium per traditionem ex iusta causa præcedente à vero domino eodémque posteriore factam. Superest igitur vt si fauere illi voles, actionem reuocatoriam & Paullianam in auxilium aduoces per quam assequi [illegible] vt res [illegible] emptori tradita [illegible] auocetur & euincatur. Atque ita

Didacus Couarrun. supradicto loco loquitur, vt nec ipse, nec cæteri quos ibidem citat aliter sensisse videantur. Secundum quam tamen sententiam fatendum est, Malè ergo interpretes in explicatione *dict. l. quoties 16. Cod. de rei vindic.* hanc afferre limitationem, vt ea lex non procedat si secundus emerit mala fide sciens iam factam alij venditionem. Non enim tractat lex de actione reuocatoria sed de sola vindicatione quam certum est nunquam dari non domino, multò minùs contra eum qui [illegible] dominus sit. Itaque iam habeo quod volo si admittas, Posteriorem emptorem cui priori res tradita est præferendum esse anteriori cui traditio nulla facta est si de iure dominij & vindicationis inter eos contendatur. Sed addamus etiam ne magis de verbis quàm de re ipsa tractare videamur, N[illegible]nùs insubtiliter eos facere cùm dant priori em[illegible]tori reuocatoriam contra posteriorem. Reuocatoriæ enim vsus & effectus in eo tantùm est vt rem a debitore alienatam in fraudem creditorum & quæ per talem alienationem in bonis debitoris esse desiit, auocet à possessore eamque reddat bonis debitoris vt in eius possessionem perinde ac cæterorum debitoris bonorum mitti possit creditor, atque ita ex eius distractione pecuniam sibi debitam quam alioquin amitteret extorqueret. Fraudem enim illo casu factam esse oporteret non tantùm consilio, sed etiam reipsa & euentu vt ei actioni locus esse possit *§. item si quis in fraudem Instit. de action.* Atqui proposita quæstio non de eo emptore est qui pretij damnum passurus sit si res vendita remaneat in dominio posterioris emptoris. Quod enim si pretium adhuc non soluerit venditori? Nam nec cogitur soluere vt contra venditorem possit agere ad tradendum, sed satis est si pretium offerat *l. Iulianus 13. §. offerri D. de act. empt.* Non vtique potest videri venditor in fraudem primi emptoris alij eandem rem vendidisse, vt pretium primus emptor admitteret, quod nondum solutum sit: Nisi fortè ponamus aliunde interesse primi emptoris vltra pretium, puta si pluris res fuit quàm vendita sit, vt *in l. in interdicto 6. D. vnde vi.* quo casu id quod interest quatenus egreditur pretium conuentum debetur adhuc emptori, quamuis pretium non soluerit. Sed nego huius vtilitatis rationem haberi posse in actione reuocatoria, quæ in eorum duntaxat creditorum gratiā comparata est qui alioquin damnum sentirent ex fraude & dolo debitoris. In proposito autem non tam sentiret damnum, quàm lucrum amitteret primus emptor, qui nullo dato pretio rem non haberet, quæ pluris esset. Latiùs verò patent fines eius quod interest, quàm actionis reuocatoriæ, quia in eo quod interest continetur non tantùm quod mihi abest, sed etiam quod lucrari potui *l. si commissa 13. D. rat. rem haber.* In actione autem reuocatoria solius damni emergentis ratio habetur, non etiam lucri cessantis: quia nec videntur fraudari qui certant duntaxat de lucro captando *l. 6. gradu 23. in fin. D. quæ in fraud. credit.* Sicut nec in tractatu illo succurrimus ei qui a debitore acquisiuit ex titulo lucratiuo, quamuis fraudem cum tempore non participauerit *l. quod autem 6. §. simili modo eod. tit.* Quid [illegible] si venditor hic qui duobus vendidit, pretiumque à priore accepit, alia bona pleraque ex quibus abundè satisfieri possit indemnitati eius cui priori vendidit? An obiecto tractandum erit de reuocatoria, vt quod posteriori venditum est ei auferatur? Minimè verò, quantumuis dolo malo & in fraudem primi emptoris posterior venditio facta proponatur? Non enim dolus quilibet nec fraus omnis ea actione vindicatur, sed is demum dolus qui & consilium habuerit & euentum fraudandorum creditorum,

quibus

quibus alia ratione prospici non possit ne in damno moreretur: quod non potest contingere cùm is qui dolo aliquid fecisse dicitur, soluendo est *l. aut prator* 10. *§. si fraudator l. si quis cùm haberet* 15. *dict. l. primo gradu eod. tit.* Ergo quamuis in fraudem primi emptoris secunda véditio facta sit, & traditio secuta, ne scilicet ex communi interpretum traditione primo emptori rem tradere cogeretur, non ideò tamē reuocatoriæ actioni locus esse poterit, cùm auxilio illo extraordinario non indigeat, qui iure communi prospicere sibi potest *l. Imper. 50. D. de reb. author. iud. possid.* Actio enim reuocatoria rescindit alienationem, adeóque quod magis est, ipsam traditionem quæ facta est. Facitque vt permittatur creditoribus rescissa alienatione rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse, & ob id in debitoris bonis mansisse, quæ tamen re vera & tradita fuerit, & alienata *dict. § item si quis in fraudem.* Ex quo loco intelligimus nunquam locum esse reuocatoriæ nisi iis casibus in quibus iam missi sint creditores in possessionem bonorum debitoris ad ea distrahenda, securaque sit distractio ex illa edicti parte qua cautum est, *Quib. ex caus. in poss. eat. & De reb. aut. iudic. possid.* Quis autem vnquam dixit posse bona eius qui duobus eandem rem vendidit ex edicto possideri ex hac causa, & venundari? Præsertim si non is latitet sed se defendat? Verba siquidem edicti non de alio loquuntur quàm de eo, qui neque restitutionem sui faciat neque defendator *l. 2. in princip. D. quib. ex caus. in poss. eat.* Et tres tantùm causæ sunt ex quibus in possessioné bonorum debitoris mitti creditor solet. Rei se tuandæ causa, Item legatorum seruandorum gratia & ventris nomine *l. 1. eod.* Damni enim infecti nomine vt eadem lex ait, non in vniuersorum (sic enim simpliciter legendum est supplendúmque *bonorum possessionem* delata dictione *nemine*, quæ ibi nullius sensus vox est) fit missio, sed rei tantùm de qua damnum timetur. Perinde itaque dicédum esset, si qua missio in possessionem fieri deberet aduersus debitorem qui duobus eandem rem vendidit, sic faciendam illam esse, vt in possessionem rei ipsius venditæ primus emptor mitteretor. Quod tamen ne dici possit non illud solùm impedit, quod nihil ea de re Prætor edixit, quomodo edixit De damno infecto, sed etiam quòd res vendita quam ponimus emptori posteriori traditam fuisse, non sit amplius in bonis venditoris. Itaque prius esset vt auocari deberet ab emptore posteriore, rescissa secunda venditione, & traditione, quá vt possideri possit a primo emptore, qui nihil in ea iuris habeat. Nec illud quoque dici potest mitti posse hoc casu emptorem primum in possessionem bonorum omnium venditoris ex illa edicti parte qua Prætor iubet mitti seruandæ rei causa. Nihil enim aliud significare Prætor voluit iis verbis *rei seruandæ causa* quàm quod suprà diximus *damni vitandi causa* sumpto specialiùs *res* nomine quàm vtretam lucrum comprehendat, Vt ex eo apparet euidenter, quod à missione in possessionem quæ fiat rei seruandæ causa, separauit Prætor missionem faciendam legatorum seruandorum gratia. An quia rem seruare nolit, qui tractat de seruandis legatis? An non verò legata quoque rei appellatione continentur? imò verò quia non tam rem suam quàm alienam seruare volt, nec tam de damno vitando quàm de lucro captando cogitat qui legatorum donataxat seruandorum gratia mitti vult in possessionem. Ob eamque causam speciali capite edicti de hoc quoque caueri necesse fuit *l. 1. & tot. titul. Vt in poss. legat. D. & Cod. non minus quam De ventr. in possessionem mittendo lege 1. & tot. tit. tit. De ventr. in poss. mitt.* At non similiter edictum vllum propositum est De primo emptore mittendo in possessionem vniuersorum bonorum venditoris seruandæ rei venditæ gratia. Concludamus igitur neque actioni reuocatoriæ locum ex hac causa vllum esse posse.

ERROR IX.

Si res vni vendita postmodum alteri donata & tradita sit.

NAscitur hic quoque error ex præcedentibus, sed simul iunctis, ob idque tantò faciliùs à nobis refelletur, quantò esset difficilius eam propositionem confutare quæ ex duabus veris propositionibus recta argumentatione deduceretur. Nam interpretes qui putant non modò ita ius esse, vt qui eam rem vendidit cuius tradendæ potestatem habeat cogi omnimodo & præcisè possit ad eam tradendam. Verùm etiam si eadem res alteri vendita & tradita proponatur, qui priorem venditionem non ignorauerit permittendom esse priori, vt eam rem auocet à posteriore & euincat saltem per reuocatoriam, Iidem existimant, si non vendita ea res fuerit alteri sed donata & tradita dandam esse emptori reuocatoriam contra donatarium indistinctè, id est non solùm si sciuerit venditionem, qui casus nullam penitus apud eos recipit dubitationem, sed etiam si ignorauerit. Sic enim idem Didac. Couarru. loco suprà citato *lib. 2. variar. resolut. cap. 19. num. 5.* Ex Baldo, Iasone, Ioanne Lupo, & Francisco Ripa ibidem allegatis, Cuius sententiæ vnica ratio ab iis illa affertur, quòd licet in emptione & alia qualibet alienatione facta titulo oneroso verum sit tam venditorem quàm emptorem vt alienatio reuocetur participé fraudis esse oportere *l. 1. l. ait prator 10. in princip. & §. ait prator D. quæ in fraud. credit.* Quoties tamen donationis titulo qui lucratiuus est, res possidetur, nulla fraudis scientia in donatario exigitur *l. penult. Cod. eod.* Nec enim verendum est ne iniuria afficiatur donatarius qui ignorauit, eùm ei lucrum extorqueatur, non damnum infligatur, vt ratiocinatur Vlpianus noster *in l. quod autem 7. §. simili modo D. eod.* Quò etiam pertinet distinctio à Venuleio tradita *in l. vlt. §. si à socero vers. at si neuter eod. titul.* Etsi autem sufficeret nobis dicere, Vtrumque falsum esse quod interpretes pro vero assumút, Et teneri venditorem ad hoc præcisè vt rem tradat, Et dandam ei esse reuocatoriam ad auocandam rem à posteriore emptore, quemadmodum in præcedentibus probauimus, Nec proinde posse bonam & veram esse consecutionem aut conclusionem quę ex tam falsis propositionibus inferatur, Placet tamen errorem tam absurdum & iniquum pluribus refellere. Scio quod vulgo tractari solet, Meliorem causam esse debere illius qui certat de damno vitando, quàm eius, qui de lucro captando, *l. vltim. §. sin verò creditores Cod. de iur. delib.* Quæ sententia esse creditur eius regulæ quam Vlpianus tradit *in l. non debet 41. §. 1. De regul. iur.* In re obscura melius esse fauere repetitioni, aut vt alij legunt, retentioni, quàm aduentitio lucro: Sed si intelligendum est non solùm in dubio & in re obscura, vt Vlpianus loquitur, sed etiam cæteris paribus. Nam cùm cætera non sunt paria nulla iuris aut æquitatis ratio facit, vt omnimodo debeat esse durior & deterior conditio eius qui titulum habet lucratiuum. Alioqui dicendum erit, Creditori nono, qui non alia ratione indemnis seruari possit, permittendum esse vt auocet omnia, quæ longo antè tempore ac citra vllam fraudis suspicionem alij donata inueniatur: quod tamen nemo vnquam dixit, Fraudis enim suspicionem aliquam al-

legati;

legari,& probati necesse est ad infirmãdas donationes, quæ factæ sint, antequam ius vllum alij in re donata esset quæsitum *l. post contr. 1 §. D. de donat. l. si alij sit 7. D. de mort. caus. donat.* Atqui nõ sunt cætera paria cùm res vni quidẽ vendita est sed non tradita, quæ alteri subinde & donata & tradita est. Cùm enim traditio illa sit per quam solam licèt non nudam dominiũ transfertur a domino in non dominum, quoties à domino ea facta est, Cur non obsecro melior esse debeat conditio donatarij cui à domino res tradita est, quæ alij priùs fuerat vendita, quàm emptoris, qui emerit tantùm aut etiam si voles pretium soluerit, sed tamen nunquam rem per traditionem acceperit? Tritum enim est, Traditionibus tantùm non etiam nudis tametsi iustis conuentionibus rerum dominia transferri *l. traditionibus 20. Cod. de pact.* Quid ergo hic dubij vel obscuri esse potest, cur non potior esse debeat causa donatarij, quàm emptoris? Maximè verò in quæstione dominij, & cùm agitur de iure vindicationis. Nam si tractemus de actione reuocatoria, iam ostendimus non posse illi locum esse ad auocandam rem à possessore per emptorem, qui se & creditorem, & fraudatum velit dicere. Etsi enim nõ nego facilius dari posse reuocatoriam contra donatarium qui titulum duntaxat lucratiuum habeat quàm contra secundum emptorem qui habet onerosum, Nego tamen dari eam vnquam posse, quin missus sit creditor in possessionem vniuersorum bonorum debitoris ad ea distrahenda, vt ex eorum distractione possit redigi pecunia quæ debetur, adeòque quin secuta sit venditio, cùm annus intra quem agendum est reuocatoria non computetur nisi ex die venditionis factæ bonorum *d. l. ait Prætor 10. §. annus.* Ideòque politus est in Pandectis Titulus, *Quæ in fraud. cred.* post titulos *Quib. ex caus. in poss. eat.* & *De reb. author. iud. possid.* aliósque ad eum tractatum pertinentes, vt ex ipso edicti pręterij ordine intelligamus eo demum casu reuocatoriæ actioni locum esse quo aliis partibus edicti iam fuerit satisfactũ. Porrò an is cui vendita res aliqua fuit & non tradita mitti debeat in possessionẽ vniuersorum bonorũ venditoris prætextu fraudis, quã commentus ille fuit alienando subinde & tradendo eandẽ rẽ alteri, non ex iure & persona secundi acquisitoris ęstimandũ est, sed ex persona solius debitoris, quippe qui bonorum suorum custodiam & venditionem pati cogitur non tanquam fraudator, sed tanquam debitor. Nemo autem dixerit aut debitorem magis eum esse ad id quod rem iam venditam alij postea donauerit, aut immutari ex eo causam debiti quominùs eadem maneat, quæ erat priusquàm donaretur. Ponimus enim contractum debitum fuisse per venditionem quæ facta sit ante aliam quamlibet eiusdem rei alienationem. Itaque si ea in causa erat hic venditor vt in bonorum eius possessionem mitti emptor deberet ob nondum traditam rem venditam, cuius tamen pretium fortè iam solutum esset, aut vt mitti non deberet, non eo magis aut minùs erit permittenda missio illa & distractio bonorum vniuersorum, quòd res iam vendita postmodum alij vel vendita sit vel donata. Quod enim ex post facto fit, & ex accidenti, priorem rerum statum iurisque causam immutare nullomodo potest: Nec quòd fauorabilior est secundus emptor, quàm donatarius, facere debet vt duriorem causam venditoris esse oporteat ob id quod eandem rem alij postea donauerit, quàm si eam vendidisset. Vtroque enim casu perinde facit improbè venditor, imò improbiùs qui eandem rem duobus vendidit, quàm qui vni venditam alij donat, cum posterior venditio non tantùm mendacij sed etiam auaritiæ infamiam exprobret venditori, vbi contra autem donatio, prodigalitatis potiùs & insaniæ. Cur ergo permittamus primo emptori vt mittatur in possessionem vniuersorum bonorum sui venditoris, ob id solùm quòd nondum fuerit tradita res vendita, quæ necdum alij vel aut iterum vendita fuerit aut donata? Aut si donatio subsecuta sit & in aliud collata, cur ob id potiùs quòd donata sit quàm si alij nondum donata fuisset? Cur rursum ob id potiùs, quòd donata sit, quàm si alij vendita proponeretur? At neque alia me mouet iuris regula, quæ habet, Cùm de lucro duorũ quæritur meliorem esse causã possidentis *l. nem. prad. est 126. §. vlt. De regul. iur.* Nam si ex eo inferas à cõtrario sensu, Non ergo meliorem possidenteis causam esse debere illo quoque casu quo non de lucro duorum quæratur sed inter eos contendatur, quorum vnus lucratiuam causam habet alius onerosam. Admittam equidem consecutionem sed ita demum si cætera sint paria & termini sine habiles vt nostri loquuntur. Id enim est quod ait alia iuris regula, de qua iam diximus, In re obscura melius esse fauere repetitioni, quam aduentitio lucro, Cùm is qui repetit nõ possideat Qua de causa nec illud probare possum quod quidam in ea regula emẽdant tollùntque dictionem illam *repetitioni* vt reponant *retentioni.* Quasi nullo pręcipuo fauore dignus sit is qui titulum habet onerosum si non & ipse possideat. Quod certe nõ ita est. Fauor enim illius præcipuè in hoc elucet vt quamuis non possideat ideòque non possit consulere sibi per retentionem, possit tamen vti repetitione aduersus possidentẽ etiamsi nihil sit quod possidẽti imputare possis aliud nisi quòd causã habet lucratiuam Eiusque rei exempla sũt in actione Pauliana & reuocatoria quæ datur creditori contra donatarium quamuis ignorantem, nullúsque fraudis conscium *dict. l. quod autem 7. §. similimodo & d. l. vlt. § si a socero ad fin. D. quæ in fraud credit.* Itémque in creditore auocante rem datam & traditam legatario per hæredem qui beneficium legis & inuentarij agnouerit *dict. l. vlt. §. si vero creditores. Cod. de iur. delib* At species quam tractamus longè alia, planéque diuersa est. Qui enim ab alio rem aliquã emit, tametsi pretium iam soluerit, & ideo possit creditorem se dicere ex causa onerosa, nullum tamẽ ideò ius habet in re vendita, nec in rem sed tantummodò actionem personalem aduersus venditorem Eamque nõ præcisam ad hoc vt venditor omnino rem tradat, sed ad hoc tãtùm vt si nollet, aut non poterit tradere, tanti condemnetur, quanti emptoris interest Igitur si contingat rem illam venditam postea donari alteri & tradi, non potest solus fauor tituli onerosi facere, vt eo magis permittendum sit emptori qui dominus non est, vindicare rem à donatario qui verè dominus est licèt ex causa tantùm lucratiua, aut agere reuocatoria pro eredito cuius nomine noodũ fuerit missus nec mitti vnquam possit in possessionem vniuersorum bonorum venditoris. Totus enim effectus actionis reuocatorię, vt sæpè diximus, in eo cõsistit vt rescissa traditione & alienatione per quam fradatus est creditor qui in possessionem vniuersorum bonorum debitoris missus fuit, etiã in possessionem huius rei per fraudem alienatæ & traditę missus intelligatur, tanquam quæ in bonis debitoris pe petuò mansisse existimetur, & in qua proinde non minus quàm in cęteris bonis omnibus debitoris pignus prætorium ex authoritate prætoris constitutum esse videatur: quod porrò certè nec aliter nec prius constitutum intelligi, quàm ventum sit in possessionem *l non est mirum 26 §. 1. D. de pig. act.* Denique ius aliquod pignoris in re ipsa contractum esse oportet, vt possit illa per creditorem auocari ab eo qui dominus eius rei iam factus sit per traditionem; Adeóque necesse esset ius illud pignoris esse anterius dominio

minio possessoris vt contra possessorem coërceri posset nisi fauor iusti creditoris ex vna parte, & odium fraudis à debitore factæ ex altera, æquitatem Prætoris mouisset ad inducendam reuocatoriam etiam contra eum qui dominus factus esset ante constitutionem prætorij pignoris, facta per fraudem alienatione. In quo potentius est ius prætorij pignoris quàm iudicialis quod nunquam constituitur in re quæ sit eo tempore extra bona condemnati *l. a Diuo Pio 15. §. si rerum D. de re iudic.* Sed cum illa tamen distinctione, vt si is cui res fuit tradita causam habeat lucratiuam perinde teneatur, non autem siue participauerit fraudẽ siue ignorauerit, quòd æquius sit faueri creditori qui certat de damno vitando, quàm donatario qui de lucro captando, Si vero causam possidendi habeat onerosam, non aliter exerceri reuocatoria contra eum possit, quam si fraudis conscios & particeps probetur: Ne ius quod ab initio æquum fuisset posteà iniquum fieri inciperet si secundus emptor in damnum incideret, vt primus indemnis seruaretur. Neque enim beneficium Prætoris aut Principis cuiquam debet esse vnquam iniuriosum *l. ex facto 43. De vulgar. & pupill. substitut. l. Paulus notat 8. De prætor stipulat.* Atqui nullum ius pignoris habet emptor in re sibi vendita neque conuentionale siue expressum, siue tacitum, neque prætorium, neque iudiciale vt quiuis videt Nihil ergo iuris habere potest ad rem illam à donatario auocandam; Nec si donatarius venditionem alij factam sciuerit, Multò minùs si ignorauerit.

ERROR X.

De eadem re pluribus separatim donata & posteriori donatario tradita. Ad posteriorem partem d. l. quoties decimaquinta Cod. de rei vindic.

HVic tamen nostræ sententiæ obstare videri possit ac pro interpretum opinione vrgere quod Imperatores *in d. l. quoties 15. Cod. de rei vindic* postquam rescripserunt, Eadem re duobus separatim à domino vendita, potior in esse illum cui priori tradita sit: non qui priore emerit, subijciunt in hæc *eum etsi ex causa donationis vtrique dominium rei vindicetis, eum cui priori possessio sola tradita est, potiorem haberi conuenit.* Videntur enim huiusmodi verbis innuere, Aliud ergo dicendum esse si non ex causa donationis vterque dominiũ rei vindicet, sed vnus ea causa donationis, alius ea causa emptionis. Alioqui non facile dici poterit cur ita locuti sint Imperatores si hoc quoque senserunt vt eum cui posteriori tradita sit res ex causa donationis præferri oporteat ei qui prior rem emerit, necdum tamen eam per traditionem acceperit. Nec sanè alius iuris nostri aut locus aut color est quo decipi probabiliùs interpretes potuerint Non animaduertentes tractari ab Imperatoribus casum illum quo traditio vtrique facta sit ab eodem qui vtriusque contractus tempore fuerit dominus & consequenter tempore prioris traditionis, non etiam posterioris. Nam qui ex iusta aliqua causa præcedente iam tradidit rem cuius dominus erat cum traderet, fieri certè nequit vt non desierit esse dominus qui per eam traditionem dominum fecit accipientem: proinde mirum non est in rei vindicatione præferri eum cui priori res tradita est. Non tam quasi potiorem si subtilius intueare quamuis ita loquantur Imperatores, & quomodo loquendum omnino esset si de concursu duorum creditorum hypothecariorum contenderetur, Quàm quasi solùm dominium, vt in alia specie loquitur Papin. *in l. 2. D. qui potior. in pignor. hab.* quia verum est alium cui posteriori res tradita est, neque factum esse dominum, neque fieri à non domino potuisse. Quæ ratio euidẽter procedit siue eadem res duobus vendita, siue duobus donata & singulis tradita proponatur At nos eum casum tractamus, quo res eadem vni quidem vendita sit & donata alteri, sed tamen soli donatario tradita, non etiam emptori. Quo casu stulta sanè & absurda quæstio est, Vter in rei vindicatione præferri debeat, An donatarius qui per traditionem à domino factam effectus est dominus, An verò emptor qui licèt prior contraxerit & quidem cum domino nunquam tamen dominium nancisci potuit nulla ei facta traditione, vt *in lege qui tibi 6. C. de hered. vel act. vend.* Quænam enim dubitandi ratio esse potest, An dominus ille sit cui neque res tradita est, neque alio vllo ex legitimis modis transferendi iure Quiritium dominij acquisita? Aut an vindicationem habere debeat is qui non est dominus nec gentium iure nec ciuili *l. in rem 23. D. de rei vindic. l. vlt. C. eod.* Cùm verò vtrique facta traditio est, & quidem ab eo quem negari non potest vtriusque contractus tempore dominum fuisse, Posset vterque non improbabiliter contendere se dominũ, nisi fortior illa ratio impediret, quòd neque possunt duo eiusdem rei domini esse in solidum. vulg. *l. 6. §. si duobus vehiculum D. commod.* neque dominus esse is cui res tradita est ab eo qui dominus esse iam desierat. Idque significant verba illa Imperatorum in *d. l. quoties, manifesti iuris est eam cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem.* Non quasi vterque sit dominus nec de alio quæri oporteat quàm vter dominus remanere debeat, sed quòd vtroque contendente se esse dominum, & eo qui non possidet volente possidentem expellere, quæstio illa necessariò expedienda sit, vter sit potior in detinendo dominio, Sed an non potior esse debeat in dominio detinendo is qui possidet, & quem non tam de dominio obtinendo quàm de eo detinendo laborare oportet cùm iam possideat. Quemadmodum in interdicto Vti possidetis vtroque dicente se possidere nõ quærimus, Vter sit potior in detinenda possessione cùm vnus tantùm detineat, quia nec duo eandem rem possidere in solidum possunt *l. 3. §. ex contrario D. de acquirend. possess. l. duo in solidum 19. D. de precar.* Sed annon debeat esse potior in interdicto qui probat se possidere. Quamquam exemplum hoc in eo dissimile est, quod non nisi insulsè posset ita concipi quæstio, An in detinenda possessione potior esse debeat is qui possidet, cùm alius non possit detinere possessionem quàm qui possidet, nec alius possidere, quàm qui possessionem detinet. Illa verò commodè proponi potest, An in detinendo dominio potior esse debeat is, cui primi res tradita est, quia aliud est Dominium detinere, aliud vero Rem per traditionem accepisse. Sicut & aliud plerumque est Rem per traditionem accipere, Aliud verò rei dominium obtinere, Item aliud Possidere, Aliud rei dominium retinere cùm fieri possit vt dominium habeat & retineat etiam is qui non possidet. Detinere tamen dominium is tantùm dicitur qui rem ipsam detinet ac possidet. Eo namque verbo factum magis quàm ius significatur *l. stipulatio ista 38 §. hæc quoque stipulatio versic. planè si tenere. D. de verborum obligation.* At obtinendi & retinendi verba magis ad ius referuntur. Ideóque dominium quod iuris non facti est obtineri per se potest & retineri sed non detineri sine possessione, quæ ex contrario facti magis quàm iuris est *l. denique 19 D. ex quibus caus. maior l. 1. §. si vir vxori D. de acquirend. possess.* Quid inquies, An non æquè verum est cùm res aliqua vni fuit vendita,

sed

ſed non tradita, alij verò & donata & tradita non modò potiorem eſſe in definiendo dominio eum cui tradita eſt licet poſſideat ex cauſa lucratiua, ſed etiã ſolum dominum eſſe acſi traditio ei facta eſſet ex cauſa poſterioris vẽditionis? Nunne donationis cauſa æque iuſta & legitima eſt ad transferendũ per traditionem dominium ac cauſa venditionis? Ita planè eſt *l. nunquam nuda 31. D. de acq. rer. dom. § per traditionem Inſtit. eodem.* Cur non ergo dicimus, Etiamſi nõ inter duos emptores, aut donatarios contendatur quibus ſingulis res tradita ſit, ſed inter emptorem qui prior emerit necdum tamen rem per traditionẽ acceperit, & donatarium cui ſoli tradita res fuerit, perinde tamen præferendum eſſe in dominio, & rei vindicatione donatarium acſi emptor ille eſſet, aut cum alio donatario non cum emptore negotium haberet? Aut quid prodeſſe poteſt emptori quòd venditorem ſuum obligatum habet ad tradendũ, cùm nec ſi traditio ſequeretur proficere tamen quicquam poſſet emptori ad dominium acquirendum, tanquam ab eo facta qui per traditionem iam alij factam dominus eſſe deſiiſſet? *d. l. qui tibi 6. Cod. de her. vel act. vend.* Sunt hæc omnia adeò vera vt nullus apud me dubitationi locus relinquatur quin donatarius cui ſoli res tradita eſt præferendus omnino ſit emptori cui res nunquam tradita fuit. Sed an & ei cui perinde tradita quidem res fuerit, ſed poſteriori licèt prior contraxerit? Sic quoque exiſtimo. Tunc enim præfertur prior venditor, tum quoque cùm emit à nondum domino, quando ei tradita res eſt eodem tempore vt *in l. ſi a Titio 72. D. de rei vindic.* quia plus poteſt traditio facta ab eo qui nondum dominus eſt, & qui poſtea factus dominus etiamſi nondum rem tradidiſſet, tamen implere venditionem cogeretur *l. ſi quis 46. D. de action. empt.* quàm quæ fit ab eo qui iam dominus eſſe deſiit. Ius ſiquidem ſuperueniens confirmare poteſt traditionem quæ ab initio nullum ius tribuere potuit, vt in *l. cùm res 5. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit.* At traditio quæ fit eo tempore quo iam nullum ius tradenti competit, effectum nullum habere poteſt. Nec repugnant Imperatores *in d. l. quoties,* vbi hæc ſpecies, vt dixi, non attingitur, Tantùm abeſt vt in contrariũ aliquid eo reſcripto conſtituatur. Quod enim ſubiiciunt de re duobus donata, eò tantùm pertinet, vt intelligamus dubitari non poſſe, quin ex duobus emptoribus is præferri debeat cui priori res tradita eſt, Cùm in duobus donatariis idem obtineat In quibus tamen potuiſſet quis non immeritò exiſtimare aliud dicendum eſſe, ob illam iuris regulam quæ habet, Quoties vtriuſque cauſa lucri ratio vertitur eum præferendum eſſe, cuius in lucro cauſa tempore præcedit *l. quoties vtriuſque 68. de reg. iur.* Cum enim facta pluribus donatione eiuſdem rei vterque cauſam lucratiuam habeat, & cauſa lucri ſit donatio, conſequens videtur, vt qui prior donationem meruit præferendus ſit, licèt non priori ei tradita res proberur, ſed intelligi debet illa regula cæteris paribus. Cætera autem non ſunt paria, cùm donatario poſteriori tradita res prius fuit, quia traditio à domino facta dominum facit accipientem, & conſequenter impedit ne alius donatarius quantumuis prior tempore in titulo donationis fieri dominus ex ea donatione vnquam poſſit, Nec ſi mille eidem res tradatur ab eodem donatore qui iam dominus eſſe deſierit. Quòd ſi inter ipſos quoque donatarios id obtinet, vt poſterior cui prius tradita res eſt præferatur priori, Quantò magis idem dicendum erit in pluribus emptoribus cùm poſterior emptor cauſam habeat oneroſam, tantòque minùs ferendum ſit, vt ei res auferatur cuius dominus eſſe cœpit? Nam etſi ſecunda venditio in fraudem creditorum facta eſſet à venditore, non aliter tamen auferenda res eſſet poſteriori emptori per creditores fraudatos agentes reuocatoria poſt impetratam ex edicto poſſeſſionem & diſtractionem bonorum venditoris, quàm ſi emptor hic poſterior fraudem cum venditore participaſſe probaretur: Cùm tamen in eo qui non niſi ex donationis cauſa rem ſibi traditam poſſideret, indiſtinctè admittendum eſſet eo caſu auferendam ei rem eſſe, non quidem per vindicationem, & propoſita quæſtione dominij, ſed per reuocatoriam, ſecundum ea quæ in ſuperioribus diſputauimus *ex d. lege quod autem 7. §. ſimili modo & l. vltima §. ſi à ſocero ad fin. D. quæ in fraud. credit.* Cæterùm non probat ea res quin tam fauorabilis cauſa eſſe debeat donatarij cui priori res tradita eſt contra emptorem anteriorem, cui vel nunquam, vel non niſi poſteriori tradita fuerit, quàm eſſet contra donatarium qui prior donationem meruiſſet, nunquam tamen vel non niſi poſterior rem per traditionem accepiſſet, Sed quia tam multa dicere cœpimus, De re pluribus vendita vel donata circa interpretationem *d. lege quoties decimaquinta Cod. de rei vindic.* paulò diffuſiùs tractanda res eſt, vt conſtare poſſit quid nobis de tota illius legis ſententia videatur. Eſt enim lex ſatis difficilis & malè ab interpretibus tam veteribus quàm recentioribus explicata, & quæ mihi videtur egere aliqua emendatione.

ANTONII

ANTONII FABRI I.C.

Decas octogesimaseptima.

ERROR PRIMVS.

De sententia & variis interpretationibus l. quoties 15. C. de rei vindic.

PONVNT Imperatores *in l. quoties 15. C. de rei vind.* distractum ab eodem venditore fuisse prædium pluribus emptoribus in solidum: quod idem esse putat Accursius, ac si dicerent distractum fuisse separatim & diuersis temporibus quasi fieri nequeat vt eodem tempore vendatur eadem res pluribus, ita vt vendatur singulis in solidum, quia cùm plures simul emunt & eodem contractu, necesse est vt emant coniuncto dominio, id est pro sua quisque & dimidia parte vt *in l. 2. C. pro socio.* Hic verò primus mihi videtur error Accursij & Accursianorum in huius legis explicatione. Sic enim proculdubio intelligi Imperatores debent, vt eodem tempore eadem res fuerit vendita duobus in solidum. Addique postrema hæc verba necesse fuit ad excludendum illum casum quo duobus simul quidem & eodem tempore fundus esset venditus, sed non in solidum. Eo siquidem casu non singulis in solidum, sed pro virili cuiusque portione venditus intelligeretur *l. reos 11. §. cum tabulis. D. de duob. reis. l. fundus ille 64. D. de cont. empt.* Adiecta vero illa verba *in solidum*, cùm ita sint accipienda, non vt vtrique simul, sed vt singulis & vnicuique in solidum venditio facta sit, faciunt sanè vt duo correi ex causa emptionis constitui esse videantur. Nemo enim dubitat quin verum sit quod Papinianus scribit *in l. eandem 9. De duob. reis*, non tantum verbis stipulationis posse fieri duos reos promittendi, sed & cæteris contractibus, Veluti emptione, inquit, venditione, locatione, conductione, deposito, & commodato. Quomodo autem fieri possent duo correi debendi ex causa emptionis nisi fierent en casu quo venditio eiusdem rei duobus simul facta sit in solidum? Nisi fortè poneres omissam quidem adiectionem hanc *in solidum*, sed in eius vicem adiectum fuisse, *ita vt duo correi emendi essent, vt in d. §. cum tabulis.* Quæ verba sunt certè aperciora, sed non aptiora ad constituendos correos emptionis, quam cùm venditio eiusdem rei duobus simul facta est in solidum. Nam & iis verbis casus etiam ille excluditur, quem Accursius solum includi putat, quo facta sit venditio pluribus separatim. Quisquis enim pluribus vendit separatim & diuersis contractibus, is haud dubiè semper in solidum singulis vendere intelligitur, nisi expressim dicat se partem vni vendere, partem alteri *l. qua nondum 55. § qui res suas D. de pign.* Eamque ob causam Paulus *in l. qui duob. 21. D. ad l. Cornel. de fals.* tractans de eo qui propter venditam duobus in solidum eandem rem incidit in legem Corneliam de falsis, addit *diuersis contractibus.* quoniam is qui eodem contractu eandem rem duobus in solidum vendit, neque pœna falsi, neque alia vlla coercetur, cùm eo modo nihil faciat illicitum, sed duos sibi acquirat correos ex causa emptionis, quod vtique facere licet. Quòd si Paulus *in d. l. qui duob.* non adiecisset verba illa *in solidum*, sed simpliciter locutus fuisset de illo, qui duobus eandem rem vendidit, vtique nec illa adiecisset *diuersis contractibus*, quia cùm dicimus aliquem duobus vendidisse, nec aliud adiicimus, satis hoc ipso vtrúque significamus, quòd & separatis contractibus vendiderit, & vnicuique in solidum. Sed sicut adiectio illa *diuer. contr.* necessaria est, cum ponimus eandem rem duobus venditam esse in solidum, ne duo correi debendi ex causa emptionis constituti existimentur, Ita & contrà iis verbis necessaria est adiectio *in solidum*, vt appareat id actum fuisse, vt duo correi debendi constituerentur, non autem vt res vendita vnicuique ex emptoribus pro virili tantum ipsius portione acquireretur. Itaque sicuti non probo quod Accursius ad hanc legem & Iacob Cuiacius *lib. 18. obser. c. 31.* putant intelligendum esse rescriptum hoc de re pluribus separatim & diuersis temporibus vendita, Sic neque quod aliis quibusdam placet de ea venditione intelligi debere, quæ pluribus facta sit simul tantum, id est non addicto eo *& in solidum*, quoniam omissa illa adiectione fatendum esset, non nisi viriles partes singulis venditas videri, Qui casus non reciperet dubitationem & quæstionem illam quæ in hac lege proponitur, Vter ex emptoribus potior esse debeat in detinendo & vindicando dominio: Quandoquidem esset vterque non tam potior, quam solus dominus in sua quisque portione, nec in alterius parte quicquam iuris ex causa emptionis habere alter posset, qui eam non emisset. Neque tamen hoc quod dicimus, Posse duobus simul eandem rem in solidum distrahi, & ex ea causa emptionis duos debendi correos fieri, sic accipiendum est, quasi perinde fieri possit vt & dominium & possessio rei venditæ vtrique emptori separatim in solidum acquiratur. Nec enim aut dominium, aut possessio duorum in solidum esse potest *l. si vt certo 5. § si duobus vehiculum D. commod.* quia nec traditio per quam & possessio, & cum possessione dominium acquiritur fieri pluribus simul in solidum potest, Licèt vel vtrique simul fieri simpliciter possit, vel vni tantùm nomine tamen vtriusque: quod cùm fit, vterque quidem possessor fit & dominus, sed coniuncta possessione & coniuncto dominio vt loquuntur iidem Imperatores *in d. l. 2. C. pro socio.* Nempe aliud est sic vendi eandem rem pluribus in solidū, vt vnusquisque ipsorum emptor sit in solidum, ex eaque causa solidum pretium debere incipiat, ac si solus emisset. Aliud verò sic, vt vnusquisque in solidum & possessor & dominus fiat: Et quemadmodum potest quid nobis deberi ex pluribus causis, licet nostrum esse ex pluribus causis non possit *l. non vt ex pluribus 159. de regul. iur.* Ita nec quicquam vetat pluribus eandem rem in solidum ex causa venditionis deberi, & è contrario plures in solidum debere singulos pretium eius rei quam simul & in solidum emerint, Quæ tamen singulis acquiri simul in solidum non possit. Proinde cum dicimus factos esse duos pluresve correos emēdi non ad ius dominij vel possessionis respicimus, sed ad ius tantum obligationis & actionis quæ ex eiusmodi contractu nascitur, sicuti & cùm dicimus factos duos correos

debendi ex causa commodati non de transferenda in eos omnes & singulos in solidum possessione intelligimus, sed de vsu singulis in solidum acquirendo, ita vt alter per alterum vti videatur, & alter per alterum agere quoque & conueniri *d. §. si duobus, cum legib. seq. D. commod.* Similiter igitur dicendum est, Cùm duobus simul & in solidum idem prædium iure distractum est, habere quidem singulos ius agendi contra venditorem, vt prædium quod vendidit tradat in solidum ei qui solus & primus agit, si non iam id alij tradiderit, Sed tamen non ideò fieri posse vt vtrique simul & vnicuique ipsorum tradat in solidum, non magis quam vt vtrumque separatim faciat dominum in solidum aut possessorem. Quod cum ita sit, necesse est, vt si consentiant in traditione hactenus vt vel vtrique res tradatur, vel quod effectu idem est, vni quidem sed vtriusque nomine, coniungantur in possessione & dominio ac vnusquisque pro dimidia parte & possessor & dominus factus esse intelligatur *d. l. 2. C. pro socio. l. huiusmodi 84 §. vlt. de legat. 1.* Si verò dissentiant, & petat quisque sibi soli & in solidum rem tradi, quia pluribus sic tradi non potest, locus sit gratificationi & electionem habeat venditor cui tradere malit *argument. l. vltim in princip. D. de relig. & sump. fund.* & quidem impunè, id est, ita vt eum vni tradiderit etiam inuito altero correo emptionis, ab altero tamen correo liberatus sit, neque conueniri ad tradendum amplius possit, quando quidem ita fecit ea lege & natura venditionis, quam pluribus simul & in solidum fieri contrahentes voluerint. Sic verò impleta fide contractus, vt venditor distractum prædium vni tantum ex emptoribus tradiderit, eique accipienti in solidum suo solius nomine, cùm nulla possit esse querela alterius emptoris cui tradita res non est aduersus venditorem, cui nihil obijci aut imputari potest, sola inter emptores ipsos quæstio superesse potest, quis in causa dominij & vindicationis potior esse debeat, siue alter ipsorũ possideat & conueniatur à correo emptionis, cui nunquam tradita res fuerit, siue neutro possidente ambo agant rei vindicatione contra possessorem tertium, quisquis alius ille sit. Rescribunt itaque Imperatores ad vtrumque caput huius quæstionis, vt puto: Et quidem ad primum, prioribus illis verbis legis *Quoties duobus in solidum prædium iure distrahitur, manifesti iuris est eum cui priori traditum est in detinendo dominio esse potiorem.* Quæ sententia quamuis aperta videatur, multa tamen continet quæ interpretes vel non obseruant vel malè explicant: Atque imprimis dictionem illam *iure* quam Accursius noster varijs donat interpretationibus *Iure*, inquit, *in præiudicium venditoris cum teneatur vtrique.* Parum subtiliter Fieri namque potest, vt quis nullo iure rẽ siue suam siue alienam distrahat, nec eo minus tamen imò tantò magis obligetur ad pretij restitutionem vt *in l. 2 C. si vendit. pignor. agat. l. si quidem 11. l. vtero 24. l. si prædium 6. C. de præd. minor. l. sua res 16. l. rem alienam 28. D. de contr. empt.* Addit *vel iure, id est non dolo.* Æquè malè. Dolus enim non iuris, sed facti est, ideóque probari debet ab eo per quem allegatur *l. dolum 6. C. de dolo l. quoties 18 §. 1. D. de probat.* Eademque ratio facit vt illa quoque interpretatio reijcienda sit, quam subiungit *iure id est bona fide.* Nam & facti non iuris est illa quæstio, An bona fide venditio facta sit necne, cùm & bona & mala fides inducatur ex scientia vel ignorantia rei alienæ vt plurimùm, Et mala fides quidem ex scientia veritatis, bona fides verò ex aliquo errore probabili *l. qui fundum 7. §. qui bona fide. D. pro emptor.* Subiungit *vel sine dolo secundum quosdam.* Quam interpretationem Cuiacius quoque supradicto loco secutus fuit, quæ tamen omnium improbabilissima est. Qui enim dicit Venditionem iure factam esse, dicit quid affirmatiuum, & vt loquuntur, positiuum: Qui verò dicit *sine dolo malo*, negatiuũ quid & simplex abnutiuum, vt Paulus loquitur *in l. inter stipulantem 81. in princ. D. de verb. oblig.* Nec sane quicquam vetat fieri venditionem sine dolo malo quæ tamen non iure fiat, puta si qua res sit quæ iure impediat venditionem, & quam tamen venditor ignoret. Veluti si putet se verum tutorem aut procuratorem cùm non sit. Si enim tanquam talis vendat, equidem vendit sine dolo malo, sed non iure quia ius vendendi non habet, quamuis putet se habere *l. bonæ fidei 109. De verb. sign.* Nec iuuare potest hanc interpretationem quod affert Cuiacius *ex l. si ea res 31. §. vlt. De ædil empt.* in illis verbis *cum empt. venditioque sine dolo malo fieret.* Perinde namque errare te dicam, si ea verba sic explices, ac si scriptum esset *cum empt. venditioque iure fieret* nec vnquam patiar, vt ista pro synonimis vsurpes *iure* & *sine dolo malo.* Præter id quod supradicta illa verba, quæ retulimus *ex d. §. vlt* mihi valde suspecta sunt, nec immerito vt ex sequentibus apparebit. Postrema interpretatio Accursij est *vel iure quantum ad vendentis præiudicium. Non autem iure, quia iure incidit in leg. Corneliam de falsis, vt D. ad leg. Cornel. de fals. l qui duobus.* Secundum quam interpretationem admittendum esset eandem venditionem dici factam iure & non iure: Quod ferendum non est, ne quidem diuersis respectibus. Ius enim semper & vbique ius est, ac sui simile, nec vnquam secum pugnat. Sed præcipuus error Accursij in hac interpretatione ille est, quod putat Imperatores de ea venditione tractare quæ lege Cornelia de falsis coercetur, quod non ita est. Lex enim Cornelia, vt iam diximus, non punit eum qui duobus vendit eandem rem simul & in solidum de qua Imperatores loquuntur, sed eum tantum qui duobus vendit in solidum quidem, at diuersis contractibus, *d. l. qui duobus.* Ex quo moneri tanto magis Accursius debuit, ne legem hanc quæ ponit iure factam esse venditionem de eo venditore intelligeret, qui eandem rem diuersis temporibus vendidisset. Quamquam in hoc etiam errat, quod putat eo casu quo idem venditor eandem rem duobus vendiderit diuersis contractibus, non videri iure factam esse venditionem. Cùm enim facta sit ab eo qui vendendi ius habuit etiam posteriori emptori nondum tradita re anteriori, quia quandiu non tradidit, verum est perseuerasse illum dominum. consequens est, vt iusta venditio dicenda sit. Alioqui non transferretur ex ea dominium in secundum emptorẽ *l. nunquam nuda 31. D. de acq. rer. dom.* quod tamen transferri certũ est *d. l. qui tibi 6. C. de her. vel act. vend. l. 3. C. de his qui à non dom manum. sunt* Neque verò lex Cornelia de falsis huic vẽditioni resistit, vt eam fieri prohibeat, quod si esset vtique fieri illa iure non posset, sed factam punit, non tamen irrogata pœna venditioni aut secundo emptori nec si eãdem rem iam alij venditã esse sciuerit, sed venditori qui certè dolo carere non potest eandem rem duobus vendens in solidum diuersis contractibus *d. l. qui tibi.* Debuit ergo Accursius dicere, quod iam attigimus, Eam demum venditionem iure fieri, quæ fit ab eo qui ius vendendi habet, siue dominus ille sit, siue non sit Interdum namque euenit, vt qui dominus est, non possit vendere, Interdum etiam vt qui dominus non est vendendi tamen & alienandi ius habeat, vt pluribus docet Iustinianus *in tit. Quib. alien. licet vel non Instit.* Ideò autem necesse fuit tractare Imperatores de venditione iure facta, quia consulti erant de iure dominij & vindicationis quæ soli domino competit, Dominium verò non ex qualibet venditione transfertur per traditionem, sed ex ea tantum quæ sit iusta *d. l. nunquam nuda.* Iusta porro esse non potest ea quæ non fit iure.

ERROR

ERROR II.

Ad l. qui tibi 6. C. de hared. vel act. vend. l. sine autem 9. §. si duobus Publ. in rem act.

SEmper mihi in hac lege verba illa *manifesti iuris est*, [illegible] apparet non de obscuro & dubio aliquo [illegible] in hac lege Imperatores, sed de eo quod certissimum sit & manifestissimum, Ac proinde nihil causæ esse [illegible] cum Cuiacio comminisci debeamus tractari illos hic speciem aliquam, quæ sit abstrusior & difficilior, quam ea sit de qua eidem Impp. rescripserant *in d. l. qui tibi 6. C. de hared. vel act. vend.* quæ vulgatis interpretibus [illegible] explicatio est. Tractat enim illa lex de eo qui post venditam hæreditatem vni venditam, alij vendidit postea rem aliquam hæreditariam. Et ait, Etiam vendita hæreditate, antequam tamen res hæreditarias traderet, perseuerasse ipsum dominum, & ideò vendendo eas aliis transferre dominium potuisse, sed quoniam fidem contractus fregit, consentaneum illum actione ex empto quanti emptoris interest præstare cogendum esse. Quid verò manifesti iuris esse aiunt Imperatores? Ex duobus emptoribus quibus in solidum idem prædium in rediftractum fuit eum cui priori traditum est in detinendo dominio esse potiorem. Hoc vero Accursius noster illud ipsum esse putat, quod rescriptum est in *d. l. qui tibi*. Rationem enim affert quòd venditor remanserit dominus etiam post primam venditionem. Vt proinde posteriori emptori cui prius tradidit dominum facere potuerit. Nimirum supponit ille quod nos refutauimus factam esse duplicem venditionem separatis contractibus, nec vtrique tamen traditum fuisse prædium, sed posteriori tantùm emptori. Nam si priori prius quoque traditum esset, dubitandi causa penitus nulla fingi posset, cur non potior eum esse oporteret eum qui non solum prior emisset, verùm etiam rei vindicatæ possessionē prior accepisset. At nos qui contra ponimus vnica duntaxat venditione distractum fuisse duobus prædium in solidū, factosque ex ea causa duos correos emptionis, non dicimus traditum fuisse prædium posteriori emptori, sed vni ex emptoribus, quisquis ille fit. Neuter enim aut prior aut posterior dici potest, cùm ambo & singuli eodem contractu in solidum emerint, quamuis necesse sit alterum ex iis priorem nominatum fuisse, alterum posteriorem. Ordo siquidē scripturæ non impedit causam iuris ac voluntatis quoties constat quid actum sit *l. cum pater 77. §. fidei tua de l. 2. iunct. l. nec enim 6. D. de sol.* In eo autem consentimus cum Accursio, quod non ponit vtrique traditū fuisse prędium, nec vni vtriusque nomine, sed vni tātum proprio suo nomine & in solidum accipienti. Non enim quod lex ait *cui priori traditum est* facere debet vt credamus vtrique fuisse traditum, priori vni, posteriori alteri. Sed potius vt vni duntaxat ex duobus, sed qui licet solus hac parte fuerit, prior tamen dici possit in comparationem non eius cui posteriori traditio facta sit sed cui etiam priori fieri potuerat si venditor voluisset cùm esset vt diximus gratificationis aut saltem præuentionis locus. Quamquam & in *l. sine autem 9. §. si duob. D. de public. in rem act.* vbi ea ipsa species tractatur, quam interpretes tractari putant *in d. l. quoties* de re duobus separatim vendita, & quidem qui vterque bona fide emerint, sed à non domino, vt proinde non de vindicatione quæri [illegible] de qua [illegible] quæritur *in d. l. quoties*, sed tantum de Publiciana [illegible] magis Publiciana vti possit, Vlpianus [illegible] hæc verba scribit *vtrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit.* Quibus tamen postremis verbis si quis significari putet non fuisse rem traditam vtrique emptori, sed alteri tantum, & emptoribus emisse tantum, id est ita contraxisse vt prior quidem emerit, sed tamen rem emptam nunquam per traditionem acceperit, is certè meo iudicio errauerit. Omnino enim recipienda est hac parte, vt ego quidem arbitror licet ex supradictis Vlpiani verbis aliquantulum aliena videatur interpretatio Cuiacij quia ea verba sic accipit, ac si scriptum esset *an is qui tantum emit prior*, id est qui prior fuit in emendo tantum non etiam apprehendenda possessione. Agitur enim eo loco de actione Publiciana quam certum est nunquam competere emptori qui tantum emerit quātumuis bona fide si non etiam possessionem re acceperit per traditionem & quidem bona fide *l. 1. & 1. l. sed et si 7. alias l. eum qui §. vlt. alias l traditionem eod.* Et Vlpianus ipse ponit eum cui priori res tradita fuit, ita sed qui tantum emerat possidere tantum [illegible] ditam, cum sic distinguit vt dicat siquidem ab eodem non domino emerint ab eodem non domino potiorem esse illum cui priori res tradita est, Quod si a diuersis non dominis meliorem causam esse possidentis quam petentis, Sensus enim est, Etiamsi ei qui prior tantum emerat posteriori tradita possessio sit, vincere tamē illum debere si possideat eo tempore quo actione Publiciana vtitur is cui priori tradita res fuit. Eo scilicet iure quo cæteris paribus vincit possessor quilibet hoc ipso quo possidet *l. 2. D. vti poss.* Contra quoque si anterior emptor agat Publiciana aduersus posteriorem, quem tamen ponimus priorem apprehendisse possessionem, quod facilè potest euenire si quo casu possessionem illam sibi quæsitam amiserit, cum quisquis agit Publiciana eum necesse sit & possedisse aliquando, & possessionem suam subinde sine vllo facto suo amisisse æquè vincere eum debere cui priori tradita res est, si possessionem quā medio tempore amiserat nunc recuperauerit, & hodie possessor sit. Vincet enim non quia possessio ei priori tradita sit, sed quia hodie possidet: Quia ratione vinceret, etiamsi in possessione apprehendenda prior non fuisset. De quo plura in sequentibus dicemus. Neque tamē valde repugnabo si quis pertinacius volet cōtendere Imperatores *in d. l. quoties*, cum quoque casum tractare quod prædium duobus iure venditum vtrique traditum sit, Dummodo ponamus post traditionem factam ei qui posteriore loco traditum fuit, possessionem ad eum cui priori traditio facta fuerat redijsse. Ponūt namque Imperatores esse illum possessorem cum sic loquūtur *in detinendo dominio esse potiorem*. Nec admitti potest quod Accursius notat in verb. *potiorem*, siue agat siue conueniatur. Etsi enim non nego quod Accursius dicere voluit, Eum cui priori res à domino tradita est potiorem esse debere in causa & quæstione dominij siue agat, siue conueniatur. Nego tamen hāc interpretationem conuenire verbis rescripti, quæ dicunt potiorem illum esse in dominio detinendo Nec enim dominium dici potest detineri nisi ab eo qui rem ipsam possideat, quia sicuti per possessionem vt plurimum acquiritur, ita non nisi per possessionem detinetur, cum sit iuris, possessio autē & detētio ipsa facti. Quamuis etiā sine possessione, & amissa quoque ea retineatur, vt alio loco supra disputauimus. Quod & Accursius ipse presētiens cogitur interpretari de possessione quod lex ait de dominio, Valde improbabiliter, Dominij siquidem & possessionis sicut nomina, ita & iura sūt omnino separata *vulg. l. natur. 12. §. nihil comm. D. de acq. poss.* Ac tametsi minus nouum sit vt verbo possessionis propterea significetur *l. interd. 78 de verb. sig.* repugnāte

 Tt 2 licèt

xcet sermonis puritate vt constat *ex l. quæstio est* *c. 11. eo. tit.* Inauditum tamen est vt dominium discernant vnquam prudentes vel Imperatores pro possessione. Nec melior Placentini interpretatio est supra dicta verba accipientis de domino præsumpto, quæ haud dubiè accipienda sunt de vero. Quidni enim verus dominus ille sit, cui ex causa iustæ emptionis traditio est, a vero domino? Atqui verus dominus fuit venditor eo tempore quo rem tradidit vni ex emptoribus nondum alteri traditam, licet vtrique venditam. Quandiu enim nulli tradidit, vtique dominus ipse perseuerauit, tametsi eam rem separato contractu alij antea vendidisset. Admittendum igitur necessariò est, in detinendo vero dominio potiorem illum esse cui priori res tradita est, siue soli ei tradita sit, siue alij etiam postea. Nam quod adiicit Accurs. vice nouæ interpretationis *vel constabat vendentem dominum esse* prorsus ineptum est. Neque enim de dominio aut detinendo aut vindicando tractari oporteret si venditio à non domino facta proponeretur sed tantum de possessione, vel de quasi dominio. Nec de directa & ciuili rei vindicatione, sed de prætoria quæ Publiciana appellatur, de qua *in d. l. siue autem 9 § si duob. De publ. in rem act.* Tractari autem ab Imperatoribus in hac prima rescripti parte casum illum quo is cui siue soli siue priori tradita res est idem possessor inueniatur, vt non de vindicando dominio laborandum habeat, sed tantum de eo detinendo & aduersus vindicantem defendendo. Ex eo intelligimus quod in altera & posteriore rescripti parte ita scribunt *cùm et si ex causa emptionis* (sic enim legendum esse non *donationis* in sequentibus ostendemus) *vtrique dominium rei vindicetis, eum cui priori possessio soli tradita est haberi potiorem conueniat.* Sic enim argumentantur Imperatores, vt eum cui priori possessio rei venditæ tradita est multo magis in detinendo dominio potiorem esse oporteat, cum etiamsi de vindicando eius rei dominio ageretur, eundem tamen præferri oporteret. Qui enim potior est etiam ad agendum, cur non multo potior sit ad defendendum? Nempe consulti erant Imperatores ab eo ex emptoribus, cui priori tradita res fuerat, quique cùm ex ea causa rem possideret, conueniebatur à correo emptionis directa rei vindicatione, Non tamen in solidum. Quo enim colore id faceret? Sed pro parte, Eo scilicet prætextu, quasi traditio vni facta eius rei quæ duobus vendita esset in solidum vtrique emptori prodesse deberet, ad transferendum coniunctim dominium in vtrumque, quod in singulos in solidum transferri non potuit: Ac sanè ita esset si traditio vni quidem, sed vtriusque nomine facta probaretur. Nec enim quicquam vetat traditionem vni fieri nomine alterius, ita vt etiam per liberam personam possit acquiri possessio & per possessionem dominium etiam ignoranti *l. si procurator 13. l. traditio 20. § vltim. D. de acquir. rer. domin. l. per procuratorem 8 C. de acquir. poss.* Sed præsumendus qui que est nomine suo fecisse potius quam alieno id quod vtroque iure facere potuit *l. & magis 4. D. de solut.* nisi enim tenerentur facere etiam alieno vt *in l. vlt. D. quand. ex fact. tutor.* Et is qui consulebat Imperatores in specie *d. l. quoties* proponebat non modo priori sibi traditam fuisse possessionem, sed etiam soli. Hic enim videtur sensus esse eorum verborum *cui priori possessio soli tradita est* in confirmationem eius quod initio posuimus. Non vtrique emptori, sed alteri tantum fuisse in ea specie traditam rem venditam, Nec enim soli tradita dici posset, quæ vni esset tradita vtriusque nomine, fatendum esset acquisitam eo casu esse rem vtrique coniuncto dominio vt in *l. 2. C. pro socio*, quia cùm de rei dominio quæritur non tam cui vendita res sit quam cui & cuius nomine tradita inspiciendum est *l. si pater 8 d. l. si aream 11. C. de action. empt.* Etsi non ignoro posse dici Imperatores supradictis verbis *possessionem soli* dixisse pro possessione prædij. Soli enim res dicuntur omnes, quæ sunt immobiles. Sed tamen videtur aptior esse superior interpretatio, præsertim cum in præcedentibus dixerint *dominus rei* non *dominium prædij* vel *soli*. Expeditius nanque fuisset scribere *possessio eius.* Quamuis parum referat an ponamus ei soli traditum fuisse prædium cui priori traditum est, an alteri quoque sed posteriori. Semper enim verum erit potiorem forè in dominio, siue detinendo siue vindicando eum, cui res tradita fuerit, siue soli, siue non soli, dummodo priori.

ERROR III.

De interpretatione Cuiacij ad d. l. quoties, & ad l. si à Titio 72. D. de rei vindic.

NOn tamen feram vt probes eum Cuiacio vtrique emptori fuisse rem traditam, sed vni priori, alteri posteriori ex eo quòd lex eum quoque casum tractat, quo res vtrique donata sit quasi donatio includat traditionem, nec possit vtrique donata esse eadem res, quin vtrique facta sit traditio. Etenim præter id quod iam monuimus subesse mendum in verbo *donationis* & reponendum *emptionis*, vt postea probauimus, falsum etiam est quod ille supponit donationis nomine traditionem quoque significari, cum sit notissimum non tantum traditione perfici olim potuisse donationem, sed etiam stipulatione *l. Papinianus 23. D. de donat. int. vir. & uxor* sicut hodie nudo etiam pacto, post *l. si quis argentum 35. §. vlt. C. de donat.* Sed parcendum est viro doctissimo, qui vt nouam suam interpretationem tueretur, necesse habuit minutias istas verborum sectari, & vndequaque argumenta corrogare. Noua autem eius interpretatio hæc est, vt rescriptum illud accommodetur ad eam ipsam speciem quæ tractatur dilucidius *in l. si à Titio 72. D. eod. tit. De rei vindic. l. 2. De except. rei vend. l. 4. § si a Titio 32. De doli mal. except.* De eo qui eandem rem duobus separatim non solum vendiderit, sed etiam tradiderit, Et quidem priori emptori prius, Posteriori verò posterius, sed priori eo tempore quo nondum erat dominus is, qui vendebat, Posteriori autem post adeptum eius rei dominium. In qua specie placet prudentibus eum cui priori res tradita est, quamuis à non domino potiorem esse illo cui posteriori & vendita, & tradita sit à domino. Cur verò hanc speciem conquirit Cuiacius, ex eaque interpretatur rescriptum, cum in rescripti verbis nihil sit ex quo possit colligi, Fuisse priori traditam rem à non domino, postea vero dominium obuenisse venditori, subindeque post acquisitum ex nouo iure dominium alteri venditam rem & traditam fuisse? Nimirum inquit, vt difficilius aliquid, Addamus, & communi hominum sensu remotius, rescripsisse Imperatores videantur. Probo sanè consilio nec improbando, si non longius petita esset interpretatio, ac nisi verba repugnaret: Primum illa *prædium iure distrahitur.* Non enim iure distrahitur prædium quod distrahitur à non domino qui vendendi ius nullum habet, siue bona siue mala fide distrahatur. Nullo enim iure vt vendat necesse est, quisquis distrahendi ius non habet *lege 5. & 2. C. si vendit. pignor. agat. l. priusquam 8 l. qui à creditore 18. C. de distract. pigno.* Item illa *in detinendo dominio.* Nam cum fieri nequeat vt dominium transferatur per traditionem factam à non

domino

domino, quia est in vulgari iuris regula, nemo in alium plus iuris trăsferre potest quam ipse habeat. Illud quoque consequens est, vt nec in detinendo dominio potior dici possit is, qui dominium nunquam habuit. Fateor æquius esse, vt eum Prætor tueatur, vt scriptum est *in d. §. si à Titio.* Sed quo iure? An data ei directa & ciuili rei vindicatione? Minimè, quia nunquam datur illa non domino. Et cum competit, non tuitione prætoria competit, sed ipso iure, neque ex æquitate, sed ex meri iuris rigore: sed datā illi Publiciana in rem actionē quæ vt diximus Prætoria & vtilis rei vindicatio est, Nimirum si nō ipse possideat, sed alius, siue cui posteriori eadem res & vendita sit & tradita, siue possessor quilibet. Nam si ipse possideat, quamuis exceptione dominij se defendere non possit, neque contra venditorem suum, aduersus quem vtilis ei futura est exceptio rei venditæ & traditæ *d. l. 2. & l. 1. De except. rei vend. & trad.* Neque contra tertium qui ab eodem venditore iam facto domino ius habere cœperit, quia verū est dominum eum non esse, Iuuandus tamen est exceptione in factū de qua *in d. §. si à Titio.* Ex eadē scilicet æquitate quæ induxit Publicianam, vt cui Prætor actionem dat multò magis det exceptionē *l. 1. §. si autem D. de superfic.* Sic enim argumentatur Vlpianus *in d. l. si à Titio & d. §. si quis à Titio* post Pomponium *in d. l. 2 de except. rei vendit.* vt si prior emeris à Titio fundum, cuius tum non erat ille dominus, cumque tibi Titius tradiderit, postea verò factus dominus eundem fundū vendiderit & tradiderit Mæuio; Tueri te Prætor debeat contra Mæuium, id[eo] quia etsi ipse Titius fundum hunc à te peteret, exceptione in factū cōparata, vel doli mali summoueretur. Et, si ipse eum possideret, & Publiciana peteres aduersus excipientē de dominio *si suus non esset*, replicatione vteteris. In factum scilicet cōparata vel doli mali, vt per hoc intelligeret Titius, eum fundum se rursum vendidisse, quem in bonis amplius non haberet. Cùm Publiciana detur eo colore quasi iam vsucapta sit ea res, quæ vendita tantū & tradita necdum tamen vsucapta est, *§. namque. Inst. de act.* Vnde apparet *in d. l. si à Titio*, quæ eiusdē Vlpiani est, & in eadem ratiocinatio continetur, male positam esse virgulam post verbum *exceptionē* quæ ponidebuit post dictionem *dominij* hoc modo, *Sed etsi ipse possideres & tu peteres, aduersus exceptionem dominij, replicatione vteteris.* Exceptio enim illa dominij, quā nō potest Prætor ei denegare qui à vero domino emit remque sibi venditā ab eodem per traditionem accepit, non alia est quam cuius formula *in d. §. si à Titio*, si concipitur *si suus non esset* quæ dominij exceptio solet obiici Publicianæ *l. pen. D. de publ. in rem act.* si non aliqua æquitas vrgeat dandæ aduersus eam exceptionem replicationis. Hinc verò sumimus fortissim[u]m argumentum contra interpretationem C[uia]cij, qui eam Imperatorum sententiam esse vult vtroque emptore fundum vindicante à venditore, tam [e]o q[ui] prior emit & possessionem accepit à non d[om]i[n]o quam eo qui posterior à domino emit, ab [e]o que sibi traditam rem accepit, Priorem esse po[ti]orem qui & ipse si fundum obsideret obtent[u n]o[n] d[ato]rum instrumentorū, vel quo alio colore vindicantem venditorem excludere t; Quasi sensus ille sit eorum verborum *obtentu non datorum instrumentorum expelli te possessione non patietur.* Parum a[p]te. Nam neque obtentu non datorum instrume[n]torum neque alio colore vllo indiget venditor q[ui] rei venditæ dominus reperitur eo tempore [q]uo agit & eam dominij iure vindicat, Cum ei mero & stricto iure competat vindicatio, quam ideo necesse est, vt diximus, elidi per exceptione[m re]i venditæ & traditæ *d. l. 1. & tot. ill. tit. De*

except. rei vendit. & tradit. Idque adeo verum est, vt si venditor eam rem, cuius nondum dominus erat, vendiderit tantum non etiam tradiderit posteaque dominus factus sit, liberum ius habeat rei vindicādæ, id est sine metu vllius exceptionis, quia neque exceptio vlla est Rei venditæ, nisi addas, & traditæ Vt vel ex eo intelligere liceat, quam falsum sit quod volunt int[e]rpretes, Posse cogi venditorem præcisè ad hoc vt tradat, cum rei tradendæ facultatem habet, quando nec repellitur à rei quam emptor possidet rem vindicatione, si modo rem quam vendidit, nondum tradiderit. Tametsi verum sit eo casu teneri ipsum ad id omne quod interest emptoris ob ruptam fidem *arg. d. l. qui tibi 6. C. de hered. vendit. l. si ancillam 11. C. de act. empt.* quia ex fide bona est, vt cogatur implere venditionem, id est dominium quod acquisiit transferre in emptorem *l. si quis alienam 46. D. eod.* Itaque vel maximè ex supradictis illis verbis *obtentu nō datorum instrumentorum* intelligimus commentitiam esse interpretationem Cuiacij, nec de hoc casu Imperatores cogitasse: nec de venditore qui rem à seipso venditam & traditam vindicet, sed de emptore qui vel simul cum alio vel prior emerit possessionem; tamen rei emptæ vel nū[q]uam vel saltem posterior acceperit. Quem si obiicias, Nullo iure posse vindicare eam rem cuius nec sit, nec fuerit vnquam dominus, Fatebor sanè, sed dicam fieri persæpe vt etiam de facto vt aiunt quis vindicet eam rem, cuius vindicandæ ius nullū habeat: Quæ res facit vt summoueri debeat, & reus absolui etiamsi nullam proferat reus iustam causam possidēdi *l. vlt. C. de rei vindi.* quomodo & aliàs euenit quoties de facto magis quam de iure actio aliqua exercetur *l. nuda 5. C. de contr. & commit. stipulat.* Denique tractāt Imperatores non an emptores defendendi sint aduersus venditorem vindicantem, aut an sint audiendi, si rem iis venditam & traditā vindicare velint ab ipso venditore. Sed vter emptorum præferri debeat & potior esse siue in detinendo dominio si alter ipsorum possideat, siue in vindicando si ambo concurrant in vindicatione aduersus tertium aliquem instituenda. Et vtroque casu rescribunt pro eo qui primi soli tradita res sit, vt ostendimus. Quod vero addit Cuiacius, Traditionē factam priori emptori à nō domino posteà quæsito quandocunque dominio, perinde haberi ac si à domino facta esset *ex l. cum res 5. C. si alien. res pign. dat. sit*, falsū etiam est. Ita enim fieret, vt ei qui sic emisset danda esset vindicatio ciuilis & directa, cum tamen ex hac causa competat tantum Publiciana *d. §. si à Titio. & d. l. 2. de except. rei vend.* de qua proinde secundum interpretationem Cuiacij essent intelligendi Imperatores, quos tamen nemo nō videt tractare de ciuili & directa vindicatione. Nec magis eidem interpretationi conuenit quod idem vir doctissimus in hoc rescripto, *prædium iure distractum* illud intelligit quod distractum sit sine dolo malo. Ab eo scilicet, qui neque tradendo posteriori emptori dissimulauerit se priori alij iam vendidisse & tradidisse, neque falso affirmauerit se alij nulli vendidisse, sed ingenue professus sit se hæreditate fortassis aut quo alio iure dominium effectum vendere posteriori fundum, quem cùm se falsò eius dominium opinaretur alij iam vendiderat, & tradiderat. Illa enim professio ingenua quam interuenisse fingit Cuiacius, etsi venditorem excusare potest à dolo erga secundum emptorem, ne decepisse illum videatur, facere tamē nequit vt eum excuset à dolo erga primum emptorem cui fuit iure obligatus vt fundum traderet etiamsi nōdum tradidisset vt *in d. l. si quis alien.* Multò magis vt facta iam traditione, iterumque nata rei iam traditæ posses-

ſionem, rurſum eam traderet ad transferendum in emptorem dominium, quod ſuperueniſſet. Quanquam non nego quod vult Cuiacius Venditorē hoc caſu neque ſtellionatus neque legis Corneliæ de falſis pœnam incurrere, cùm poſteriorem emptorem non decipiat, cuius ſolius fauore, ac ne decipiatur, comparatæ ſunt actiones illæ criminales per quas ei decepto ſubueniatur. Non etiam fauore primi emptoris, qui ſiue à vero domino emerit cùm per traditionem dominus factus ſit, non poteſt dici deceptus qui contra ſecundum emptorem habiturus eſt vindicationem directam, ſiue à non domino emerit bona fide, cum eo caſu habeat Publicianam, quæ tantundem vtilitatis ei allatura eſt, quantum afferret ciuilis, & directa rei vindicatio ſiue denique a domino vendita quidem ei res ſit, ſed nondum tradita, quod caſu neque directam vindicationem neque Publicianam habere poteſt, ſatis tamen ei eſſe debet, quod pro conſequenda indemnitate habeat actionem ex empto in omne id quod ſua intereſt ob fidem ruptam *d. l. qui tibi & d. l. ſi aneilā.* Cæterum quomodo fieri obſecro poteſt, vt non ſit in dolo qui ob fidem ruptam conuenitur? An fortè fidem frangere quis poteſt ſine dolo malo? Sunt etiam qui aliam huius reſcripti afferunt interpretationem, putantque tractari caſum illum quo venditor qui duobus prædium iure diſtraxit vni quidē inſtrumenta quæ fortaſſis ab authore ſuo habuerat, tradiderit, Alium verò in vacuam prædij poſſeſſionem nullis ei traditis inſtrumentis induxerit, In qua ſpecie volunt ab Imperatoribus reſcriptum eſſe, Potiorem haberi debere illum ex emptoribus cui priori tradita poſſeſſio eſt, non eum cui inſtrumenta. Sed neque explicatio hæc defendi poteſt. Cum certiſſimi iuris ſit traditionem inſtrumentorum ad rem venditam pertinentium æquipollere traditioni rei ipſius venditæ, ſaltem eo caſu quo res vendita ſit præſens. *Ex l. 1. C. de donat.* vbi hoc ipſum Baldus notat, Addens intellectiuam vt ipſe loquitur traditionem tantum poſſe ad transferendum etiam dominium, quantum corporalem, ſicut ex traditione cautionis & chirographi etiam exactio debiti conceſſa mandataque intelligitur. Id enim eſt quod etiā vulgo noſtri iactitant, Eum qui habet inſtrumentū cenſeri habere mandatum *d. l. 1. l. Maurus 49. in pr. D. ſolut. matr. l. vlt. C. de pact. conuent. tam ſup. dot.* Ergo ſi ponamus ex duobus emptoribus quibus ſimul & in ſolidum idem prædium iure diſtractum ſit vni fuiſſe prius tradita rei inſtrumenta, alteri verò rem ipſam venditam fatendum eſt, tam in derinendo quam in vindicando domino potiorem eſſe debere illum, cui priori tradita ſunt inſtrumenta, cum per eam traditionem dominium non modò inſtrumentorum, ſed etiam ipſius rei venditæ ſit cōſecutus. Vereorque ne nō ſit ſatis probabilis ea Baldi diſtinctio & reſtrictio, quæ fuit primum Accurſij, ſed in qua Accurſius non conquieſcit, ſi res vendita ad quam inſtrumenta pertinent, ſit præſens. Quod tamen pluribus tractabit & docebit *Faber inſtitutor ad § interd. Inſt. de rer. diu.* Iam enim his fuimus lōgiores, necdum tamen legi huius inchoatam explicationem, tractatumque abſoluimus, Sanè ſi traditio inſtrumentorum nulla præceſſerit, non eò minus potior erit is cui tradita probabitur poſſeſſio abſque inſtrumentis, etſi inſtrumenta poſtmodum alij tradita proponātur. Nam inſtrumentorum traditio ſufficit quidem etiam ſola ad translationem dominij, ſed neceſſaria tamen non eſt. Et hic haud dubie verborum illorum ſenſus eſt *obtentu non datorum inſtrumentorum.*

ERROR IV.

De emendatione d. l. quoties.

VIdent omnes quotquot ad hanc legem ſcribunt interpretes, ſententiam Imperatorū quæ in prima reſcripti parte proponitur, eam eſſe quam & verba ipſa ſonant, vt quoties duobus eadem res in ſolidum vendita eſt à domino præferri debeat in dominij cauſa, & quæſtione is cui priori res tradita eſt. Nemo tamen obſeruat, cum hac ſententia pugnare manifeſtiſſimè quod ſtatim ſequitur in hac ipſa lege, *Si igitur antecedente tempore te poſſeſſionem emiſſe ac pecuniam exſoluiſſe apud Præſidem prouinciæ probaueris, obtentu nō datorum inſtrumentorum expelli te à poſſeſſione nō ſinet.* Quis enim alius verborum iſtorum ſenſus eſſe poteſt, quam hic, vt non alius potior eſſe debeat in retinendo dominio is qui prius accepit rem per traditionem, quam ſi probet ſe in emendo quoque anteriorem fuiſſe? Quid verò aliud hoc eſt quàm dicere, Non eum cui priori res tradita ſit, ſed qui prior emerit, potiorem eſſe? Accurſius vt fuit ſagax certè, ac perſpicax, abſurditatē hanc ſubodoratus eſt. Sed quaſi verba non valde repugnarent, attulit ille remedium adhibita interpretatione, ac verba illa *poſſeſſionem emiſſe* ſic explicat quaſi ſcriptum ſit, *rem poſſeſſam emptam per traditionem accepiſſe.* Sic enim ille verbo *poſſeſſionem.* Et ſubinde in verbo *emiſſe* id eſt, inquit, quaſi poſſeſſionem rei emptæ accepiſſe. Quæ tamen interpretatio certè improbabilior eſt, quam vt ferri vllo modo poſſit. Primum quia poſſeſſionem pro re poſſeſſa dicere, neque prudentes, neque Imperatores vnquam ſolent. Scio interdum proprietatem quoque poſſeſſionis verbo ſignificari, vt ſupra notauimus *ex l. interd. 78. De verb. ſignif.* vbi ait Paulus ita reſponsū eſſe in eo, qui poſſeſſiones ſuas legauerat, Sed ex vſu imperitorum id fieri contendo, vt *in l. 5. §. vlt. De ſuppel. legat.* non ex vſu prudentum aut Imperatorum, vt malè ne dicam imperitè Accurſius noſter legit *in d. § vlt.* pro *imperitorum.* Propterea ſiquidē poſſeſſio ab agro vel à prædio iuris proprietate diſtat, & quicquid apprehendimus cuius proprietas ad nos nō pertinet hoc poſſeſſionem appellamus, Iauoleno teſte *in l. quæſt. eſt 115. De verb. ſignific.* Quis ergo credat, tam impropriè loqui Imperatores voluiſſe, vt tractantes de dominio & rei vindicatione poſſeſſionem dixerint pro re ipſa poſſeſſa? Quanquam video ſic locutum Imp. Antoninum *in l. 2. C. de ſeruit. & aqua.* Nam rem aliquam cū dicimus proprietatem potiſſimum intelligimus vel ſaltem cum poſſeſſione. Deinde quoniam verbū *emiſſe* quod ſtatim ſequitur, multo minus explicationem illam recipere poteſt, vt ſignificet corporalem rei venditæ & traditæ acceptionem. Sicut enim longè aliud eſt rem vendere, aliud tradere, ita & longe aliud Rem emere, & Rem accipere. Cumque emptio & venditio non traditione, ſed ſolo conſenſu perficiatur, Non poſſit quiſquam ineptius loqui, quam ſi dicat te emiſſe, vt ſignificet rem quam emeris traditam tibi fuiſſe. Eſſétque multo ſane tolerabilius traditam rem dicere, vt antecedens emptio tanquam cauſa traditionis eo nomine ſignificaretur, quam dicere rem emptam ad ſignificandam traditionem quæ ſcilicet vt poteſt ſequi emptionem, ita poteſt etiam non ſequi. Sed cum ſemper tam abſurda improprietas vitanda ſit, tum verò maximè cum ea ſpecies tractatur in qua & dominium à poſſeſſione, & emptionem à traditione ſeparari oporteat; vt in lege quam nunc enarramus: loquta con-

ſulta

sului Imperatores. Vter ex duobus emptoribus eiusdem rei vtrique venditæ potior censendus esset in causa dominij, An is cui priori fuisset res vendita, an vero ille cui priori tradita, Non potuerunt certe dominij & possessionis, itemque emptionis & traditionis nomina cõfundere, sine manifesta planeque reprehensibili iuris perturbatione. Proinde si verum est, vt proculdubio est, quod initio legis rescribitur, Ex duobus emptoribus potiorem illum esse cui prius res tradita sit, non qui prior emerit. Consequens erat vt subiicerent Imperatores, *Si igitur anteriore tempore te possessionem tenuisse, (vt in l. nemo 11. C. de acquir. possess. possessionem corpore teneat,) ac pretium exsoluisse apud Præsidem prouinciæ probaueris.* Quo modo eos rescripsisse nec dubitandum est, cùm io confesso sis ita rescribere illos debuisse: facilisque & lubricus error fuerit, vt per imperitiam librarij pro verbo tenuisse, conflatum sit *emisse*, quod non solùm nullius sensus eo loco est, sed etiam legis iurisque sententiam totam peruertit. Sensus enim alioqui ille erit, Quoties de iure dominij inter duos emptores contenderetur, Non solum potiorem non fore illum cui priori res tradita fuerit, nisi etiam probetur eidem priori vendita, quod euidenter falsum est, sed, quod adhuc absurdius est, ad translationem & priclationem dominij duo illa sufficere, vt probet quis anteriorem se & emisse & pretium exsoluisse, quamuis de secuta rei traditione nihil probetur. Nec enim aliam conditionem adscribunt Imperatores, quàm duplicem illam quæ supradictis verbis continetur, in quibus nullum penitus verbum est quod de traditione dictum vel intellectum videri possit. Cùm tamen nemo non fateatur, nec emptionem nec secutam pretij solutionem sufficere ad dominium transferendum, si non traditio quoque interuenisse probetur. Id enim est quod dicimus, Traditionibus tantùm & vsucapionibus, non nudis pactis, id est non conuentionibus traditione destitutis rerum dominia transferri *l. traditionibus 20. C. de pact.* Pretij autem solutio quæ ex parte emptoris etiam exigitur, non ideò exigitur, vt vicem & necessitatem traditionis suppleat, sed quia lege duodecim tabularum sic cautum nominatim fuerat, vt ad transferendum ex causa venditionis dominium non sufficeret emptionem præcessisse adeóque secutam traditionem esse, si non etiam illud concurreret, vt pretium solutum esset, vel aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. D. de contr. empt. l. Paulus respondit 38 §. quæsitum D. de lib. caus. §. vendita. Inst. de rer. diuis.* Itaque quoties ponimus soluto pretio translatũ fuisse dominium in emptorem, toties ponendum est quod nec Iurisconsulti vnquam prætermittunt, interuenisse traditionem, vt ex supradictis locis apparet. Neque aliud Imperatores aut rescripsisse aut sensisse credendum est. Quamuis Cuiacius vt commentitiam illam suã interpretationem quam suprà refutauimus, tueatur, verba illa *ac pretium exsoluisse* sic intelligit, vt si quo casu possessio rei à non domino venditæ & traditæ redierit ad venditorem factum postea dominum, non aliter emptor, cui priori tradita res fuerit ante acquisitum venditori dominium, potior esse debeat in dominio aduersus venditorem ipsum vindicando, quàm si ei pretium soluerit, vel qua alia ratione satisfecerit. Alioqui rei venditæ retentionem habeat venditor, veluti pignoris loco *ex l. Iulian. 13. §. offerri D. de act. emp.* Omnino malè. Nam præter ea quæ in superioribus contra interpretationem istam disputauimus, Apparet ex prioribus & immediatè præcedentibus verbis legis consultos fuisse Imperatores ab illo ex emptoribus qui potiorem se contendebat in dominio non vindicando, sed detinendo, Nec contra venditorem ipsum, sed contra alium emptorem cui priori vendita res fuerat, verùm tamen vel posteriore tempore vel nunquam tradita. Nam de potiore iure eiusdem emptoris, à quo consulebãtur, in vindicando dominio incipiunt dicere Imperatores in vers. *cum etsi ex causa.* Non iam quòd de eo quoque consulti essent, quàm vt rescripti sui ad alium casum pertinentis rationem redderent, Optima argumentandi ratione, quòd quisquis potior esse debet, etiam in vindicando domino cum non possidet, idem si possideat multò magis præferri debeat in eo detinendo. Meliùs itaque cæteri omnes, vno excepto Cuiacio, supradicta verba sic interpretantur, vt sufficere non possit emptori qui se potiorem dicit in dominio etiam detinendo tantùm, vt probet sibi priori traditam fuisse possessionem, nisi probet etiam priorem se pretium venditori exsoluisse, aut aliter eo nomine satisfecisse. In quo bene Accursius notat differre vindicationem à Publiciana, quę vt competat, necesse non est eum qui emit bona fide à non domino soluisse pretium venditori *l. de pretio 8. D. de Publician. rem act.* vbi Caius scribit nihil de soluto pretio in edicto Prætoris expressum fuisse, indéque posse coniecturam capi quasi nec Prætoris sententia ea sit, vt quæri oporteat an solutum sit pretium necne: Nulla tamen allata ratione cur Prætoris sententia ea esse debuerit. Nostri vulgo illam afferunt post Iasonem ad hanc legem *num. 45.* quòd facilius sit vt quasi dominium quod est ius minùs plenum transeat in emptorem sine solutione pretij, quàm ipsum dominium quod est ius plenum. Sed parum subtiliter. Nec enim aut quasi dominium, aut quicquam aliud transit à venditore non domino in emptorem præter solam possessionem quam venditor habuit, Pendétque non à venditore qui fortè dolo malo rem alienam sciens vendidit, sed ex bona emptoris fide quæ ad Publicianam omnino necessaria est, vt per eiusmodi emptionem quasi dominus fiat, propter causam vsucapiendi quam ei præstat, non venditor qui ipse vsucapere nullo tempore potuisset, si erat in mala fide, sed emptio ab eo facta bona fide. Proinde habet emptor non à venditore, sed à lege duodecim tabularum quę ius vsucapionis induxit, & à propria sua bona fide, vt Publicianam exercere possit, non iure quasi dominij, vt Iason, vulgaréisque interpretes passim malè loquuntur (nullum enim verum dominium veteres prudentes agnouerunt, nisi quod esset quiritiarium, Nullum quasi dominium, nisi quod esset bonitarium, quorum neutrũ habere potest is qui emit à non domino siue bona fide emerit siue mala) sed quod longè diuersum est, quasi iam verè dominus per completam vsucapionẽ constitutus, Cùm Publiciana detur ad colorẽ quasi iam vere vsucaperit is, qui tamen reuera nondum vsucepit *§. namque Inst. de action.* Certissimum autẽ sit per vsucapionem acquiri verum dominium non quasi dominium haud secus ac per traditionem à domino factam *d. l. traditionibus.* Fuit enim vsucapio vnus ex modis sex transferendi iure Quiritium dominij non minùs quàm traditio. Apud Vlpianum *in fragment. tit. 19. De acquisit. rer.* Quare nec sic loqui prudentes nostri solent vt dicant eum qui Publicianam habet esse quasi dominum, sed sic agere quasi iam vsuceperit. Ergo iure veri dominij nõ ficti, quãuis perfectionem à prætore inductam acquisiit. Exẽplo eius quod dicere solemus, Clausulam constituti fictitium quidem modum esse transferendæ & acquirendæ possessionis, sed tamen possessionem quæ per eam acquiritur, non fictam esse, sed veram, realem, naturalem, adeóque actualem, vt nostri loquuntur *ad l. quod meo 18. D. de acquir possess.*

ERROR V.

De differentia vindicationis & Publicianæ circa precij solutionem.

Atque hinc sanè petenda est vera differentiæ ratio in Publicianam & directam ciuilémque rei vindicationem circa solutionem pretij ab emptore faciendam. Cur enim requiramus in Publiciana, vt solutum sit pretium venditori à quo nihil penitus iuris, si possessionem excipias, transierit in emptorem in quem transiret vtique dominiũ, si venditio traditióque à domino facta esset? Quãquã posset illa ratio sufficere, quod non tam mera aliqua iuris ratione sit quàm authoritate legis 12. tab. vt per traditionem ex causa venditionis factam non aliter transferatur dominium in emptorem quam si is pretium soluerit venditori aut aliter eo nomine satisfecerit *d. §. vendita & l. 5. paragrapho pe. D. de tribut. act.* Si enim meram iuris rationem inspicias, nihil causæ est cur non debeat sufficere traditio, quæ à domino facta sit ex iusta causa *l. numquam nuda 31. De acq. rer. dom.* cùm & iure gentium sola traditio sufficiat à domino facta quamuis nulla interueniente iusta causa *l. quã ratione 9. paragrapho hæ quoque res eod. tit. l. 3. D. si vsusfr. pet. paragrapho per traditionem Inst. de rer. diuis.* At in Publiciana quam Prætor induxit nihil tale Prætor expressit. Non debet igitur in Publiciana distinctio illa adhiberi quæ adhibetur in directa rei vindicatione circa solutionem pretij, Quamuis introducta sit ad exemplũ vindicationis, quę vnica dubitandi ratio est *ad d. l. de pretio.* Quia nec in directa vindicatione adhiberetur, nõ expressim in cautum esset l. 12. tab. quæ tamen de vindicatione tantũ locuta, non similiter ad Public. trahi potuit. Qui n. verè dominus est, cùm rem suam vendit dignus sanè est cui succurratur, vt quamuis eam tradiderit, non ideò tamen dominus esse priùs desinat, quam solutionem aut satisfactionem acceperit, tanquam qui id egerit, vt rei suæ dominium cum pecunia, non cum actione permutaret: At qui rem alienam vendit, siue bona siue mala fide, cùm neque dominium, neque quasi dominium vllum habeat, quod in emptorem transferre possit, non habet quod conqueratur, etiamsi emptori bonæ fidei Publicianam demus nullo soluto pretio, licèt possessionem transtulerit per traditionem, quia neque fieri potest vt non transferatur possessio per traditionem, quæ ipsa nihil nisi possessionis translatio est, neque vt ad possessionem acquirendam necessaria sit solutio pretij, quoniam pretium non possessionis est, sed dominij, de quo transferendo semper agi & cogitari oportet, cùm venditio contrahitur, tametsi venditor necesse non habeat rem venditam emptoris facere nisi cùm ipse dominus est *l. si ita distrahatur 25. paragrapho 1 l. pen. paragrapho vlt. D. de contr. empt. l. ex empto 11 paragrapho & in primis D. de act. empt.* Ex qua ratione illud etiam intelligimus verba illa rescripti nostri *te possessionem emisse*, non sic posse accipi quasi traditionem ac translationem & acquisitionem possessionis includant. Nõ solùm quòd aliud sit rem aliquam emere, Aliud verò rei possessionem accipere, vt iam diximus, sed etiam quia non idem est, Rem emere & emere possessionem, cùm aliud sit pretium rei, aliud possessionis *l. 3. §. vlt. iunct. l. 1. §. est etiam. D. vti possid.* Cùm igitur nullus satis commodus his eorum verborum sensus excogitari possit, nõ admittenda potius sic nostra emendatio, Cuius & coniecturam illud præbet, quod in quibusdam editionibus deest dictio *re* qua tamen sublata necesse [illegible] in sequentibus legendum esset *probaberis non, re[illegible] ueris*, etsi parum refert vtro modo legas, dum aliquid sit ex quo possit colligi traditam rem fuisse. Alioqui eundum tibi erit sententiam Pauli Castrensis, qui hoc ipsum supplendum esse ait, Quod autem multò improbabiliùs fuerit. Ita enim facies Imperatores duplicis amentiæ reos, Vnius, in eo quòd omiserint id exprimere, quod maximè exprimendum erat, & in facti quæstione positum, Alterius autem in eo quòd non solùm contrà expresserint rem prorsus necessariam circa prioritatem, vt ita dixerim tituli emptionis, sed etiam expresserint per modum conditionis in hæc verba *si igitur antecedente tempore te possessionem emisse, ac pretium exsoluisse apud Præsidem prouinciæ probaueris.* Qua loquendi formula negari non potest, quin hoc significetur, etiam admissa Pauli Castrensis suppletione, vt is quoque cui res tradita est priori ex causa emptionis, non aliter tamen potior esse debeat in retinendo dominio, quam si probet se & anteriore tempore emisse, & anteriore tempore pretium exsoluisse. Quæ tamen interpretatio non modò ineptam facit legis sententiam, verùm etiam falsam. Nemo enim vnquam dixit, Ei qui prior fuerit in traditione, necessarium esse ad obtinendum retinendumve iure prælationis dominium, vt in titulo quoque emptionis præuenerit. Tantum abest, vt necessarium ei sit in pretij quoque solutione præuenisse Solutio enim pretij nihil confert ad translationem dominij, nisi tanquam conditio sine qua dominium non transferretur. Traditio illa est, quæ totum facit, dummodo iustam habeat causam *d. l. nunquam nuda 31 l. traditio 20. in princip & §. vlt. De acquir. rer. domin.* Non ergo suppletione tantùm opus est, vt quod ab Imperatoribus exprimi necessariò debuit pro expresso habeatur, sed etiam deletione, vt quod ab iisdem perperam & contra iuris rationem expressum est, reiiciatur Nam vbi tertium illud de traditione priùs facta suppleueris, de qua nullum in eo rescripto verbum, nondum tamen Imperatores ab iniuria & nimiæ imperitiæ nota vindicaueris, nisi tollas vel immutes præcedentia, quibus exigitur necessitas probandi, quòd is qui potior esse vult in retinendo dominio fuerit prior, non solùm in accipienda possessione, sed etiam in emẽdo re soluendóque pretio Quæ tamen duo sicuti non sufficiunt quomodo Castrensis loquitur nisi concurrat anterioritas quoque traditionis, Ita nec sunt necessaria ei quem ponimus rem sibi traditam priorem accepisse. Multò minùs autem ferre illud possum quod Iason Castrensem reprehendens vt subtilior fuisse videatur, legem commodè sic intelligi posse vult, vt nihil de probanda traditionis anterioritate supplendum sit. Admittit quidem supplendum aliquid esse de anterioritate traditionis, fatetúrque ex his solis verbis *possessionem emisse* non posse probari factam esse traditionem nisi iuncta suppletione glossæ, Sed amissa ea suppletione cõcludit nihil aliud supplendum esse circa probandam traditionis anterioritatem, Quasi sufficiat eam allegari ab emptore qui probat se priorem & emisse & pretium exsoluisse, vt ex duobus illis probatis, etiam tertium præsumatur. Quo certè improbabilius dici nihil potest. Quænam n. obsecro siue praxis ista est, vt qui ad obtinendam litis victoriam nihil aliud habet probandum nisi quòd priori ei res à domino tradita sit, quodque pretium siue prior siue posterior soluerit, & cui nihil prodesse debeat etiamsi per mille testes probet se priorem emisse, contrà iubeatur probare se priorem emisse pretiumque exsoluisse, vt quod vnum necessarium erat

concludente:

concludenter de traditione & anterioritate traditionis probandum sit, per iustis præsumptionem probasse existimetur. Fateor posse interdum contingere, vt benè probata traditione quæ vtrique emptori eadem die, eadem quoque si voles, eadem hora facta sit, minùs tamen plene probatum sit cui priori, siue quòd minùs diligenter de eo interrogati testes fuerint, siue quòd interrogati subobscuriùs de eo testificati sint, siue denique quòd pari numero parique fide, quod interdum euenit, pugnantia hæc de re testimonia proferantur. Eóque casu non negabo quod Didacus Couarr. concludit *lib. 2. var. resolut. c. 19.* præsumendum esse pro eo qui prior & emerit & soluerit, Aut si alius prior emisse, alius prior soluisse probetur, pro eo qui pretium prior soluerit, vt ex eo quod iure fieri debuit, facti coniectura sumatur. Sed hoc contendo numquam præsumendam esse traditionem sed semper probandam quia semper est facti *l. consilio 7. §. vlt. D. de curat. furio.* Alioqui paulatim eò descendemus vt solam pretij solutionem probari sufficiat, cùm facilius sit ex solutione pretij præsumatur venditio in necessarium antecedens, quia nec pretium sine emptione esse potest nec emptio sine pretio *l pacta conuenta 72. innct. l. 1. D. de contr. empt. lege primo D. de rer. permut.* quàm vt ex probatione & facta venditionis & soluti pretij præsumamus secutam esse traditionem, quam sequi ad constituendam & perficiendam emptionem necesse non est sed tantum ad dominij acquisitionem. Posito siquidem consequenti ponitur necessarium antecedens. Sed non similiter posito antecedenti ponitur consequens quod non est necessarium, id est quod non necessariò sequitur ex positione sui antecedentis. Etsi autem traditio semper probanda est vt diximus, tum verò maximè cùm vterque emptor dicit traditam sibi rem fuisse ab eodem venditore, vt in specie legis nostræ, quia traditio quæ probatur alij quoque emptori facta, præsumptionem omnem excludit, quod alteri facta sit, nec si alter ille qui sibi factam esse præsumi vult in possessione inueniatur, quia nec fieri potest, vt qui rem aliquam vni iam tradidit, eam iterum alij tradat nisi ponas reuersurã ad eum fuisse possessionem quod sicut facilè contingere non potest, ita nec facilè præsumi. Alioqui si sufficiat esse in possessione emptorem, vt præsumatur ei res tradita, nil esset necesse cùm Iasone supplerionem illam glossæ requirere in verbis illis *possessionem emisse*, cùm sequentia *expelli te à possessione non patietur*, multò apertiùs probent possessorem fuisse illum, qui Imperatores consulebat. Quomodo enim à possessione expelli posset is, qui non possideret? Atque supradicta verba *si igitur antecedente tempore te possessionem emisse*, conueniunt ei quod superiore capite diximus & probauimus, tractari ab Imperatoribus eam speciem, in qua idem prædium simul in solidum duobus distractum fuerit. Quo casu cùm facti sint veluti duo correi emendi, non potest alter alterum præuenisse in titulo emptionis, sed tantùm in traditione, & in pretij solutione: quorum alterum sicut ad acquisitionem dominij necessariũ est, ita posterius, nec exigitur nec quicquam prodest. Non enim curandum est vter prior pretium soluerit antequàm alij res traderetur, Ne dici possit traditionem posteriorem ab eo factam esse, qui tùm adhuc dominus fuerit. Et in hoc rursum alius interpretum nostrorum error est quòd verba illa *si igitur antecedente tempore* non ad id coarctant quod statim sequitur *possessionem emisse* aut potius vt legendum contendimus *possessionem tenuisse*, sed ad id quoque extendunt quod posteà subiicitur *ac pretium exsoluisse* quasi non minus probandom habeat is qui in detinendo domioio dicit se potiorem, quod prior pretium exsoluerit quàm quòd prior emerit, Quod planè ridiculum est. Neutrum enim anterioritatem probari oportet, neque emptionis, neque solutionis, sed tantùm traditionis, Nisi quòd nihil tibi prodesset accepisse rem priore loco, si tamdiu cessasses in solutione pretij vt interim alij quoque traditio eiusdem rei facta esset. Is enim cui posteriori tradita res probabitur in dominio potior erit, si prior pretium soluerit, quia vt præfeceratur nihil aliud exigimus, nisi vt posteriori traditionis tempore dominus adhuc fuerit is qui tradidit, ideóque dominium transferre in alium potuerit & transtulerit, Quod euenit quoties prior soluit pretium is cui posteriori tradita res fuit. Cæterùm si ponas priorem emptorem priùs soluisse pretium, & tamen ei posteriori fuisse rem traditam, non eo minùs vincet is cui priori tradita res fuerit, quòd posterior soluerit pretium si modò soluerit ante traditionem priori emptori factam. Itaque verba illa *& pretium exsoluisse* non ad anterioritatem facti referenda sunt, sed tantùm ad factum ipsum, Vt intelligamus nil profuturam traditionis anterioritatem si non pretij quoque solutio secuta sit, sed nihil referre quo tempore solutio facta sit, id est vtrum ante solutionem, ab alio emptore factam, dummodo priùs quàm alteri emptori traditio facta proponatur: Fefellerunt autem Accursium proculdubiò hæc ipsa verba quæ nos emendamus *si igitur antecedente tempore te possessionem emisse*, vt diceret consultos fuisse Imperatores de eadem re pluribus vendita separatim & diuersis contractibus. Cùm tamen ostenderimus fuisse in hac specie venditum duobus prædium simul & eodem contractu, ideóque addita esse verba illa *in solidum* quæ & non sine ministerio addita fatetur Iason. & nos probauimus addi non debuisse, si de eiusdem rei venditione pluribus separatim facta Imperatores censuissent.

ERROR VI.

Alia emendatio in postremis verbis d. l. quoties, Et ad versic. Erit sanè.

Sednondum absoluta legis emendatio est. Versiculus enim ille qui sequitur *erit sanè in arbitrio tuo, pretium, quod dedisti cum vsuris recipere, ita tamen vt praeceptorum fructuum & sumptuum ratio habeatur*, totus parenthesi concludendus vt quæ sequuntur *cùm etsi ex causa* vsque ad finem legis cum secunda rescripti clausula coniungi possint. Continent enim rationem qua probant Imperatores, Eum cui priori traditio facta est rei venditæ potiorem esse in detinendo dominio si possessor inueniatur eo tempore quo conuenitur rei vindicatione ab alio emptore, Quia etiamsi ex causa eius emptionis ambo rem vindicaturet siue à venditore ipso, siue ab extraneo quolibet possessore, eum qui priori possessio soli tradita esset, potiorem haberi oporteret. Supponit autem hæc ratio id de quo nullus dubitat, Eum qui etiamsi non possideret potior esse deberet, multò magis futurum si possideat potiorem. Monui autem in præcedentibus subesse illud mendum in iis verbis *cùm etsi ex causa donationis vtrique dominium rei vindicetis* & pro *donationis* legendum esse *emptionis*, aut quomodo librarius Florentinus scribere solet detracta litera *premetionis*. Quod enim lex ait *vtrique dominium rei vindicetis*, ostendit non variati speciem ab Imperatoribus, sed eam ipsam retineri, de qua in priore rescripti parte respondeant de duobus

bus emptoribus, qui simul & in solidum emerant, & quorum tamen alteri soli tradita prius fuerat possessio, ac proinde in solidum, quæ utrique simul tradi nisi pro parte non potuisset. Porrò non poterant vindicare rem ex causa donationis ij quibus non donata sed vendita res proponebatur. Nec illud tutius fieri, ut donationis causa cum causa emptionis ad rei vindicationem concurreret, cum id quod ex una causa iam meum est, ex altera magis meum fieri non possit *l. non ut ex pluribus 91. de reg. iur. paragrapho sic itaque Instit. de action.* Nihil ergo est, quod de causa donationis in proposito casu tractare possis, nisi speciem prorsus mutes, mutatis quoque legis verbis quæ iuxta hanc hypothesim sic concipi debuerant *cum etsi ex causa donationis duo rei dominium vindicarent*, ut appareret transire Imperatores à specie proposita de pluribus eiusdem rei emptoribus, ad aliam speciem de pluribus eiusdem rei donatariis. Aut saltem ita *cum etsi ex causa donationis utrique dominium rei vindicare*[illegible] non quo modo scriptum est *vindicent*, quo verbo eadem speciem retinerit manifestiùs est easdem personas, eandemque non modo actionem sed etiam actionis causam. Hac sola differentia quòd priore rescripti parte de eo agitur, qui rem sibi priori traditam possidebat. In posteriore verò is tractatur casus quo neuter possideat sed uterque vindicet aduersus tertium [illegible] Quod non satis obseruatum ab eo qui pro *emptionis* primus repoluit *donationis* errori causam præbere facilè potuit, cùm is putaret hunc ipsum posteriorem casum priore legis parte contineri, & de donatione tractari dum potius fuisse in secunda rescripti parte ut nouum aliquid & à præcedente sententia diuersum rescriberetur. Me illud etiam præcipuè monet, quod non benè hac parte comparatur venditioni donatio. Non quia verum non sit ex pluribus donatariis quibus singulis eadem res donata diuerso tempore tradita sit, ei præferri in dominio siue detinendo siue vindicando non debeat, cui prius tradita est, quemadmodum in pluribus emptoribus qui separatim contraxissent, contingeret, quod vnum interpretes nostri intuentur, sed quia quod initium legis ponit idem prædium duobus simul & in solidum iure distractum fuisse, non posset poni similiter in re duobus simul & in solidum donata si de ea donatione intelligas, quæ per traditionem sit perfecta, quoniam fieri nequit ut eadem maneat eadem res duobus simul & in solidum tradatur. Non magis quam ut duo fiant eiusdem rei in solidum possessores *l. 3. §. ex contrario D. de acquir. poss. l. duorum in solidum 19. D. de precar.* Proinde fatendum esset vel falsum esse quod Impp. de donatione rescribunt, vel ad eam donationis speciem restringi debere, quæ fieret per stipulationem, Quæ ipsa tamen minùs propriè donatio est, dicique potius debet stipulatio donationis causa, quàm donatio [illegible] *l seq. D. de nouat.* Postremò, ne quidquid ad legis sententiam plenè explicandum omisisse videamur, illud adnotandum superest, male nostros eosdem interpretes sic intelligere versiculum *erit sane* quem parenthesi concludendum esse monuimus, quasi sensus sit. Emptorem cui priùs fuit res tradita quamuis possit alium emptorem agentem repellere, atque ita se ab euictione tueri, si tamen is non tueatur, eùmque euinci patiatur, nihilominus habere regressum euictionis nomine aduersus venditorem. Nam imò verò sensus versiculi huius est, Esse in arbitrio illius ex emptoribus cui priori res tradita est, si ab aliu emptore [illegible] rei vindicationem conueniatur, qui [illegible] eodem emerit, sed vel nunquam vel non nisi post [illegible] loco possessionem rei emptæ acceperit, utrum velit agentem illum non [illegible] quam iure dominij [illegible] cùm [illegible] non alius exercere iure possit quam qui [illegible] vel gentium iure vel ciuili *l. vlt. Cod. eod. l.* [illegible] *23. D. eod.* An potiùs recipere ab eo pretium cum vsuris, perceptorum tamen fructuum & sumptuum habita ratione, Nempe quia permittitur ei de iure suo remittere, si velit, fortè si emptionis eum pœniteat, maluque pretium à se solutum cum vsuris recuperare De quo verò actionis de euictione nihil tota hac lege tractant Imperatores, Nec sanè de ea tractandi materia subest, cùm alia certiore ac expeditiore via possit is cui prius tradita res est, idémque possessio sibi consulere per retentionem. Quam si fortè omittat prudens & sciens eo proposito ut postea contra venditorem suum agat de euictione quod a[illegible] prium magis quam venditori gratificari velit, non puto audiri eum debere, cùm nulla cogente necessitate id fecerit, quomodo argumentatur Paulus *l. di-ctum 56. §. si compromissero D. de euict.* Sibique [illegible] imputet cui vindicantem emptorem non summouerit, quem summouere iure potuit nolletiam exceptione opposita & *rei non iure a* [illegible], ut pragmatici loquuntur A[illegible] enim nullo iure adeóque sine actione qui [illegible] rem vindicat cuius non est dominus. Nam [illegible] obtinet [illegible] emptore qui vindicantem [illegible] potuit summouere præscriptione longi temporis [illegible] habere possit regressum contra venditorem si eam exceptionem omiserit *l. si obligata 19. de euict. l. qui alienam 54 in princ. D. eod. l. 2. C. de reb. alien. non alienand.* Nec est quod [illegible] interpretes replices non posse culpam hanc emptori obi[illegible] à venditore, qui ipse facti causam præbuit cùm alio eoque alius emptor casum habuerit. [illegible] si enim facti causam præbuit qui duobus separatim vendidit, non tamen præbuit causam culpæ, quæ proinde tota emptoris est, nec vnica & simplex, quòd cùm vel summouere vindicantem posset, vel si hoc maluisset pretium à se solutum cum vsuris recipere, neutro tamen iure uti voluit sed potiùs rem amittere et venditorem sibi de euictione obligaret. Quid quod nec culpa vlla venditoris est, qui duobus eandem rem vendidit si modò duobus simul & in solidum vendiderit. Quis casus tamen [illegible] est quem vnum hac lege tractari ex primis ipsius legis verbis probauimus. Si ergo eam rem duobus ita venditam non vtrique tradiderit, sed alteri tantùm qui tamen sibi à caeteris emptionis auferri eam postea & euinci patiatur, quid est obsecro quod venditori huic possis imputare, ut actionem de euictione suscipere compellatur? Atqui, inquies, Is qui duobus eandem rem in solidum vendidit, effugere non potest quominus alterutri de euictione teneatur, Et consequenter nihil ipsius interest an huic potiùs quàm illi. Imò verò præter id quod fa[illegible] fieri potest ut ex personarum & locorum varietate pluris intersit vnius quàm alterius, Nego venditorem omnimodo teneri alterutri de euictione: Nam ei tantùm teneri potest cui res tradita est, aut cui habetur pro tradita *l. si rem 62. in princip. D. de euict.* Obligationem enim de euictione non venditio parit sed emptio, quæ porrò nulla sequi vnquam potest, nisi præcedente traditione. Atqui tractamus de vero venditore, qui duobus quidem simul & in solidum eandem rem vendiderit, sed qui tamen vni tantum eam tradiderit, eique soli ut ex huius legis fine apparet. Nulla igitur ratio est ut ei teneatur de euictione cui tradiderat si rem sibi traditam vltro ille passus sit euinci ab altero tempore quietiam si ucc[illegible] cubuisset, nullum tamen de euictione regressum aduersus eum habiturus fuisset. Qua de causa obseruandum est, versiculum illum quem nunc interpretamur

pretamur adhibitum esse ad primam rescripti partem, quæ de emptore erat rem duobus venditam, eique soli traditam possidente, Non ad posteriorem quæ ad eum casum pertinet quo neuter ex emptoribus possideat ne is quidem cui res tradita fuerat à venditore. Cùm tamen nec is casus fuerit prætermittendus si de actione ex empto & de euictione Imperatores sensissent, ac non potiùs de recipiendo pretio à correo emptionis, à quo sanè nihil est quod recipere possit is cui priori tradita res fuit, si non possideat, sed tertius quidam à quo vterque emptor rem vindicet. Qui casus est quem tractari diximus in posteriore rescripti parte, & cui tamen non possis aptare verba illa *ita vt perceptorum fructuum ac sũptuum ratio habeatur*. Quos enim fructus percipere aut sumptus facere potest is, qui non possidet Scrupulus ille vnus tollendus superest quem nemo attingit, & qui oculatiores tantùm torquere potest in illis verbis *apud Præsidem prouinciæ probaueris*. Cùm non solerent olim Præsides prouinciarum de facto cognoscere, aut pronunciare sed iudicem in eã rem dare *l. 2. C. de ordin. iudic.* quod à nobis pluribus explicatum est emendatione *l. 1. eodem tit. 2. lib. Coniectur.* Sed facilè tolletur scrupulus si quis attendat & obseruet legem hanc esse Imperatorum Diocletiani & Maximiani à quibus ius illud vetus iam immutatum fuerat & constitutum, vt de quibus causis antea Præsides, Prætores cæterique magistratus dare iudices solebant de iis in posteriorum ipsi per se cognoscere ac pronunciare cogerentur *l. 2. C. de pedan. iudic.* quam idcirco fatendum est anteriorem fuisse hoc rescripto quod nunc interpretati sumus, Nec infeliciter vt nobis videmur.

E R R O R VII.

Si eadem res pluribus vendita & tradita sit, siue ab eodem non domino, siue à diuersis non dominis, Et de emendatione lege si ea res 31. paragrapho vltimo D. de actione empt.

CVm ad exemplum ciuilis directæque vindicationis Publiciana introducta sit à Prætore, mirum non est in tractatu de Publiciana in rem actione eandem quæstionem occurrere quæ à nobis tractata est superiore Decade in directa rei vindicatione, Ex pluribus emptoribus qui aut ab eodem non domino, aut à diuersis non dominis eandem rem emerunt, eiúsque possessionem per traditionem acceperunt, Vter præferri debeat. An qui prior possessionem accepit. Sed illud magis mirum est quod prudentibus placuit aliter verò in rei vindicatione directa obseruati, quódque nec prudentes ipsi satis in eo consensisse videantur. Nam in directa & ciuili quidem vindicatione id obtinet quod diximus ex *l. quoties 15. C. de rei vindic.* vt etiam qui posterior emit siue soli ei siue priori possessio à domino tradita sit, potior omnimodo esse debeat in dominio siue detinendo, siue vindicando si modò pretium soluerit, quamuis posterior, dum antè quàm priori emptori res traderetur, vt præcedentibus explicauimus & in Publiciana, Vlpianus noster eãdem quæstionem tractans *in l. siue autem 9 § si duobus D. de public. in rem act.* Si duobus quis separatim vendiderit bona fide rem alienam ementibus, quis magis Publiciana vti possit, Vtrum is cui priori res tradita est, an is qui prior tantùm emit, Distinctionem adhibet ex Iuliano, Vt siquidem ab eodem non domino emerint, potior sit is cui priori res tradita est, Sed si à diuersis non dominis melior causa sit possidentis, quàm petentis. Eámque sententiam veram esse ait, Ac sanè prior pars distinctionis non obscuram habet rationem. Cùm enim ab eodem non domino, neuter potest dicere plus iuris se habere quàm si à domino vterque emisset, imò verò contendit quisque hoc casu tantundem se iuris habere, quantum haberet si à domino facta venditio esset. Atqui eo casu potior esset haud dubiè non is qui prior à domino emisset, sed qui prior traditam ab eo rei possessionem accepisset Ergo & in hoc casu quem tractamus cùm ambo ab eodem non domino emerunt, potiorem illum esse conuenit qui priori sibi traditam rem fuisse. Sed quod ad posteriorem distinctionis partem difficilius videtur rationem reddere cur non æquè potior esse debeat ille cui priori res tradita est à suo venditore, cùm hoc etiam casu cætera omnia sint paria, cæterísque paribus videatur præferendus ille qui prior possessionem nactus est. Siquidem ex eo die licèt dominus per traditionem factus non sit, cœpit tamen ius habere vtendi Publiciana quæ non tam ex emptionis titulo, quàm ex traditione secuta æstimatur *l. 1. 2. & pass. eod tit.* Tanquam quæ non nisi eo colore datur quasi iam vsuceperit is qui nondum tamen re vera vsucepit *paragrapho namque Instit. de action.* Vsucapio enim sine possessione procedere non potest, & quidem quæ à venditore ipso tradita haberi debeat *l. siue possessione 25. D. de vsucap.* iunct. *l. si rem 62 in princip. D. euict.* Atque ita sensisse videatur Neratius *in l. si ea res 31. § vltim. D. de action. empt.* vbi tractat ille hanc ipsam quæstionem de duobus qui eandem rem emerint à non domino bona fide & quibus vtriusque tradita sit: Et ait, Siue ab eodem emerint, siue ab alio atque alio, Eum tuendum esse qui prior ius eius apprehendit, hoc est, inquit cui primùm res tradita est. Ergo non eum qui possideat, quandoquidem fieri potest, & verò fit plerumque vt is possideat non cui priori, sed cui posteriori res tradita est, cùm necesse sit possessionem priori traditam subinde ab eo amissam fuisse & ad venditorem siue eundem siue alium reuersam esse vt iterum tradi alij potuerit. Interpretes nostri dissensionem hanc quę tam aperta & obuia est satis vident. Sed eius conciliandæ rationem hanc inueniunt, vt dicant, Multum referre an qui à diuersis non dominis emerunt, rémque singuli per traditionem acceperunt, Publiciana vtantur contra extraneum, an inter se, Vt priore casu Neratij sententia obtineat, potiórque sit is cui priori res tradita est, licèt posterior emerit, Posteriore verò sequenda sit Iuliani & Vlpiani distinctio, quæ hoc casu meliorem indistinctè facit causam possidentis quàm petentis. Vereor tamen ne conciliatio hæc neque verbis Iureconsultorum satis conueniat, neque iuris rationi. Etsi enim Vlpianus ex Iuliano eum casum apertè tractat, quo emptores Publicianam inuicem exerceant, cùm ait meliorem esse causam possidentis quàm petentis. Neratius tamen generaliùs loquitur, & omni casu præferri vult eum, cui priori res tradita est, nulla possessionis præsentis habita ratione. Si verò rationem iuris consulimus, difficile est dicere cur non in concursu duorum emptorum vincere aduersarium debeat is, qui tertium & extraneum superaret, aliique emptori in mouenda contra extraneum Publiciana præferretur. Nam & in specie *dicta lege quoties*, sic Imperatores argumentantur vt qui ex duobus emptoribus possidet rem sibi priori traditam potior sit

correo

correo emptionis in detinendo dominio, si ab eo vindicatione conueniatur, quia & potior esset, si neutro possidente vtrique rem ab extraneo vindicarent. Sed & in eo Neratij responso multa video satis obscura, quæ tamen quomodo accipienda sint, nemo explicat. Illud imprimis, quod ita scribit *cum emptio venditióque sine dolo malo fieret*. Cùm enim illum quoque casum tractet Neratius quo plures eandem rem emerint ab eodem non domino, qui fieri obsecro potest, vt sine dolo malo venditoris facta sit duobus eiusdem rei venditio? Fateor posse facilè contingere vt vtraque emptio fiat bona fide, ac sine dolo malo, vtroque emptore putante se à domino emere, & posteriore venditionem priori factam ignorante. Sed vt idem venditor eandem rem bona fide vendat duobus separatim, nego fieri vllomodo posse. Et ideò rectè Vlpianus *in d. §. si duobus* non sic loquitur *si duobus quis separatim vendiderit bona fide*, sed addidit *bona fide ementibus*, vt significet emptionem à pluribus fieri eiusdem rei posse bona fide: at venditionem ab eodem non posse. Neque illam Cuiacij interpretationem probare possum quæ suprà iam à nobis confutata est, vt posterior quoque venditio bona fide facta dici possit, si venditor ingenuè admoneat posteriorem emptorem de priore venditione, cùm non possit deceptum se dicere qui certioratus fuit. Nam præter id quod vix est vt reperiri possit quisquam venditor tam perfrictæ frontis quem non pudeat tantæ ingenuitatis, cùm etiamsi prioris venditionis tempore non habuisset dominium quod postea sibi acquisitum esse contendat (falsò tamen siue per imprudentiam & errorem facti, siue per mendacium & impudentiam) priorem tamen venditionem implere ex bona fide deberet *l. si quis alienam 45. D. de action. empt.* Potest quidem ea professio ingenua purgare venditorem de dolo malo erga posteriorem emptorem sed non facere quin sit in dolo malo venditor qui fidem priori emptori datam frangit *lege qui tibi sexta C. de hereditate vel actione vendit., lege si ancillam vndecima Cod. de actione emptor.* Deinde difficilis explicationis illud est, quod ait Neratius, Eâdem re siue ab eodem non domino, siue ab alio atque alio vendita pluribus & tradita ex emptoribus tuendum esse *qui prior ius eius apprehendit*. Nec enim fieri potest vt ius vllum rei apprehendat emptor si nullum ius in ea re venditor habuit, quamuis in huius ipsius loci interpretatione contra sentire videatur Didacus *libro secundo variarum resolutionum capite decimooctauo numero octauo*. Solamque possessionem quam habet venditor transferre in emptorem potest. Quam tamen possessionem nemo possit rectè ius dicere, Non ob id solùm quòd facti magis [illegible] sit, quàm iuris *l. denique 19. D. ex quibus causis maior. lege prima, paragrapho si vir vxori D. de acquirend. possess.* Sed etiam, quòd facilè fieri queat, vt non sit iusta, fortè si is qui bona fide rem emerat quam eo tempore putabat esse venditoria, postea resciuerit esse alienam tempore secutæ traditionis. Quam ob causam solemus dicere non posse ex causa emptionis sequi vsucapionem nisi emptor habeat bonam fidem vtroque tempore & contractus & traditionis *l. si aliena 10. l. si existimans 48. D. de vsucap.* Cui sententiæ consequens est, vt nec Publiciana competere alij possit, quàm ei qui vtroque illo tempore bonam fidem habuit cùm detur illa solo prætextu & colore vsucapionis complendæ, nec proinde alio casu, quàm quo posset sequi vsucapio *d. l. sine autem § hæc actio De publ. in rem action.* Debuit ergo Neratius scribere, Ex pluribus emptoribus tuendum eum esse, non qui prior ius rei apprehenderit, sed *qui prior iustius apprehenderit*, scilicet rei possessionem. Apprehendendi enim verbum cum facti non iuris sit, non ad ius aptari potest sed ad factum omnino referendum est, hoc est ad possessionem, vt & in *l. si debitor 10. D. de pign. l. sed etsi §. vltim. aliàs l. traditionem D. de public. in rem action.* quæ vt diximus tota facti est, non iuris Nam quod dici solet possessionem esse etiam iuris & plurimùm ex iure mutuari *l. possessio 49. in princ. & §. 1. D. de acquir. poss.* non ad quamlibet possessionem pertinet sed ad eam tantùm quæ sit iusta, puta quæ possit ad vsucapionem prodesse, aut ad interdicta, aliósque huiusmodi effectus qui sint ex iure vel ciuili, vel prætorio. Distinctionem igitur à Neratio, itémque à Iuliano & Vlpiano adhiberi oportuit. Vter ex emptoribus non modò prior sed etiam iustiùs apprehenderit possessionem rei pluribus venditæ siue ab eodem non domino, siue à diuersis non dominis, vt is demùm præferatur. Et sanè mouent me supradictæ rationes, mouerúntque iampridem vt errorem esse putem apud Neratium in illis verbis *qui prior ius eius apprehendit* & pro *ius eius* legendum esse *iustius* qui facilis vt nemo non videt, ac lubricus error fuit. Quo admisso non potest defendi ea quæ sequitur interpretatio *hoc est cui primùm tradita est*. Non enim vtique iustiùs apprehendit possessionem is qui eam prior apprehendit, sed is demum qui apprehendit bona fide. Cùm fieri possit vt is qui prior apprehendit etiam per traditionem sibi à venditore factam mala tamen fide apprehenderit, iam resciens esse rem alienam. Quod cùm euenit, ea ipsa æquitas quæ Publicianam induxit, certè facit vt siue contra extraneum, siue inuicem agant, potioris esse debeat non qui prior sed qui iustiùs quamuis posterior possessionem apprehendit. Multò magis ille qui & prior & iuste si vterque æquè iustè. Sed quid si vterque quidem bona fide, sed alter tamen iustius altero, fortè quod alter possessionem apprehenderit vi aut clam, aut etiam precario. Etsi enim precariæ quoque possessiones iustæ sunt, tamen ad inducendam publicianam inutiles sunt *l. quæcumque 13. in princip. D. de public. in rem action.* Hoc quoque casu dicam cum Neratio præferendum eum qui iustiùs apprehenderit, & sine vitio. Vitia enim ista sunt possessionis si quis vi aut clam possideat, quamuis possint etiam in possessione rei propriæ interuenire ac extra scientiam rei alienæ Nec eo minùs tamen sunt iniustæ, quòd bonam fidem non excludant. Ideóque nec prodesse quicquam possunt ad Publicianam. Neque cõtrarium est, quod dici solet. Vitiosam quoque possessionem aduersus extraneos prodesse *l. vlt. D. de acq. poss.* Extraneos enim debemus intelligere nõ eos omnes qui nõ sint domini, sed eos demum qui nullum ius habeant agendi. Quomodo habet quisquis à non domino emit, rémque per traditionem accepit bona fide, perinde ac si à domino emisset possessionémque accepisset nisi quòd pro directa rei vindicatione cogitur esse contentus Publiciana. Nullóne igitur casu locum habere poterit sententia illa Iuliani, quam veram esse ait Vlpian. Vt si duo à diuersis non dominis emerint. melior causa sit possidentis quàm petentis? Nullo penitus, vt ego quidem existimo, nisi eo solo quo is qui possidet idem prior iustiùs quoque apprehenderit possessionem: Quo casu melior sanè causa ipsius erit, at non tam ob id quod possideat, quàm quia & prior & iustius possessionem apprehendit: Nam etsi non possideret, Public. tamẽ ex causa aduersus alium emptorem quamuis possidentem habere deberet Itaque in Cuiacij nostri sententiam libenter eo, qui prudentes

tes veteres in hac quæstione dissensisse putat: Sed cùm ille cæterique Interpretes magis probent id quod Iuliano & Vlpiano visum est, ego contrà illud magis, quod placuit Neratio: Nec tantùm in ea specie in qua Cuiacius admittit dissensionem cùm emptores à diuersis non dominis emerunt, sed etiam quod nemo obseruat, in alia, cùm ab eodem non domino. Iulianus enim & Vlpianus voluerunt præferri omnimodo eum cui priori res tradita sit, Ego autem cum Neratio eum qui prior iustiùs rem apprehenderit, id est & bona fide & sine vitio: Cùm si alterutet traditionis tempore alienam rem esse rescitierit, licèt priori ei res tradita sit, non magis Publicianam habere possit quantumuis emerit bona fide quàm si mala fide emisset: quod & Vlpianus ipse ex eodem Iuliano fatetur *in l. sed etsi 7. alias l. cum qui §. vlt. alias l. traditionem eod tit. De public. in rem act.* Ex quo tamen conijci facilè potest de iis emptoribus Iulianum & Vlpianum sensisse *in d §. si duobus*, qui bona fide non tantùm emerint, sed etiam possessionem apprehenderint. In qua specie dubitatio nulla est quin præferri omnimodo debeat is cui priori res tradita est, cùm idem ille non solùm prior, sed etiam iustè possessionem apprehenderit: Nec aliter Neratium sensisse suspicatum est.

ERROR VIII.

De re duobus vendita, & tradita à diuersis non dominis contra Iulianum & Vlpianum pro Neratio in dicta lege si ea res trigesimatertia paragrapho vlt. De act. empt.

ILlud solùm difficile est dicere, Cur non idem quoque Iulianus & Vlpianus admiserint eo casu quo emptores duo à diuersis non dominis emerint, rémque per traditionem acceperint, Cùm negari non possit quin is qui prior iustè possessionem apprehendit, ex eo tempore nactus sit ius exercendæ Publicianæ si quando possessionem illam iustè apprehensam iniustè ab eo admitti contingeret. *dict. l. quacunque.* Nisi fortè ad id respexerunt, quòd cùm à diuersis non dominis duo emerunt bona fide, téique possessionem æquè bona fide acceperunt, par & æquale ius vtriusque esse videatur, cùm perinde vtrique Publiciana competat, dicique soleat, Cæteris paribus meliorem esse debere conditionem possidentis tanquam qui plus iuris habeat hoc ipso quod possidet quàm is qui non possidet *l. 1. § vlt. & l. 2. D. vti possid. §. commodum Inst. de interd.* Idque est quod Bartolus & post eum cæteri notant ad *dict. §. si duobus*, Potiorem esse causam eius qui & titulum habet & possessionem quàm illius qui solum titulum sine possessione, Quod tamen etsi verè diceretur, non adeò generaliter verum esse posset restringique ad eum casum deberet quo à diuersis non dominis plures emissent, Siquidem alio casu quo idem non dominus eandem rem pluribus vendiderit, nec Iulianus ipse negaret præferendum eumdem priori tradita res est, licèt habeat litigandum cum possidente, qui & titulum habeat, & possessionem. Sed neque video quomodo pro tuenda Iuliani & Vlpiani sententia possit quis dicere cætera esse paria cùm ambo emerunt à diuersis non dominis quamuis vterque & fide bona emerit, & æquè bona fide apprehenderit possessionem. Qui enim & prior iustè apprehendit, an non plus iuris exinde habet ad Publicianam exercendam quàm is cui posteriori à suo venditore tradita res sit, licèt bona fide: Cur verò fefamus ius illud quod ipse eainde habuit auferri ei per traditionem posteriorem ab alio æquè non domino alij emptori factam? Aut si eum emptorem, qui prior iustè possessionem apprehendit pro extraneu haberi volumus, quod ad eum pertinet qui ab alio domino emit & possidet, proptereà quòd licèt habeat ius agendi, possessor tamen neque ab ipso causam vllam habet, neque ab ipsius authore Consequenter fatendum erit, Omnimodo igitur præferendum hunc possessorem, id est tametsi vitiosam habeat possessionem, Ea supradicta regula *d. l. vlt. D. de acq. poss.* quæ vult aduersùs extraneos vitiosam quoque possessionem prod. sse. Et verò ita Iulianum & Vlpianum sensisse facilè mihi persuadeo, Quia sicuti de illo quæri non potest an Publicianam habere debeat is qui possidet, cùm actio in rem possessori competere nequeat, quæ ea contrario non datur nisi contra possidentem, Ita nec de illo inquirendum est an bona fide possessionem nactus sit is qui possidet, cùm vincere debeat, non quidem tanquam possessor nudus, quia si non haberet titulum vtrique vinceretur in Publiciana, sed quia cum iusto titulo habet possessionem quamuis iniustam. Atque ob hoc nimirum æquiorem & veriorem puto sententiam Neratij, existimantis omni casu potiorem illum esse debere: non qui prior emerit, adeóque cui res primùm tradita sit etiamsi in possessione reperiatur, nec qui prior iustè possessionem apprehenderit, nec qui iustè tantùm, sed qui iustius si vterque iustè. Non enim ad possessionem iustè apprehendendam sufficit vt bona fide sit apprehensam, quamquam hoc quoque necessarium est, sed illud præterea requiritur vt neque vi neque clam apprehensa sit. Quòd si precariò, erit quidem apprehensa iustè, vt diximus, sed minùs iustè quàm si animo domini. Obseruandum autem est ita respondere Neratium potuisse & debuisse quia in concipienda quæstione tantùm proposuerat vtramque venditionem factam esse sine dolo malo: De traditione autem an bona vel mala fide facta esset, nihil dixerat. Distinguendum igitur fuit an possessio iustè apprehensa esset necne. Similiter etiam Vlpianus ex Iuliano *in d §. si duobus*, ponit quidem fuisse eandem rem venditam duobus bona fide ementibus, sed non potuit æquè fuisse traditam vtrisque bona fide accipientibus, quia licèt ita supponendum sit, vt locus fieri possit quæstioni quæ prior in eo paragrapho proponitur, vtri ex emptoribus Publiciana vti magis liceat neutro scilicet possidente, quandoquidem Publicianam non alius exercere potest quàm qui rei possessionem bona fide per traditionem acceperit, Nil tamen necesse est eandem suppositionem retineri quod ad posteriorem quæstionem pertinet cùm alteruter emptorum possidet, quoniam sicuti non indiget actione Publiciana, ita neque bona fide quæ in traditione interuenerit, & quæ esset necessaria vt Publiciana vti posset. Quamquam vt dixi fieri potest, vt is quoque bona fide possessionem apprehenderit, nec tamen iustè, quia plus est iustè quàm bona fide possidere. Quid ergo est quod sequitur apud Neratium si ex duobus istis emptoribus vnus emerit à domino, eum omnimodo tuendum esse? Nempe id sibi vult Neratius non esse hoc casu distinguendum an is qui emit à vero domino possessionem iustè nactus sit an iniustè, quia per quamlibet possessionem etiam iniustam dummodo à vero domino ex iusta causa traditam dominium acquiri necesse est, cùm proprietas à possessione separari non potest, *leg. traditio vigesima septima paragrapho vltimo D. de acquirendarum rerum dominio, leg. per procuratorem 8. Codice de acquir. poss.*

Ex quo magis apparet Neratium in cæteris non fuisse contentum bona fide, nec iustitiam possessionis totam ex bona fide sola æstimasse: Alioqui non posset is qui a vero domino emisset non iuste possessionem apprehendisse, si malam fidem æstimes potissimùm ex scientia rei alienæ, quandoquidem scire alienam non potest eam quæ verè fuerit venditoris: Sed tamen potest iniustè quoque possidere si fortè non per iustam traditionem nec per manus venditoris possessionem apprehenderit, sed propria authoritate ac ignorante venditore vt *in l. si ex stipulatione 5. D. de acq. poss.* aut prohibitus à possessore vero quantumuis iniusto, vel celato eo à quo timuit aut timere debuit controuersiam. Ex quibus causis solet vi aut clam possideri *l. 1. §. quid sit vi l. 3. §. clam facere, D. quod vi aut clam.* Quod verò suprà diximus, difficilem esse explicationem illorum verborum *cùm emptio venditióque sine dolo malo fieret*, quasi fieri nequeat vt non mala fide & dolo malo fiat venditio quæ fit pluribus in solidum eiusdem rei & separatis contractibus ab eodem venditore siue domino siue non domino ita diluendum est, vt dicamus Neratium Priscum prisco veterum prudentum more duo illa verba *emptio venditióque* promiscuè sumpsisse pro contractu emptionis. Veteres enim his appellationibus promiscuè vtebantur, Itémque in locatione & conductione *l. veteres 19. & seq. D. de act. empt.* Non vt venditionem dicerent locationem, Et emptionem conductionem, vt male Cuiacius locum illum infelici emendatione interpretatus est *lib. 9. Obseru. cap. 15.* sed vt pro venditione dicerent plerumque emptionem, pro emptione venditionem. Et similiter locationem pro conductione, & conductionem pro locatione. Relatione scilicet facta non ad personas contrahentium nec ad materiam contractus sed ad contractum ipsum, quia non potest esse venditio quin emptio sit, nec emptio quin sit etiam venditio: Vt benè Alciatus *lib. 4 parergon cap. 22.* Licet non putem eò improprietatis vnquam venisse veteres vt venditorem dixerint pro emptore, aut emptorem pro venditore. Vt neque locatorem pro conductore aut conductorem pro locatore Facilius enim fuit vt ex vtraque parte contractus qui vnus esset eodem nomine vocaretur, quàm vt personarum quæ diuersæ essent nomina iuraque confunderentur. Est enim alia persona venditoris, & alia emptoris, sed non alius contractus venditionis, alius emptionis, nisi quòd ex personis contrahentium alias atque alias habet præstationes: quarum faciliùs discernendarum gratia commodius tandem visum est vnum licèt eundémque contractum diuersis nominibus appellare, Venditionem scilicet ex parte venditoris, & emptionem ex parte emptoris. Ergo verba illa, *cùm emptio venditióque sine dolo malo fieret* non alium sensum habent quàm si scriptum esset venditam fuisse eandem rem pluribus ementibus bona fide, quomodo locutus est Vlpianus *in d. § si duobus.* Cùm enim quæritur vter ex emptoribus per Publicianam tuendus sit non mala fides aut dolus venditoris inspici debet, sed tantùm bona fides emptoris. Sequitur verò *traditáque est*, nec additur *bona fide*, *nec sine vitio*, vt relinqueretur distinctionis locus quam Neratius adhibendam existimauit: Probabillissimam sanè & æquissimam si ex nostra emendatione lucem accipiat, & interpretationem. Omnes enim casus illos qui emergere possunt complectitur, nec tantùm si aduersùs extraneum Publicianam emptores ambo exerceant neutro possidente, vt Accursius post Azonem intelligit vt hanc conciliationis rationem comminiscatur, sed etiam si agant inuicem, à neutro possidente. At Iuliani distinctio apertè manca est cùm eum casum non complectatur, quo emptores ambo qui à diuersis non dominis emerunt bona fide non inuicem agere velint, sed contra tertium possidentem. Nec enim possis dicere meliorem esse hoc quoque casu debere causam possidentis, quàm petentis cùm neuter possideat, vterque petat. Nisi quis fortè velit dicere neutrum hoc casu vincere debere ex Iuliani sententia. Cur enim neuter vincat, si vel vterque vel alteruter saltem & emerit & possessionem acceperit bona fide? Aut cur faueamus possessori nullum titulum habenti potiùs quàm ei qui Publicianam iure suo exerceat. Illud sanè non improbo, quod Doctores nostri volunt, duce semper Bartolo *ad d. §. si duobus*, Non esse permittendum ei qui tanquam possessor conuenitur actione Publiciana, vt titulum aliquem sibi acquirat, eamque rem emat à non domino, Hoc proposito vt possit vincere qui alioqui vinceretur. Nam præter id quod vix est vt ea acquisitio fiat bona fide ac non potiùs in fraudem litis iam institutæ vt ex Odofredo & Baldo tractat Castrensis ad hanc legem, Illud etiam constat per Publicianam fieri rem litigiosam, æquè ac per directam & ciuilem rei vindicationem. Quoniam licèt Publiciana exerceatur à non domino contra non dominum exercetur tamen dominij iure & quasi constituto iam eo qui agit domino per completam vsucapionem quamuis verum sit cœptam duntaxat, nedum completam vsucapionem fuisse. Porrò vt ei qui Publiciana conuenitur sua prosit possessio, necesse est vt saltem bona fide titulum acquisiuerit, etiam secundùm Iuliani & Vlpiani sententiam, vt constat ex supradictis illis verbis *bona fide ementibus*, Si non hoc quoque velis addere ex Neratio vt iustè adeóque iustiùs possessionem apprehenderit. Planè si ponas eandem rem duobus quidem fuisse venditam siue eodem contractu in solidum siue separatis contractibus, sed neutri tamen fuisse traditam, Eo demum casu admittam meliorem fore causam possidentis, cùm neuter habeat ius agendi siue directa rei vindicatione siue vtili & Publiciana: quod sufficit possidenti quantumuis iniusto & vitioso possessori vt omnimodo & perpetuò vincat *d l. vlt. D. de acq. poss. l. si non dominus 4. D. qui potior. in pign. hab.* Vtraque enim illa actio non modò titulum requirit, sed etiam traditionem, Vindicatio quidem quamlibet, Publiciana verò eam quæ accipientem fecerit bonæ fidei possessorem. Nec possum videre quam rationem habeat quod contrà defendit Iason *ad d. l. quoties num. 34.* præferendum eum esse cui priùs fuit res vendita, Cùm nec Iason ipse diffiteatur, Per venditionem anteriorem nullum ius emptori quæsitum esse nec si fuerit illa iurata. Quod enim adducit *ex l. in operis 26. D. locat.* in operis duobus simul locatis priori conductori aotè satisfieri oportere ad rem certè non pertinet, Non ob id tantùm, quòd ea lex de personali actione loquitur quæ competit ex conducto, non de actione in rem quæ nullo casu siue priori, siue posteriori conductori accommodari potest, Sed etiam quia operarum locatarum exhibitio ex earum rerum genere est, quæ pluribus ex ordine præstari possunt, adeóque interdum eodem tempore vt in specie, *l. duorum 49. D. de opert. libert.* At rei pluribus venditæ traditio nunquam sic fieri singulis ex ordine potest vt vtrique tandem satisfiat, quia statim atque dominus rem à se venditam vni tradiderit siue priori siue posteriori emptori atque ita fecerit eum dominum, soluto scilicet pretio, aut eo nomine aliter satisfacto nullum amplius dominium habet quod in alium transferre possit etiamsi maximè velit, Siquidem posteriorem traditionem à non domino factam esse necesse esset, si prior facta esset à domino,

Nisi

Nisi poneres dominium quod à venditore per priorem traditionem absceſſerat posteà simul cum possessione ad eundem ex aliqua causa rediisse. Itaque etiamsi tractaremus de concursu duorum emptorum non in directa rei vindicatione aut in Publiciana in qua certè concurrere non possunt cùm neutra illis competat, sed in actione illa personali ex empto quæ vtrique emptori competit aduersùs venditorem ad rem tradendam, Nihil tamen prodesse priori emptori deberet quòd prior emisset, sempérque locus esset gratificationi vt posset venditor ei qui posterior emisset priori tamen rem tradere si mallet condemnari alteri in omne id quod ipsius interesset. Nec enim effugere potest is qui duobus eandem rem vendidit quominùs alterutri condemnetur in id quod interest si alteri rem tradat, aut condemnetur vtrique si neutri velit tradere. Sed quia pro communi tuenda Interpretum sententia adduci solet, quod Paulus scribit *in d.leg si non dominus 4. D. qui potior in pign.hab.* de illius quoque legis sententia dicendum nobis áliquid est.

ERROR IX.

Si idem dominus, vel non dominus eandem rem duobus pignorauerit, & alteri qui posterior contraxerat priori tradiderit.

EOdem domino rem suam duobus creditoribus in solidum pignorante siue simul & eodem contractu vt *in l. si debitor 10. D de pign.* siue separatim & diuersis contractibus, vt *in l. 1. l. si fundum 4. & pass. C. qui potior in pign.hab.* certum est potiorem eum esse qui prior contraxerit: Idque in vero pignore indubitatius est quàm in hypotheca. Nam cum pignus vere ac propriè illud sit quod traditur creditori, & cuius possessio transfertur in creditorem, hypotheca verò quæ sola conuentione pignoris constituitur, manente non modò proprietate, sed etiam possessione penes debitorem, *leg. si rem alienam 9 §. propriè leg cùm & sortis 35. §. 1. D. de pign.act.* Apparet non posse in vero pignore locum esse quæstioni, Vter ex pluribus creditoribus pignoratitiis præferendus sit in pignore an is qui prior contraxit, an cui priùs traditum pignus est. Traditione scilicet ex contractus necessitate obligationem pignoris concomitante. At in hypotheca potest locum habere quæstio, Si ponas debitorem postquàm de pignore conuenit cum solo Titio nulla traditione secuta, subinde conuenisse de eiusdem rei possessione cum Semptonio, eíque possessionem pignoris tradidisse. In qua tamen quæstione non aliud iuris erit quàm si de pignoratitiis non de hæreditariis creditoribus tractaretur. Quia quod ad vim & potestatem attinet formulæ & actionis hypothecariæ inter pignus & hypothecam nominis tantùm sonus differt, *lege 4. §. inter pignus D. de pign.* nec minùs acquiritur creditori hypothecario ius pignoris in re per solam conuentionem obligata ex die ipso conuentionis, quam si conuentionem traditio statim secuta esset, *lege & quæ nondum 15. in principio, & §. 1. & vlt. & pass. D. de pign. l. 1. l. qui balneum 9. & pass. D. qui potior. in pign hab.* Nam & in eiusdem rei venditione pluribus facta cùm quærimus quis ex iis potior esse debeat, ideò dicimus præferendum eum cui priori res tradita est: quia certum est per solum titulum & contractum emptionis nullum ius siue dominij siue aliud reale acquiri emptori ante secutam traditionem *§. vendita Instit. de rerum diuis.* Eàque ratio ab omnibus affertur, & rectè *ad leg. quoties 15. C. de rei vind.* quam apertum est in re duobus per solam conuentionem obligata locum non habere. Illa tantùm dubitatio potest emergere, Si duo pariter de hypotheca paciscantur, In quantum quisque obligatam hypothecam habeat, Vtrum pro quantitate debiti, an pro parte dimidia, Itémque si contra extraneum possessorem agendum sit, Vtrum pro parte quisque an de toto, quasi vtrique in solidum res obligata sit. Ad quas dubitationes respondens Marcianus *in l. si fundus 16. § si duo D. de pign.* Ait magis esse vt pro solida quantitate debiti habeant singuli pignus obligatum non pro parte dimidia, & consequenter non de parte quisque pignoris, sed de toto pignore agere possit contra possessorem quasi eadem re vtrique in solidum obligata. Nec solùm si diuersis diebus proponantur conuenisse de pignore, sed & si eodem die pignus vtrique datum sit dummodo separatim. Sic enim haud dubiè apud Marcianum legendum est, *quod dicendum erit etsi eodem die pignus vtrique datum est separatim*, non vt vulgò, *si eodem die*, quod Accursius noster benè sensit, qui tamen nihil de recepta lectione emendare ausus, hoc tantùm notat dixisse Marcianum *si* pro *quamuis*, quod prorsus improbabile est, Multò tamen tolerabilius quàm quod Bartolus ad eum versiculum notat dici quid simul fieri, quod fit eodem die licèt diuersis momentis. Nam cùm dictio *simul* nota sit temporis, fieri certè nequit vt simul facta dicantur, quæ diuersis momentis facta sunt licet eodem die adeóque eadem hora. Idque expressim voluit monere Marcianus ne quis forte putaret, de iis creditoribus accipiendum versiculum illum esse qui de pignore simul conuenissent, De quibus tractare incipit in posteriore tantùm responsi parte, verbis illis sequentibus, *sed si simul illi & illi*, vbi concludit eo casu distinguendum esse an id actum sit expressim vt eadem res vtrique in solidum esset obligata, vt *in leg. si debitor 10. D. eod.* de cuius sententia & ratione scripsimus in *Error 7. Decad. 58.* an verò id expresse actum non sit, Vt priore quidem casu agat rectè vterque, id est vnusquisque in solidum (sumi enim debet eo loco dictio *vterque* non collectiuè, sed distributiuè) si minùs, vnusquisque pro parte. Ergo tametsi eodem die, adeóque vt diximus eadem hora idem pignus duobus obligatum sit separatim & diuersis momentis, singuli quidem contra extraneum agere in solidum poterunt, si duntaxat ab extraneo illo controuersiam patiantur. Sed si concurrant siue agendo inuicem, siue proposita contra extraneum possessorem ab vtroque hypothecaria, præfertur sine dubio is qui prior contraxerit, vt post Accursium benè Bartolus concludit. Quòd si de prioritate, vel posterioritate non appareat, Idem Bartolus rectè notat potiorem fore causam occupantis, nec cogendum eum cautionem illam præstare quæ præstari solet possessori conuentu à duobus rei vindicatione, ac initio fundum interim alteri reddere, de qua *in l. is à quo 57. D. de rei vind.* quia non sicuti dominium eiusdem rei duorum simul in solidum esse non potest, ita possit quis dicere eandem rem pluribus in solidum obligatam esse non posse *d. l. si debitor.* Sed occupantem hoc casu intelligo non eum qui prior ad sententiam peruenerit, vt malè sensisse videtur Bartolus citans in hanc rem quod de noxali actione scriptum est ab Vlpiano *in l. si quis à multis 14. D. de noxal. act.* Sed eum qui prior ad Prætorem & ad iudicem venerit, vt ius suum ex contractu quæsitum exequeretur. Quasi per contestationem nouata, & propria facta actione, quæ anteà fuerat communis, vt dicere solemus in duobus correis stipulandi.

l. 2. *l. ex duobus 16. D. de duobus reis*, & *in l. si Titius 9 D. de verb. oblig.* in cuius fine sic legendum est, vt alibi monuimus *finem dandi alteri fore quando iudicium acciperetur.* Nam sicut inter ciuilem rei vindicationem & hypothecariam hoc interest, quod iam diximus, ita & inter hypothecariam & noxalem, quòd noxæ deductionis iudicium per se nullum est, sed in executione demùm rei in alia actione iudicatæ electionem habet ex lege duodecim Tabularum. is qui condemnatus est vt seruum dedere possit si id malit, quàm litis æstimationem præstare *l. miles 6. §. 1. D. de re iud.* At in iudicium actionis hypothecariæ per se aliquod est, nec eget authoritate vlla rei iudicatæ, vt exerceri possit aut cui innitatur, Sufficitque vt rectè ac suo iure illum egisse priorem appareat, licèt non prior ad sententiam peruenerit. Habebit autem non beneficium possessionis de quo *in d. l. si debitor*, vt malè subiungit idem Bartolus, (nemo enim possessor fit ex eo solo quòd agat contra possessorem) sed ius illud nouum, & proprium quod acquiritur per contestationem, per quam certum est nouam contractum præcedentem haud secus ac per delegationem *l. delegare 11. §. 1. leg. aliam 29. D. de nouat. & delegat.* iunct. *l.* 2. *§. idem scribit D. de pecul.* Et hæc quidem ita se habent cùm dominus fuit is qui conuenit de pignore. Sed si dominus non sit, difficilius est dicere quid iuris constituendum esse videatur. Paulus hanc quæstionem tractat *in l. si non dominus 14. D. qui potior. in pign. hab.* adhibita distinctione in hæc verba, *si non dominus eandem rem diuersis temporibus pignorauerit, prior potior est, Quamuis si a diuersis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.* Cuius distinctionis prima pars obscuriorem illam habet dubitandi rationem: quòd cùm pignus à non domino constituitur, siue per traditionem, siue per nudam conuentionem nulla prorsus obligatio contrahi possit, quia nec pignus valet alienæ rei *l. 1. & tot. tit. C. si à non domin. pignor. dat. sit.* Inde namque fieri videtur, vt non melior conditio esse debeat eius qui prior à non domino pignus accepit, nec potior dici possit iure is qui prior est tempore, licèt ambo pignus acceperint ab eodem non domino qui nullum ipse ius habuit. Cùm ex vulgata iuris regula nemo plus iuris in alium transferre possit, quam ipse habeat. Cur non ergo in hac specie idipsum admittimus, quod in alia specie de pignore accepto à diuersis non dominis Paulus admittit, vt melior sit causa possidentis? Bartolus respondet, nec malè intelligi Paulum debere de pignore constituto ab eo qui dominus quidem non erat, sed tamen Publicianam habere poterat tanquam bonæ fidei possessor factus per traditionem ex iusto aliquo titulo secutam, Ex *l. si ab eo 18. D. de pignor.* vbi idem Paulus scribit. Si ab eo qui Publiciana vti potuit, quia dominium non habuit, pignus accepi, sic Prætorem tuetur me per Seruianam, quemadmodum debitorem per Publicianam. Nempe qui Prætor ex cuius edicto non minùs Seruiana, quàm Publiciana proficiscitur habet hunc possessorem domini loco, Et consequenter pignus ab eo constitutum pro benè constituto haud secus acsi à vero domino constitutum esset. Nisi forte ponas rem ei esse eum vero domino. Nam sicuti exceptio iusti dominij obstat Publicianæ *lege penultima D. de public. in rem act.* ita & Seruianæ ab eo propositæ, qui pignus accepit à non domino Publicianam habente. Sed illud difficilius est, Cur ergo melior sit conditio possessoris si à diuersis non dominis pignus acceptum sit, ac non potior omnimodo habeatur is qui prior conuenit de pignore, cùm ab eo causam habeat qui Publiciana vti potuisset. Nisi dicamus quæstionem hanc ex alia illa pendere quam inter prudentes veteres, Proculianos scilicet & Sabinianos controuersiam fuisse diximus, nec negat Cuiacius, Ex pluribus emptoribus qui a diuersis non dominis emerunt, vter Publicianam magis habere debeat. In qua diximus placuisse Sabinianis, ex quorum numero fuit Paulus perinde ac Iulianus & Vlpianus, præferendum eum esse qui sit in possessione *lege sine autem 9 si duobus D. eod. tit. De publician. in rem action.* Cum tamen Proculiani inter quos Neratius fuit, potiorem eum habuerint, qui prior iustius possessionem apprehendisset *lege si ea res 31. §. vltim. D. de action. empt.* Proinde mirum non est Paulum eandem adhibuisse distinctionem in pluribus pignoratitiis creditoribus, aut hypothecariis, Vt si ab eodem non domino pignus acceperint potior sit qui prior accepit, Si verò à diuersis non dominis *possessio* (sic enim legendum puto, non vt vulgò *possessor*) *melior sit.* Cur namque per Seruianam tueatur, Prætor eum cuius authorem si non idem possessor quoque esset, minimè per Publicianam tueretur? Nam & facilior est Prætor ad dandam Publicianam quàm ad indulgendam Seruianam in consequentiam Publicianæ, Vt ex eo apparet, quòd Publicianam habet etiam is qui emit non quidem à fure vel raptore, cùm res furtiuæ aut vi possessæ sicut non possunt vsucapi, ita nec venire possunt in Publicianam *dicta lege sine autem §. hæc actio. De public. in rem act.* Sed ab alio quolibet etiam malæ fidei possessore. Quamuis contra senserit Baldus *ad legem 2. Cod. de furt.* eùmque secutus Iason *ad legem quotiens num. 55.* Nec enim bonam fidem exigit Prætor nisi in eo qui Publicianam ipse exercet, non etiam in eo qui titulum & causam Publicianæ præbuerit. At Seruianam non dat Prætor ei qui à non domino pignus etiam prior accepit, nisi duo hæc concurrant vt & bona fide acceperit, & ab eo qui bona fide possidebat, Cum non det Seruianam nisi in consequentiam Publicianæ quam porrò nunquam daret malæ fidei possessori. Aliud ergo existimaret Neratius, qui ex schola Proculianorum fuit, & ex pluribus hypothecariis creditoribus qui a non dominis diuersis pignus accepissent, eum præferret haud dubiè non qui possessor esset, sed qui possessionem pignoris prior iustiùs apprehendisse inueniretur, Secundum ea quæ in superioribus disputauimus. Et ego sanè vt in alia quæstione, ita & in hac libentiùs cum Neratio sentirem. Cur non enim melior omni casu debeat esse conditio eius qui prior iustiùs possessionem apprehendit, & cui exinde ius competit proponendæ vtiliter, & efficaciter, aut Publicianæ, aut Seruianæ contra quemcumque alium, quàm dominum, licèt eam possessionem nullo suo facto habere posteà desierit? illud planè mirum videri non debet, potiorem omnimodo non esse illum, qui prior conuenit de pignore, cùm per eiusmodi conuentionem à non domino factam nullum ius acquisitum sit, sed tantùm defendatur conuentio per Prætorem in consequentiam, vt dixi tuitionis quam Prætor facit per Publicianam. Quòd verò si neuter, ex his creditoribus, qui ab eodem non domino pignus acceperunt, possessionem rei acceperit, sed tantùm conuenerit, vterque de pignore? Iam diximus nihil interesse apud Prætorem, an de vero pignore tractemus, an de hypotheca. In quo etiam obseruandum est diuersum esse ius Publicianæ & Seruianæ ob Publicianam competentis. Publiciana enim non competit nisi ei qui aliquando possederit, Seruiana verò competit etiam ei qui de pignore ita conuenit cum non domino, vt tamen pignoris possessionem nunquam habuerit, si modò cum eo conuenerit qui aliquando possedit iusto titulo, &

bona

bona fide, Ex eaque causa Publicianam exercere possunt. Nimirum quia in possessione vlucapientis nulla procedere potest vsucapio, l. si ut pe... 15. D. de vsucap. At fine possessione rei obligatæ ius & vinculum pignoris contrahi potest. Quid denique si non inuicem agant creditores isti, sed contra tertium & extraneum possessorem? Placet Azoni, & Accursio cæterisque Interpretibus præferendum eum cui priori res tradita fuerit etiamsi à diuersis non dominis pignus acceperint. Ex l. si debitor 10. D. de pign. quæ tamen non ad hunc casum pertinet, sed de eo pignore loquitur quo vnus & idem verus dominus duobus in solidum dederit. Quo casu dubitari non potest quin omnimodo permittendum sit eis singulis agere in solidum aduersus extraneum, vt melior sit conditio occupantis, quia verum est vnicuique ipsorum fuisse rem in solidum iure obligatam: Quod si exemplum hoc sequi possemus in proposita quæstione de iis creditoribus qui à diuersis non dominis eandem rem pignori acceperunt, æque dicendum esset præferendum eum non cui priori tradita res probaretur, nec qui prior conuenisset de pignore, sed qui prior Seruianam exerceret, quia & author eius in Publiciana præferretur, si prior occuparet. Quibus enim casibus potior esset causa possidentis si alteruter possideret, iisdem necesse est neutro possidente meliorem esse conditionem occupantis, Siue quod nihil melius dici possit, siue quòd qui actionem occupat, hoc ipso possessor fieri videatur si non est quæ in actionem euenit, saltem ipsius actionis arg. leg. si quis a multis 14. D. de noxal. act. l. inter eos 19. D. de re iud. l. vit. §. etsi præfatam C. de iur. delib. Nisi cùm actio correspectiua est vt illa Pro socio l. verum est 63 §. si cum tres D. pro socio. Etsi ratio illa me semper valde mouet vt pro eo respondere malim qui prior iustiùs possessionem apprehendit secundum Neratij sententiam, Et consequenter non qui prior egerit, sed qui prior Publicianam habuerit, quia & hic prior domini loco apud prætorem esse cœpit, Et cum Publiciana dictat eo solo colore quasi iam completa sit vsucapio, quæ tamen re vera inchoata tantum est. Quidni eum potius, & indistinctè per eum tueamur, qui prior vsucapionem completurus est, Quemadmodum si iam completa esset vsucapio esset ille haud dubiè, & indistinctè præferendus in directa rei vindicatione tanquam qui per vsucapionem factus esset verè dominus iure Quiritium, siue ipse ageret contra alium emptorem Publicianam habentem, quia Publicianæ exceptionem non timeret sui vindicat iure domini, nisi in casu l. si a Titio 72. D. de rei vindic. Siue per Publicianam conueniretur, quia Publicianæ semper obstat exceptio iusti domini d. l. pen D. de public. in rem act. Idque sane est quod sensit Neratius in d. l. si ea res 31. § vlt. D de act. empt. Ex pluribus bonæ fidei emptoribus siue ab eodem non domino, siue à diuersis non dominis emerint, tuendum cum esse non qui prior emerit, nec cui priori res tradita sit, sed qui prior iustiùs rem apprehenderit, Quandoquidem is citiùs quoque vsucapionem completurus, & dominus ex ea causa futurus est. Cuj consequens est, vt si de iure pignoris inter duos controuertatur, qui à diuersis non dominis eandem rem pignori acceperint, quique Seruianam eodem tempore singuli in solidum aduersùs extraneum exercere velint, præferri eum oporteat non cuj priori res tradita sit (nihil enim facit traditio cùm de pignoris obligatione contrahenda tractatur, vt tones diximus,) sed qui pignus acceperit ab eo qui prior vsucapionem completurus est, ac proinde qui in Publiciana omnimodo præferri debuisset: Quo tamen admisso intelligimus, idem dicendum esse & tamersi non aduersùs extraneum, sed inuicem agant, qui pignus à diuersis non dominis acceperunt, nec vllo casu verum esse quod Paulus voluit, melior em esse causam possidentis non magis cùm de Seruiana quàm cùm de Publiciana actione tractatur, si iuris rationi quæ Neratium & Proculianos mouit plus tribuas, quàm Sabinianorum authoritati. Sed de his hactenus.

ERROR X.

De re quam plures ab eodem locatore in solidum conduxerint separatim. Ad legem in operis vigesimamsextam, Digest. de locat. & ad legem ne cui vigesimasecunda, Codice eodem.

TRactemus iam de duobus qui ab eodem locatore rem eandem conductionis titulo acceperint. Nam & hic casus apud nostros dubius est, nec habent pro explicato, Vter potior esse debeat, an qui prior conduxit, nec tamen nisi posterior possessionem rei conductæ accepit, An verò is cui prior tradita res est licèt posterior conduxerit. Iason ad dictam legem quoties num. 31. & seq. Cod. de rei vind. prioris conductoris partes tuetur, sed satis leuibus fundamentis. Mouetur enim primùm ex eo quod d. l. quoties posita est sub Titulo De rei vind. nec nisi de emptione & donatione tantùm loquatur, non etiam de locatione: Quasi verò ex solo titulo, aut ex collatione legis sub aliquo titulo, ac non potiùs ex iuris ratione metiendum sit an quod in dicta lege quoties, de venditione duntaxat scriptum est, non etiam de donatione, nisi nos nostra fefellit emendatio, habeat locum etiam in locatione. Mouetur secundò ratione illa, quæ ad causam iuris accedere propiùs videtur quòd per traditionem ex causa locationis factam nullum ius reale transeat in conductorem, non solum dominij sed neque possessionis, lege non solet 39. D. locat. l. e si quis ante conduxit 10. D. de acquirenda possessione. Hoc enim est quod aliis verbis ait Iason in locatione cessare rationem fundamentalem dict. leg. quoties, quæ tota in eo sanè consistit, quòd per traditionem à vero domino factam ex causa venditionis transfertur dominium in primum accipientem. Ex quo fieri necesse est, vt secunda traditio alteri emptori quamuis priori facta nullius momenti esse possit, tanquam tradita re ab eo qui dominus esse iam desierit. Quam rationem vtrique fatendum est in locatione & conductione cessare. Addit tertiam rationem paulò longiùs quidem petitam, sed in qua tamen dilatanda sibi placet, sumptam ex eo quod docet Bartolus ad dictam legem quoties, quasi pro regula. Quòd quando duo requiruntur ad consummationem alicuius actus ille præferendus est in quo priùs duo illa reperiuntur. Vt est, inquit, in specie dict. leg. quoties, id est in translatione dominij ad quam duo requiruntur, scilicet titulus & possessio, Secus si vnum sufficeret. Atqui in locatione simplici non potest venire translatio dominij. Ergo, inquit traditio rei quæ nullam traditionem iuris importat non potest eum excludere, qui habet priorem locationem. Affert idem Iason responsum illud Vlpiani de quo iam aliquid scripsimus in leg. in operis 16. Digest. locat. vbi ait Vlpianus, In operis duobus simul locatis priori conductori antè satisfieri oportere. Quod ipsum nihil aliud esse videtur quàm quòd Iason mordicus defendit, potiorem primi quam secundi conductoris

causam esse debere. Mouetur postremò ex Imperatoris Zenonis Constitutione *in l. ne cui liceat 3. C. de locat.* vbi districtè prohibet Zenone cui liceat, qui aliquam domum alienam, vel locum, vel ergastulum nomine conductionis acceperit, alteri qui post eum domini voluntate ad eandem conductionem accessit, litem inferre quasi rem illicitam, aut agenti damnosam tentauerit, sed patere facultatem domino domus suas vel ergastula, vel loca cui voluerint locandi, Ipsis nihilominus qui conduxerint ab omni super hoc molestia liberis conseruandis, Nisi fortè pacta per scripturam inita cum dominis, vel cum his qui posteà conduxerunt, legibus videlicet cognita, agentis intentionibus suffragentur. Non desunt tamen qui contra Iasonem pro secundo conductore sentiant, sed eum distinctione, si secundus conductor cui priori res à locatore tradita est in rei conductæ possessione reperiatur. Sic enim Rot. *dec. t. De locat in antiquioribus & dec. 8. 9 in antiquis.* Bartholom. Socin. *cons. 29 lib. 4.* Alex. *cons. 152. col. 2. lib. 5.* Quam sententiam & distinctionem defendit Didac. Couuar. *lib. 2. var resol. c. 18. n. 8.* Vnica hac sed fortiori ratione, quòd licèt in conductorem non sit translatum per traditionem dominium, nec ius vllum reale, Is tamen si habeat ius potentius, cum habeat saltem rei detentationem, à qua si expellatur, ante omnia iudicis officio restituendus esset ad sim litudinem eius qui cùm possideret spoliatus probaretur. Ex *l. Aquilius Regulus 27.* vbi Bart. & Castrens. notant *D. de donat.* Itaque qui ex secunda locatione detinet potest iure retentionis se defendere à priore conductore qui tantum habet personalem actionem non realem: Actio verò personalis non datur contra secundum conductorem, sed contra locatorem. Et ego sanè cum istis contra Iasonem sentio. Cùm aperte Iason tractet eum casum quo secundus conductor cui priori res tradita est in possessione reperiatur. Qui casus nullam penitus dubitationem habere potest, quin posterioris conductoris, eiusdemque possessoris causa potior esse debeat, quàm prioris. Nullum enim ius tribuit locatio priori conductori nullamque actionem nisi personalem, contra locatorem de qua etiam sola agit Vlp. *in d. l. in operis.* Per quam actionem licèt cogi possit locator id est condemnari vt priori conductori prius satisfaciat, quomodo scriptum est *in d. l. in operis*, Nihil tamen ea res potest afficere secundum conductorem, qui iam sit in possessione rei conductæ, ob idque nulla egeat actione, sed tantùm retentione ad summouendum priorem conductorem, eo ipso iure quo locatorem quoque ipsum summoueret. Illa enim ratio qua præcipuè nititur Iason. aduersùs secundum conductorem, quòd traditio ei facta nullum ius reale in eum transferre potuerit, multò magis obstat primo conductori quem nemo dixerit plus iuris habere ob id debere quòd traditio ei nulla facta sit. Nam si traditioni iuncta locatio nullum ius transferre in conductorem potest, quantò minus ea quæ nullam traditionem comitem habeat? Hoc autem admisso vt nullum ius reale translatum sit in conductorem primum. Consequens omninò est, vt nulla possit ei competere actio nisi personalis, ac proinde contra locatorem ipsum exercenda, cum quo contraxit, non contra secundum conductorem cum quo non contraxit. Sed & illud falsum est quod pro vero supponit Iason, Per traditionem quam locator ex causa secundæ locationis fecerit, nullum ius reale transferri in secundum conductorem. Ius enim illud retentionis quod per eiusmodi traditionem secundo conductori acquisitum est ne possit eum locator propria authoritate expellere, adeòque nec per iudicem etiamsi offerat locator quicquid interest conductoris, Præterquàm ex certis causis de quib. in *l. ade 3. C. de locat.* An non satis reale ius [illegible] nulla eo nomine contracta sit hypotheca? Neque verò in contrarium quicquam facit supradicta Constitutio Zenonis, quæ licèt de pluribus eiusdem rei conductoribus loquatur, ponit tamen non pro eodem tempore factas plures locationes, sed secundam in id demùm tempus quo prior iam finita esset: quæ species nihil prorsus cum quæstione nostra commune habet. Sed tamen videntur mihi etiam isti quos Didacus sequitur, in eo errare, quòd traditioni, quæ secundo conductori à locatore facta sit, vim aliquam tribuunt, quasi eius potestate fiat vt secundi conductoris potior causa esse debeat, quàm prioris cui nunquam tradita res fuerit. Quod certè non ita est. Vincit enim priorem conductorem post tior tum quoque cùm res ei à locatore tradita est Non quia sit ei tradita, sed quia rem detinet. Cuius rei euidentissimo argumento illud est, quod etiamsi nulla ei traditio à locatore facta fuisset, idem tamen iuris esset, si modò qualibet alia ratione detentionem rei haberet. Nam neque locator ad hoc tenetur conductori, vt ei rem tradat quomodo tenetur venditor emptori, quòd nemo Interpretum in hac quæstione obseruat, sed tantùm vt patientiam ei præstet, quod non in faciendo consistit vt traditio, *l. eo filio 7. §. vlt. D. de curat furios.* sed in patiendo. Sufficit que locatori, vt per eum non stet quominùs conductori sui liceat *l. ex conducto 15. in princ. D. locat.* In quo licèt videatur conductor minùs iuris habere quàm emptor qui obligatum venditorem habet ad tradendum: Re vera tamen si propiùs inspicias plus iuris habet quàm emptor, quoniam propria authoritate possessionem & detentionem rei conductæ occupare potest, etiam non exquisita locatoris alia & noua voluntate. Quod in emptore diuersum est *l. si ex stipulatione 5. D. de a q. poss.* Nimirum quia emptor non venditori possidet sed sibi. Conductor verò non sibi sed locatori *l. 2. C. de præscr. 30. vel 40. annor l. certè 6. §. si qui rogauit D. de precar.* Nihil ergo in conductoribus facit traditio, sed tantùm detentio, Et consequenter fatendum est agentibus inuicem conductoribus quibus singulis eadem res in solidum diuersis temporibus locata sit [illegible] meliorem esse causam non primi conductoris vt Iason voluit, nec eius cui priori res tradita sit à locatore, vt alii, sed possidentis: Nam si neuter possideat, sed tertius quidam extraneus, quamuis nullo prorsus iure, nulla tamen siue priori, siue posteriori conductori actio competere potest aduersùs possessorem, sed personalis tantùm contra locatorem, Nisi ponas contractam esse locationem & conductionem, vt hodie fieri assolet adiecta pignoris conuentione. Tunc enim non modò Seruianam exercere contra extraneum possessorem, vterque conductor poterit, sed etiam ita vt præferatur is, non qui prior conduxerit, neque cui priori res tradita sit, sed qui prior conuenerit de pignore, Atque ita non tanquam conductor, sed quasi pignoratitius creditor, aut hypothecarius. Planè in personali actione quæ extra hunc casum contra locatorem ipsum instituenda est, potior primi conductoris causa esse debebit, Hactenus vt ei priorem locatorem satisfacere ac ni satisfaciat condemnari oporteat *d. l. in operis.* Sed is casus vt iam dixi ad quæstionem nostram non pertinet, nec argumentum quod ex illo textu pro errore suo tuendo Iason sumit.

ANTONII

ANTONII FABRI I.C.

Decas octogesimaseptima.

ERROR PRIMVS.

Si venditor promittat eam rem alteri non vendere, ex eaque causa obliget bona sua generaliter, vel ipsam rem venditam specialiter, quam postea vendat, & tradat alteri.

GLORIATVR Iason *ad l. quoties 15. n. 28. C. de rei vind.* hanc se limitationem ex sua inuentione afferre ad eam legem, vt non procedat quando venditor rem suam vni vendidit, eidémque per solemnem stipulationem promisit alteri non vendere, & pro obseruatione promissorum obligauit illi bona sua omnia, Præsertim verò hanc ipsam rem venditam. Eo namque casu si postea idem venditor eandem rem vendat & tradat alteri, Non dubitat Iason quin potior primi emptoris causa esse debeat, etiam non tradita res fuerit a venditore. Quia, inquit, tunc cessat ratio *d. l. quoties*. Quandoquidem per tale pactum cum hypotheca impeditur translatio dominij in secundum emptorem, & primus censetur habere ius in re Per textum quem Interpretes nostri omnes dicunt, nec immerito, valdè singularem *in l. si creditor 7. § vlt. D. de distract. pign.* Idque esse putat Iason quod significant Imperatores *in d. l. quoties*, cùm de prædio iure distracto loquuntur, Vt scilicet intelligamus à contrario sensu non posse secundum emptorem iure potiorem esse tametsi prædium ei priori traditum sit, si non iure facta sit secunda venditio, In proposito autem non videri iure factam posteriorem venditionem propter pactum in priore appositum cum hypotheca. Addit hoc se comprobare ex pulchra, inquit, cautela, quam in multis locis tradit Imol *ad l. emptorem 9. C. de locat.* Vbi cùm Imperator scribit emptorem non habere necesse vt stet colono venditoris sicut nec alius quilibet successor singularis stare teneretur. Notat tamen Imola bonam in contrarium cautelam esse quando locatur domus, quòd dominus promittat illam non vendere alij sub obligatione omnium bonorum suorum & præsertim illius domus, Quia si postea vendit, venditio erit nulla, & propter ius hypothecæ non poterit expelli. Sic enim Imola *in l. filiusfamilias 114. §. Diui 2. de leg. 1. & in l. absenti §. 1. ad fin. D. de donat.* Paulus Castrensis *ad leg. si merces 25. §. 1. D. locat.* Eamque sententiam tanquam indubitatam sequitur Didacus Couarruuias *lib. 2. var. res. c. 19. n. 7.* post Andræam Tiraquellum qui alios citat *lib. 1. De retract. §. 3 gloss. vnic. num 4.* Nec est, vt puto, ex tot Interpretibus qui dissentiat. Adeò tenebras omnibus offudit responsum illud Marciani quod extat *in d. l. si creditor §. vlt.* de cuius sententia & lectione Baldus contra Bartolum tam magnis iam olim contentionibus ad rixam vsque & parum fœliciter decertauit: Mihi iampridem quidem tota hæc traditio suspecta visa est. Sed cùm de Marciani responso nondum benè liqueret ante hunc diem, non poterat mihi compertum esse, quid de tota hac quæstione sentiendum arbitrarer. Ac de illius quidem responsi sententia & emendatione dicemus latiùs capite sequenti. Nunc verò errorem istum quem Interpretes ex eo responso inuexerunt apertissimis rationibus refellemus. Primùm omnium illud statim occurrit in hac opinione reprehendendum, quòd supponunt Interpretes posse quem sibi eam legem pacto dicere ne rem suam inuito vicino alienare possit, Quod euidenter falsum est, & a Pomponio disertè negatum *in l. pen. D. de pact.* Quam legem etsi vulgò sic ab Interpretibus accipi scio, nisi res illa cuius alienandæ facultatem sibi dominus præripuit in eum finem pignorata sit, & nos quoque in Rationalibus eam interpretationem secuti sumus, vt Pomponium cum Marciano conciliaremus, Nihil tamen est meo iudicio quod aut Pomponij verbis, aut iuris rationi minùs conueniat. Nam cùm Pomponius generaliter scribat neminem paciscendo efficere posse ne sibi liceat inuito vicino prædium suum alienare, non magis quàm ne locum suum dedicare, aut in suo mortuum sepelire. Quis exceptionem illam ferre possit, Nisi prædium ad hoc sit obligatum? An non enim per pactum fit, quod fit per conuentionem de pignore? Aut quod vna via fieri prohibitum est cur alia fieri permittimus? *l. scire oportet 21. § 1. de legit. tutor.* Quòd si vt hanc obiectionem effugeret Iason, putauit necessariam stipulationem solemnem de non vendendo alteri quasi plus hac parte possit stipulatio quàm nudum pactum de quo Pomponius loqui videtur, Ne is parum subtilis fuit Sunt enim generalia illa verba Pomponij *nemo paciscendo facere potest*, nec minùs stipulationem quàm pactum nudum comprehendunt. Nam & qui stipulatur paciscitur, & conuentionis pactique nomina generalia sunt, vt etiam contractus quoslibet complectantur *l. 1. l. conuentionum 5. & seqq. & pass. D. de pact.* Sed quid apertius, quàm illud videre, Pomponium *in d. l. penult.* cùm ait neminem paciscendo posse efficere ne locum suum dedicare sibi liceat, aut in suo mortuum sepelire, aut ne fundum suum alienare, Non tam ad infirmitatem nudi pacti respicere, cuius non tanta vis esse possit quanta stipulationis ad obligandum, quam ad defectum potestatis in persona paciscentis, cui non magis licet vt per stipulationem quàm vt per nudum pactum id faciat quod quoquomodo fieri iure prohibetur. Iuris enim ratio quæ resistit ne per pactum nudum fieri ista possint resistit etiam stipulationi: Nempe quod quisquis verè dominus est ex iure Quiritium is sicuti dominium suum etiam volens & vltrò amittere non potest, nisi aliquo ex iis modis quibus rerum dominia iure Quiritium & amitti, & acquiri placuit *l. si quis vi 17. §. differentia D. de acq. poss.* Ita neque facere potest, vt manens dominus non retineat etiam inuitus liberam rerum suarum alienandarum, & pro arbitrio administrandarum facultatem, quam ciuibus, & ingenuis omnibus lex dedit. Implicat enim contradictionem, vt quis dominus sit eius rei quam alienare prohibeatur, Nisi cùm dominium ad eum peruenit hac lege ne

alienar. possit. Iis scilicet casibus quibus alienatio vel per legem ipsam, vel per hominem lege permittente interdicta est *l. ult. C. de reb. alien. non alienand.* Est igitur contra leges pactio, siue per stipulationem fiat, siue citra stipulationem, per quam prohibetur quis ne rem suam licitis quoque & legitimis modis alienet. Quòd si promissio ipsa non alienandi quamuis valida stipulatione nullius omninò momenti est, quid obsecro prodesse pactum potest, quo conuenit de pignore ad eam ipsam rem obligandam? An non obligationem aliquam aut ciuilem, aut naturalem præcedere necesse est, vt pignoris obligatio quæ non nisi accessoria est, possit subsistere? Cùm ergo principalis causa non subsistat, nec ea quoque consistere possunt quæ accedunt & sequuntur, vt habet iuris regula. Sed & cùm hypothecaria tacitam illam conditionem semper habeat si pecunia non soluetur, vt scriptum est *in l. grege 13. §. etiam D. de pign.* fatendum est, etiamsi huiusmodi pignoris vinculum quod subesset, non aliam tamen huius conuentionis vtilitatem fore, quàm vt primus emptor qui rem haberet obligatam non priùs à iure illo suo reali discedere cogeretur, quàm ei præstitum esset quanti ipsius interesset. Quid enim aliud petere aut consequi à venditore potest emptor cui res non traditur? Ergo si hoc eo casu quo paratus sit venditor qui alienandi facultatem solemni stipulatione sibi præcipuit, præstare emptori plenissimam indemnitatem, eique quanti eius interest soluere, Non potest conuentio pignoris facere quin ius omne primi emptoris euanescat, quia & vinculum ipsum pignoris euanescit soluto omni debito: Nec tantum id obtinet si venditor qui debitor est, quoque pignus constituit, ipse satisfaciat, sed etiamsi secundus emptor eui dominus eandem rem vendere, eique tradere maluerit: Cùm possessor quilibet quarumuis minus habeat ius offerendi. Nec enim quærendum est de iure possessoris cùm sublatum est ius creditoris soluto pignore, *l. Paulus 12. §. 1. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* Proinde si secundùm Iasonis & aliorum ratiocinationem nihil est, quod impedire possit ne ex secunda venditione transferatur dominium in secundum emptorem, nisi ius illud reale quod primo emptori per conuentionem pignoris quæsitum est in re ipsa vendita. Consequens est vt per plenissimam indemnitatem præstitam dissoluto iure omni, ac vinculo pignoris potestas traditionis quæ per ius solum pignoris impediebatur, reuiuiscat, & vires suas exerat in dominio transferendo. Sublata enim causa pignoris sola supereft, promissio non alienandi quam fatentur omnes non posse sufficere, ad impediendam dominij translationem, quia etiamsi in his stipulationibus eam muniss, nunquam tamen facies vt eiusmodi promissio ius vllum tribuat in re, aut ad rem, sed tantùm in personam promissoris, eius scilicet venditoris, qui porrò actione illa personali non ad aliud teneri potest quàm vt vel contractum impleat, vel præstet quanti interest emptoris & stipulatoris. Nam nec hypotheca etiam specialis rei venditæ absque pactione de non alienando hanc vim habere posset vt impediretur alienatio. Cùm si in locatione apposita esset, non faceret vt eò magis emptor colono stare teneretur, vt ex communi nostrorum sententia concludit Didac. *lib. 2. var. res. c. 5. n. 3. vers. Secundum hinc deducitur.* Vt agnoscit ipse hanc ipsam rationem qua mouetur ne possimus admittere vllam hac parte vim esse hypothecæ quantumlibet specialis, quòd dissoluatur hypotheca hoc ipso quod à possessore vel secundo [illegible] persoluitur primò quicquid interest eius [illegible] *l. Paulus §. 1.* Quo magis mirandum est omnes Interpretes in eo consentire vt putent, Pactionem de non alienanda re vendita coniunctam cum speciali hypotheca potestatem eam habere vt alienationem impediat. Si enim conuentio pignoris ex qua sola ius reale inducitur, nihil tamen facere potest solo, quid addere queat promissio de non alienando facta per stipulationem, nisi personalem actionem? Nam quod vulgo iactitant, quæ non prosunt singula ea si multa & coniuncta sint iuuare posse, ad eadem nùm pertinet quæ æstimanda sunt ea coniectura aliqua voluntatis aut æquitatis, sed non ad illa etiam quæ pendent ex mera iuris siue constitutione, siue receptitatione *l. suadenm 15. §. quæ multa iura D. de excusat. tutor.* vbi est textus in hanc rem elegans valdè, & accommodatus. Vnde & illud quoque mirum quòd iidem Interpretes magis communiter putant necessariam esse ad hunc effectum specialem hypothecæ conuentionem nec generalem sufficere. Vt ex Bartolo, Baldo, Imola & aliis frequentiori calculo receptum esse testatur idem Didac. *d. n. 3. vers. Vltimò est ad hæc considerandum.* An non enim generalis hypotheca perinde ius in re tribuit, atque specialis? Rursum è contrario, Nonne specialis quoque hypotheca perinde dissoluitur soluto omni debito atque generalis? Quid igitur aut specialis facere amplius potest, aut generalis minùs? Sed grauior Interpretum nostrorum in proposita quæstione error ille est, quod etiamsi maxime verum esset quod nos maximè falsum esse contendimus, vt scilicet promissio de non alienando iuncta cum hypotheca speciali possit impedire translationem dominij, Non tamen ex eo possis inferre quod Iason & cæteri inferunt. Potiorem igitur prioris emptoris cui res non est tradita, quàm posterioris cui tradita sit, causam esse oportere. Quod enim dominium rei venditæ non sit translatum in secundum emptorem tametsi traditio ei facta sit, an facere eo magis debet, vt in priorem cui nunquam res tradita est, dominium translatum intelligatur? Aut quænam collectio ista est. Secundus non est factus dominus per traditionem nec fieri potuit propter iunctam cum prohibitione alienandi specialis hypothecæ potestatem. Ergo primus emptor dominus est, etiamsi res ei non tradatur? Quid enim vetat neutrum esse dominum, Nec priorem emptorem, quia res ei tradita non sit, nec posteriorem, quia traditio effectum suum habere non potuerit? Ideóque si secundus emptor ex traditione illa nullo iure facta possessor inueniatur, quidni præferendus erit priori nullum dominij ius habenti? Eo scilicet iure quo vincit reus quilibet per non ius actoris, præsertim verò in rei vindicatione *l. ult. C. de rei vindic.* & quo etiam vitiosa possessio aduersùs extraneos prodest *l. ult. D. de acq. poss.* Quamquam probabiliter dicere nemo possit, vitiosam esse possessionem eius cui venditor ipse ex causa venditionis rem tradiderit cùm habeat illam non solùm ex titulo per se iusto & habili ad dominium quóque acquirendum, sed etiam bona fide, & plus quàm bona fide scilicet à vero domino, Nil obstante illa prohibitione alienationis, etiam quæ coniunctam habeat specialem hypothecam, Quippe quæ ius ipsum dominij afficere quidem potest si Interpretibus nostris credimus, sed possessionem inficere nullomodo potest, Præsertim verò si ponas ignorari à posteriore emptore conuentiones illas cum priore factas. Quid enim commune habet ius tituli & dominij cum iure possessionis *l. 1. § si vir vxori l. naturaliter 12. §. nihil commune eod. tit.* Aut quid tos ipsum possessionis cum bona fide, quominùs is qui nullo etiam iure possidet, bona tamen fide possidere existimetur. Sed etsi poneres secundum emptorem cui soli res tradita sit à venditore

postmodum

postmodum amissa sine vllo facto suo possessione vellet eandem rem vindicare non à primo emptore quem ponimus nunquam possedisse, sed ab extraneo quolibet detentore. Dubitandum tamen non putarem quin rectè ageret tanquam dominus per traditionem effectus in præiudicium saltem eius qui nullum à primo emptore ius haberet, & cui nullum ex pactionibus inter venditorem & primum emptorem facti ius quæri potuisset. Tritum enim est ex doctrina ipsius quoque Bartoli *ad leg. 2. D. de except. rei iud.* Non esse admittendam exceptionem de iure tertij etiam quæ sit exclusiua iuris agentis, quoties non aliter exclusiua est, quàm si tertius ille velit: Qualem hanc esse ambigi non potest cùm in potestate sit primi emptoris an ius illud suum siue personale, siue reale velit exequi, necne. Quis enim iure suo præsertim tam dubio & incerto vti cogitur. Sed & si agente iam secundo emptore, & vindicante rem venditam ab extraneo possessore primus emptor liti interueniret, ad prohibendam quantum in se esset vindicationem, nulla tamen ratio esset summouendi secundi emptoris propter primum, qui ipse eius rei vindicandæ ius nullum haberet. Quo enim iure vindicationem alterius prohibere potest is qui nequeat ipse vindicare? Nam vt primus emptor vindicandi ius habeat, non sufficit vt impediat ne translatio dominij in secundum emptorem fieri possit, sed necesse est vt probet dominium in se translatum esse, quod probare nunquam poterit is, cui traditio nulla facta fuerit. Quòd si ponas secundum emptorem vtroque illo tempore quo & emit, & rei possessionem per traditionem accepit conuentiones illas inter venditorem & primum emptorem factas ignorasse, ac proinde tam contractus, quàm traditionis tempore bonam fidem habuisse. Quidni demus ei saltem Publicianam, quam haberet vtique etiamsi a non domino dummodo bona fide comparasset? An fortè minùs iuris habet ad exercendam saltem vtilem vindicationem is qui emit à vero domino, quamuis vendendi ius non habente ob aliquam occultam causam quam emptor ignorare probabiliter potuerit, nec diuinare debuerit, quàm is qui emit à non domino quem dominum esse existimauit? Aut quid interest ad inducendam bonam fidem an quis alienam rem esse nesciat, an verò inalienabilem duntaxat eam quam verè sciat propriam esse & in dominio venditoris? *l. bona fides 109. De verb. signif.* Taceo, quòd etiamsi probaretur secundus emptor sciuisse pactiones factas inter venditorem & primum emptorem, non ideò tamen posset dici malæ fidei emptor quominùs Publicianam habere deberet: Cùm si non verè, tamen probabili saltem errore credere potuerit, non eò minùs venditorem qui non obstantibus eiusmodi conuentionibus, rei suæ dominus manserit, eiusdem alienandæ, tradendæque potestatem sibi retinuisse, salua primo emptori aduersùs venditorem ob ruptam fidem contractus personali ad consequendam indemnitatem actione. Quæ nostra sententia est, aut vera planè, aut si fortè erronea, saltem probabilis. Quam etsi erroneam esse conuinceres, me quidem imperitiæ argueres, sed non ideò emptorem secundum in mala fide constitueres, quamuis in iure errantem, quia neque prædo, neque malæ fidei possessor est is qui in iure errat *l. sed et si 25. § scire D. de pet. her.* Maximè verò si error sit iuris valdè dubij & perplexi, vt tradit Didacus *in 2. part. relectionis cap. alma mater de sent. excomm. § 7 n 6. ex c. cum dilectus de consuet.* Nam imò verò ea iuris errore induci bonam fidem quæ sufficiens sit ad præscribendum etiam vbi titulus requiritur, placet eidem Didaco ex communi nostrorum opinione *lib 1. var. res. cap. 8.* vbi refellit etiam distinctionem illorum qui putant referre an per errorem iuris putauerit aliquis valere alienationem quæ absolutè ac simpliciter prohibita sit vt rerum Ecclesiasticarum, An verò valere alienationem quæ non absolutè prohibita sit sed in defectum solemnitatum quas adhiberi lex velit, nec tamen contrahentes adhibuerint vt contingit in alienatione rerum minoris, Quasi hoc posteriore casu excusabilior sit error, quàm priore. Quod tamen non ita est. Nihil enim refert siue effectum rei siue rationem iuris inspicias, vt benè Didacus argumentatur, an alienatio simpliciter prohibita sit, an verò permissa quidem sed adhibitis certis solemnitatibus quæ non interuenerint, Cùm vtroque casu verum sit venditionem non valere tanquam perinde contra leges factam *leg. lex quæ tutores 22. C. de admin. tut. l. non solùm 4. l. siquidem 11. & toto tit. C. de præd. minor.* Denique malæ fidei possessor est quisquis contra legum interdicta mercatur, vt scriptum est *in l. quemadmodum 7. C. de agric. & censit. lib. 11.* Sunt enim Leges & Constitutiones iuris publici quorum ignoratio nemini permissa est *l. pen. C. de iur. & fact. ignor.* At non similiter possit quis dicere, Malæ fidei possessorem censeri eum debere, qui emerit contra pactiones inter primum emptorem & venditorem factas, cùm priuatorum conuentiones & cautiones legum authoritate minimè censeantur *l. vlt. D. de iust. & legib.* Nec aliud erit tametsi promissio illa de non alienando non tantùm stipulatione vallata sit, sed etiam iureiurando. Quænam enim iurisiurandi potestas esse potest aduersùs eum qui neque iurauit, neque iurantis hæres est, sed singularis tantùm successor? Si quid enim vsquam personale est, vinculum sanè iurisiurandi tale est. Quæ autem personalia sunt ea constat in singularem successorem non transire. vulg. *l. vlt. § 1. D. de contr. empt. l. 1. § si hæres D. ad SC. Trebell.* Quod verò ad sententiam suam fortius comprobandam affert Iason ex eo quòd dici solet, Emptorem cogi stare colono si locator in contractu locationis promiserit alij rem locatam non vendere idque sub obligatione bonorum suorum omnium, & præsertim ipsius rei locatæ, iisdem rationibus & argumentis refelli potest. Pendet enim ex eodem errore cui causam dedit peruersa interpretatio, mendosáque lectio *d. l. si creditor 7. § vlt. D. de dist. pignor.* de qua tempus iam est vt coniecturam nostram aperiamus.

ERROR II.

De sententia, & emendatione legis si creditor septima, paragrapho vltimo, Digest. de distract. pignor.

NOn fuisset quisquam ex Interpretibus tam audax & subtilis qui dicere vnquam ausus fuisset, quod tam constanter omnes ore vno affirmant, Posse fieri per pactum de non alienando si coniuncta sit specialis hypotheca vt rei alienatio impediatur, si non eos omnes vnum hoc Marciani responsum fefellisset. Fatentur enim quotquot sunt qui hanc quæstionem tractant, Esse textum illum singularem, id est nullum extare alium quo tale quid probari possit. Quasi verò aut ratio aliqua, aut alia authoritas iuris deesse posset, si cui vnquam ex antiquis prudentibus tam absurda ne dicam planè stulta opinio probabilis visa esset. Sed neque persuadere mihi possum cuiquam ipsorum in mentem venisse, vt hoc ipsum poneret in quæstione, & dubitatione,

ratione, Cùm certissima iuris ratio prorsus repugnet, tamque euidenter vt nec dubitationi locum relinquere vllum videatur. Nam in præcedentibus tractare cœpimus. Nemo paciscendo efficere potest ne sibi liceat rem suam inanentem inuito vicino aut alio quolibet alienare *l. penult. D. de pact.* non magis quam vti ne dominus maneat rei suæ quamdiu eam non alienauit aliquo ex iis modis legitimis, quibus alienari, & transferri dominium posse placuit, *l. si quis vi 17. §. differentia D. de acq. poss.* In eo siquidem elucet maxime vis & potestas dominij, vt eam rem cuius quis dominus est alienare pro arbitrio possit, & de ea quo velit alio modo disponere *leg. 1. D. si a parent. quis manum. sit. l. in re mandata 21. Cod. mandat.* Ita suadente ac faciente ipsa naturali ratione, cui nihil tam conueniens est, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi *l. quaratione 9. §. hæ quoque res D. de acq. rer. dom.* Nec enim similiter possis dicere, & ex infinita illa voluntatis libertate inferre, Æquè permittendum esse domino eam si velit legem sibi dicere ne rem suam alienare posteà vnquam possit. Ne alioqui cogamur fateri quod negamus, Non esse liberum domino, quàm velit legem rei suæ dicere. Esset namque ista libertatis amissio potiùs quàm retentio, longéque aliud est Dominum legem dicere rei suæ, aliud sibi. Rei suæ quam vult legem dicere dominus potest, sibi non item, Sicuti solemus dicere de suprema testatoris voluntate, Esse illam planè liberam, & ex libero testatoris arbitrio pendentem, vt scriptum est *in l. 1 Cod. de sacros. Eccles.* Sed tamen fieri nullomodo posse, vt eam sibi testator legem dicat ne à priore sua voluntate possit recedere *leg. si quis in princ. l. 21. de legat. 3.* Nimirum esset hoc libertatem testandi non exercere, sed constringere, quod fieri nulla arte potest *leg. cùm duobus 52. alias l. si fratres § idem respondit societatem D. pro socio l. pactum quod dotali 15. C. de pact.* Neque rursus simile est quòd omnes admittunt & verissimum est, posse inhiberi alienationem à testatore. Eóque casu non modò impediri alienationem, sed etiam vsusfructus constitutionem, & pignoris obligationem, *l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* Id enim rationem illam diuersitatis habet, quia testator qui rerum suarum alienationem testamento prohibet non sibi legem dicit sed rebus suis & hæredi suo, ad quem alioqui res illæ peruenturæ essent cum libera alienandi potestate, Eiúsque rei argumento illud est, quod idem testator non eò minùs res suas alienare posteà quandocunque potest *l. Lucius 40 § 1. D. de fide e libert.* Sed & obseruandum est valdè interesse inter voluntatem testantis, & voluntatem contrahentis. Voluntas testantis lex est *vulg. §. disponat. Nouell. 22. De nupt. l. verbis legis 120. De verb. signif.* voluntas contrahentis non item *leg. pen. D. de suis & legit.* Lex autem cùm sit rerum omnium & personarum quæ in Republica sunt domina & regina *l. 1. & 2. D. de legib.* dubitandum non est, quin sicuti sola dominium transferre potest tanquam vnus, isque præcipuus modus transferendi iure Quiritium dominij, vt ait Vlpianus in fragmentis *tit. 19. De acq. rer.* ita & dominij alienationem prohibere ac impedire possit, quod voluntas & pactio contrahentium facere nullomodo potest, (nisi cùm quis rem suam tradit sub pacto De non alienando, vt dicemus *in Error. 6.*) *d. l. pen. D. de pact.* Ad quam, etsi video interpretes omnes exceptionem illam adnotare, quam & nos in Rationalibus ad illum locum secuti sumus, Nisi res de qua non alienanda conuenit pignorata sit, in eaque creditor ius reale habere cœperit. Agnosco tamen neque verbis legis neque iuris rationi conuenire exceptionem, Cui nec aliud sanè causam dedit, nisi quòd existimantes Interpretes sic à Marciano scriptum esse *in d. l. si creditor 7. § vltim. D. de distract. pign.* non aliter aut meliùs quam ea exceptione adhibita Pomponium cum Marciano conciliari posse crediderunt. Nemo certè est vel ex ipsis quoque Interpretibus qui non fateatur contendatque solam pactionem De non alienando ex quacumque causa factam etiam in rei propriæ traditione, tantæ potestatis esse nunquam posse vt alienationem impediat, si non coniuncta sit potestas hypothecæ vel pignoris. Quamquam in eam rem abutantur passim eo quod scriptum est *in l. ea lege 3. C. de cond. ob caus. dat.* & *l. si ita quis 135. §. ea lege D. de verb. oblig.* qui tamen loci ad rem non pertinent, quia loquuntur de pacto in rei propriæ traditione adhibito, nec probant quod volunt Interpretes vt in sequentibus ostendemus. Sanè extra casum illum fateor veram esse propositionem Interpretum ex *d. l. pen. de pact.* Nascitur enim ex eiusmodi pactione tantùm actio personalis contra eum qui aduersùs conuentionem fecerit, si modò ex iusta & honesta causa intersit agentis, vt *in d. § ea lege, & d. l. 3.* Puta si conuenerit inter nos pacto incontinenti post alium contractum adhibito ne tu alij quàm mihi rem tuam venderes vel locares, vt *in l. qui fundum 75. De contr. empt. l. si sterilis 21. § si tibi fundum & seq. D. de act. empt.* Nam si nihil intersit (interesse autem non videtur nisi honesta causa interueniente *l. 3 § si mecum D. ad exhib. leg. tum is 12. D. de furt.*) ne quidem personalis actio vlla ex tali conuentione nasci potest, cùm obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ sint, vt vnusquisque acquirat quod sua interest. *l. stipulatio ista 38. § alteri D. de verb. oblig.* In eóque conuenit mihi cum Bartolo cæterisque Interpretibus omnibus *ad d. § ea lege* qui hunc admittunt esse sensum *d. l. pen. de pact.* vbi Pomponius huiusmodi pactionem vsque adeò improbat, vt neque personalem actionem aut exceptionem ex ea concedere videatur. Nec abs re, cùm prohibitio ipsa testatoris, quàm longè maioris potestatis esse diximus, nullas tamen vires habeat si sit nuda, id est nisi admixtam habeat aliquam causam *l. filiusfamilias 114. § Diui 2. De legat. 1. l. pater filium 38. paragrapho Iulius Agrippa de legat. 3.* Et quidem talem ex qua appareat interesse alterius quàm hæredis prohibiri, ne alienetur ea res quam testator alienari prohibuit, vt nos pluribus explicuimus lib. decimoquinto Coniecturarum. Quamquam illod quoque obseruatione dignum est, quod nos, ni fallimur, alibi docuimus alienationis prohibitionem etiam à testatore factam non vsque adeò rem ipsam afficere, ne tum quidem cùm iusta & honesta prohibendi causa intercedit vt impediat alienationem, id est translationem dominij in emptorem, sed tantùm vt inducat petitionem fideicommissi. quod eo casu relictum videtur sub conditione in casum contrauentionis & alienationis *d. paragrapho Diui & l. vnum ex familia 67. paragrapho si duos & seq. l. peto 69. paragrapho fratre l. cùm pater 77. paragrapho libertis eum l. seq. paragrapho prædium De legat. 2. l. quoties 15. C. de fideic.* Cæterùm rei alienatæ dominium ad emptorem haud dubiè pertinebit. Nam & pertineret, tametsi res illa alienari prohibita per fideicommissum expressum & absolutum nominatim relicta esset, Inspecta scilicet ratione iuris illius veteris quod obtinuit ad constitutionem vsque Iustiniani *in l. vlt. paragrapho vlt. C. commun. de legat. & fideicomm.* qua primùm constitutione factum est vt res siue in diem, siue etiam sub conditione legata vel per fideicommissum relicta, & pendente die vel conditione fideicommissi alienata reuocari posteà quandocunque possit per legatarium aut fideicommissarium

missarium

missarium & euinci emptori tanquam nullo iure, se contra prohibitionem non iam testatoris quàm Imperatoriæ legis alienata, Cùm antea diuersum obtineret, quia & ante Iustinianum erat inauditum, vt fideicommissario d. rerum vindicatio rerum fideicommissi ab hærede alienatarum, nec si in fraudem fideicommissi quod magis est alienatio facta probaretur, vt in *l. Imperator 50. l. Titius 54. D ad SC Treb.* vt ostendimus *in Error. 7. Dec. 70.* solùmque illud remedium supererat fideicommissario, vt quæ perperam hæres alienasset imputarentur ei in quartam, *l. 3 § 2. & 3 quæ cod.* reliquum autem de suo hæres fideicommissario sarciret, aut fideiussor quem ex hac causa ab hærede dari necesse erat ex edicto prætoris, vt legatariis vel fideicommissariis rectè & vtiliter cautum esset. *Tot. tit. Vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat, & vt in poss. legat. vel fideic. seruand. caus. ess. lic. D & Cod.* Et verò qui fieri poterat vt rerum fideicommissi alienatarum vindicationem aduersùs emptorem haberet fideicommissarius tanquam dominus vel gentium iure, vel ciuili, cùm nec dominus olim fieret iure Quiritium non solùm per restitutionem fideicommissi, sed neque per traditionem ipsam singularem rerum fideicommisso subiectarum tanquam non ex iusta causa factam, quòd fideicommissa legibus duodecim Tabularum, & aliis quæ secutæ sunt, incognita non nisi tuitione prætoria subsisterent? *l. 3. D. si vsusfruct. pet.* iunct. *l. nunquam nuda 31. De acq. rer. dom. & Inst. tit. De fideicomm. hær.* Plane non nego iam olim potuisse fideicommissarium post restitutam sibi vel solo verbo hæreditatem vindicare res hæreditarias, sed tanquam dominum bonitarium, propterea quòd in bonis eius fierent res omnes hæreditariæ per restitutionem *l. facta 63. D. ad SC Treb.* Hoc ergo admisso, quis non fateatur multò minùs potuisse impediri alienationem per solam licet non nudam alienationis prohibitionem, quippe ex qua fideicommissum nullum nisi per interpretationem adeóque conditionale induci possit? Neque superioribus contrarium est, quod idem Iustinianus *in d. l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* ita coniunctim tractat de prohibitione alienationis facta siue per legem, siue per testatorem, siue per conuentionem inter viuos, vt omnes hos casus exæquasse videatur. Cùm tamen nemo dubitet quin alienatio impediatur, quoties facta venditio est contra ipsius legis prohibitionem, vtputa si rem immobilem minor vendiderit sine decreto, Vel prodigus cui bonis interdictum est *leg. 1. l. Iulianus 10. D. de curat. furios. l. 1. D. de reb. cor. l. siquidem 11. & pass. Cod. de præd. minor.* Respondendum enim est intelligendam eam legem de prohibitione hominis quæ sit valida, qualis illa non est, Ne dominus rem suam possit alienare *d. l. pen. de pact.* Nisi cùm dominus ipse talem legem dixit traditioni rei suæ. Sic enim respondere malo quàm quomodo Bartolus post Accursium in eo exæquari omnes alienationis prohibitiones, siue per legem factæ sint, siue per testatorem, siue per pactionem, quod omni casu non tantùm alienatio prohibita intelligitur, sed etiam vsusfructus datio, constitutio pignoris vel seruitutis, contractus emphyteuticus, alia denique omnia per quæ ad alienationem peruenitur, scilicet vt quisquis alienare prohibitus est teneatur si quid horum fecerit perinde acsi vendidisset tanquam qui fecerit contra prohibitionem, at non vt par sit & æqualis potestas prohibitionis ad impediendam alienationem ipsam. Quasi semper potentior sit prohibitio legis, quæ hominis nullo indiget adminiculo, quàm hominis, quæ si legis auxilio & authoritate destituatur, nullius omninò momenti est siue in vltima voluntate fiat, siue inter viuos. Nam imò verò potentior est prohibitio hominis quàm legis si fiat à domino rem suam tradente. Vt probabimus in sequentibus, & constat ex *l. ea quidem 5. C. si mancip. ita fuer. alien.* quæ ad hunc casum propriè pertinet, & ad quam nec Bartolus ipse si viueret respondere vnquam posset. Quòd si alienationis prohibitio siue in contractu siue etiam à testatore facta tantam vim habere non potest, vt alienationem ipsam impediat, si adiuncta non sit conuentio pignoris, vel hypothecæ, vt Doctores volunt, Rogo quid afferre præterea potest adiunctio hypothecæ? Respondebunt statim omnes vno ore Interpretes, hoc afferre conuentionem pignoris, quòd ex eo tempore is qui stipulatus est ne res aliene tur quæ specialiter obligata est, cœpit exinde habere in re ius aliquod reale, cuius maiorem potestatem esse conueniens est quam iuris cuiuslibet personalis ad rem ipsam afficiendam. Ego vero non inficior ita esse, sed hoc contendo, Non posse iuris illius realis tantam vim esse vt impediat alienationem, quoniam ius pignoris siue hypothecæ temporale tantùm est, alienatio verò perpetua. Nihil enim est quod alienari propriè & absolutè ad tempus possit. Qui ergo fieri potest vt tale ius pignoris vel hypothecæ alienationem impediat? Aut vt effectus huius conuentionis longiùs porrigatur quàm ius ipsum pignoris? Atqui ius ipsum & vinculum pignoris dissolui facilè potest, oblato quandocunque debito, aut aliter creditori satisfacto. Sicut enim de natura pignoris est vt possit distrahi à creditore, adeò vt non sit vtile pignus quod distrahi nullo casu nullóque tempore potest, *l. 4. D. de pignor. act.* Ita & de pignoris natura quoque est vt possit dissolui, nec nisi temporalem præbeat vtilitatem, *l. si rem 9. § omnis pecunia eod. tit. l. grege 13. § etiam D de pign. l. pen. D. de except. rei iud.* Debuerunt ergo Interpretes dicere, si tantam vim conuentioni pignoris tribuere voluerunt, Posse conuentionem de non alienando cum hypotheca iunctam facere vt non teneat alienatio donec indemnitati stipulatoris plenissimè satisfactum sit, præstito ei quanti omninò interest ipsius, Non autem quod tam pertinaciter defendunt, Facere hypothecam cum pactione de non alienando coniunctam vt rei obligatæ alienatio in perpetuum & absolutè impediatur. Nam & iidem fatentur solam pignoris conuentionem non interueniente stipulatione de non alienando, tantam vim habere non posse vt alienationem impediat, Licèt non eo minùs verum sit hoc quoque casu ius reale contrahi per conuentionem pignoris in fauorem creditoris. Restat igitur vt ad Marciani textum illum quo vno Interpretes omnes mouentur, respondeamus. Mirum sanè est à tam multis sæculis vidisse neminem quomodo Marcianus scripserit in ea re, in qua dubitare nemo possit quid scribere debuerit. Adeò infœliciter & frustrà omnis opera impenditur explicandis iis locis qui indigent emendatione. Etsi verò plerumque accidit, vt emendandi ratio difficilior sit, quàm vt occurrere statim possit, vel ei qui emendandi licentiam & authoritatem sibi adroget, quam ex necessitate sibi adrogandam esse recentiores ferè omnes Interpretes, sanè ex recentioribus Gallis doctissimi quique crediderunt, Tantò mirabilius tamen est non fuisse obseruatum mendum, quod non linea integra, non dictione aliqua, at nec syllaba vlla, sed literula vna adiecta seruari commodissimè possit: Præsertim cùm nec defuerint qui hoc quodammodo præsentientes ausi sunt detrahere literam in dictione *nullam* & legere *vllam* vt affirmatiuam facerent sententiam quæ haud dubiè à Marciano concepta est negatiuè. Istorum error fuit quòd quæsierunt mendum in responsione, quod suberat in quæstione. Nec

enim

enim putandum est eam fuisse quæstionem propositam à Marciano, An valeat conuentio facta inter debitorem & creditorem ne liceat debitori vendere pignus vel hypothecam, quæ quæstio prorsus absurda inanis & inutilis est, vt mox dicemus, Sed illam potiùs, An valeat pactum à creditore factum ne liceat ei debitoris hypothecam vendere vel pignus, Quam ita propositam esse apertissimè intelliges si iisdem omninò verbis retentis eodémque verborum ordine hoc solùm immutes vt pro *debitori* legas *debitoris*. Nam & verisimile & priscos illos Librarius & Scriptores, quibus solemne erat omnia quàm paucioribus fieri posset litteris perscribere, his litteris contentos fuisse *debit.* aut *debitor.* ex quibus perinde possis legere *debitoris*, atque *debitori*, & contrà: indéque mendum hoc fluxisse.

ERROR III.

De conuentione Ne liceat debitori, vel creditori pignus, aut hypothecam vendere.

Dixi absurdam, inanem & inutilem esse quæstionem De validitate conuentionis inter debitorem & creditorem interpositæ, Ne liceat debitori vendere pignus & hypothecam, quia & conuentio eiusmodi prorsus absurda, & inutilis est. Nec enim quicquam interest creditoris, præsertim si ius vetus inspicias, quod Marciani temporibus obtinebat, An debitor pignus vel hypothecam alteri vendat, an sibi retineat, Cùm omni casu æquè saluam paratámque habeat creditor pignoris aut hypothecæ persecutionem aduersùs tertium quemlibet siue bonæ siue malæ fidei possessorem, quia fit semper alienatio cum sua causa, nec mutatione dominij ius pignoris vel hypothecæ aut mutatur, aut extinguitur, *l. si debitor 12. C. de distract. pign. l. vnic. Cod. rem alien. gerent non interd. rer. suar. alien l. 1. §. cùm prædium D. de pign. l. vsucapio 7. C. eod.* Hodie sanè multùm interest creditoris non alienari pignus vel hypothecam, postquàm placuit Iustiniano inuita Iurisprudentia vt liceat debitori res suas obligatas alienanti etiam inscio adeóque inuito creditore, hactenus deteriorem facere creditoris conditionem, ne possit creditor ius suum exequi contra tertium bonæ fidei possessorem nisi exclusis priùs cæteris bonis debitoris, itémque fideiussorum, aliorúmve intercessorum si qui accessisse proponantur *Nou 4. De fideiuss.* vnde sumpta est *Auth hoc si debitor C. de pign.* Sed cùm olim esset incognita exceptio illa non factæ excussionis, nisi in specie *l. Meschis 47. D. de iur. fisc.* de qua alibi scripsimus, iúsque ita obtineret, vt distractis à debitore pignoribus creditores potestatem eligendi haberent vtrúmne personali actione obligatos sibi, an pignora possidentes actione in re conuenire vellent *l. distractis 14. C. de pign. l. est in arbitrio 14. C. de oblig. & act. l. creditoris 8. D. de distract. pign.* Apparet nihil interfuisse creditoris hypothecarij multóque minùs pignoratitij an debitor obligatam rem venderet, necne, ob idque non nisi vtilem conuentionem illam de non vendendo per debitorem pignore, & consequenter inutilem quæstionem de conuentionis illius validitate esse potuisse. Idque nec Bartolus ipse dissimulare potest, qui vt aliquem casum vtilem comminiscatur quo possit interesse creditoris, Ne pignus vel hypotheca per debitorem alienetur, Vnum illum conquirit, & reperit, Si fortè inquit, debitor velit alienare in potentiorem, contra quem durior & difficilior creditori futura sit pignoris persecutio, quàm aduersùs debitorem ipsum futura esset. Sed præter id quòd generalis quæstio est quam proponit Marcianus, non ad hunc casum planè commentitium restricta, nec proinde restringenda, Illud etiam apertum est, quod ad iuris rationem pertinet, nihil referre an facta sit alienatio in potentiorem, an in personam eiusdem conditionis, Cùm vtroque casu æquè ius suum exequi possit si velit, & agendi difficultas valdè differ ab impedimento aut iuris aut naturæ *l. continuus 137. § illud De verb. oblig.* Maximè verò cùm paratum sit ei cuius interest remedium aduersùs potentiorem in quem facta alienatio est, Aut ex illa edicti parte qua cautum est de alienatione iudicij mutandi causa facta *l. 1. in fin. & l. 3. in princ. D. eod. tit.* Aut ex Imperatorum Constitutionibus quæ extant *in tit. Cod. ne lic. potent. patroc. litig. præst.* Quare nec prætoris edictum quo cauit de reuocandis per actionem Paulianam iis quæ in creditorum fraudem alienata sunt ad creditores pignoratitios aut hypothecarios pertinet, sed tantùm ad chirographarios, vt aliàs docuimus quia soli chirographarij fraudari possunt qui nullam nisi in personam debitoris, & in bona eiusdem condemnati actionem habent, Non etiam pignoratitij & hypothecarij quibus actio in rem competit non minùs contra possessorem alium quemlibet, quàm contra debitorem ipsum. Cùm igitur nihil penitus intersit creditoris an debitor pignus vel hypothecam alienet an non, Illud quoque consequens est dicere, Nec iustam nec vtilem esse posse conuentionem per quam alienatio debitori prohibeatur, Non solùm si personam ipsius debitoris inspicias qui cùm sit dominus, vt iam toties diximus facultatem sibi præripere rei suæ alienandæ non potest, *d. l. pen. l. e pact.* Sed etsi personam creditoris, cuius nihil interest, cùm actio nunquam detur ei cuius nihil interest *l. 3. §. 1. d. l. stipulatio ista 38. §. alteri De verb. oblig.* Sed & tractatus ipse, & titulus sub quo posita est lex quam emendamus coniectoram emendationis nostræ non parum iuuat. Titulus enim est de distractione pignorum, De distractione, inquam, illa quæ fiat non per debitorem, de qua nunc disputamus, nec vt fit hodie per subhastationes postulante quidem creditore, sed nomine debitoris maximè in executione iudicati, de qua in *l. si ob causam 53. C. de evict. l. 1. & 2. C. si in caus. ind. pign. capt. sit.* Sed per creditorem ipsum vendentem proprio nomine & iure creditoris, De qua venditionis specie intelligi debent leges omnes quæ in libris nostris extant, quotquot de pignorum distractione loquuntur. Nam de venditione pignoris, quæ per debitorem ipsum fiat separatus tractatus, in iure nostro nullus est, quia nec separandi eius causa vlla fuit, cùm permissa sit debitori venditio rei propriæ non iure aliquo singulari, quomodo creditori rem obligatam distrahenti iure creditoris, sed eo iure communi, quo liberum est cuilibet homini ingenuo de rebus suis pro arbitrio disponere *d. l. 2. D. si à parent. quis manum. sit.* Nec sanè alius in toto eo titulo textus est quem possis interpretari de venditione pignoris vel hypothecæ facta per debitorem, Vt proinde sit omninò improbabile de tali venditione Marcianum interpretari, Præsertim cùm & initium eiusdem legis, & quæ in ea sequuntur quæstiones ad eam venditionis speciem pertineant, quæ facta sit à creditore. Adde, quòd quæstio Marciani concepta est non tantùm de hypotheca, sed etiam de pignore quatenus ab hypotheca non nudo sono, sed verbi proprietate ac significatione distinguitur, vt & in quæstione proposita initio legis. Nec tamen fieri potest vt sit locus quæstioni in pignore

propriè

fortis 35. in fin. D de pign. act. Apparet non posse quęstionem incidere An liceat debitori alienare rem obligatam cuius ipse possessionem nō habeat. Quomodo enim fiet alienatio, id est translatio dominij à debitore vendete si traditio non intercedat: *l. traditionibus 20. C. de pact. l. 1. C. de fund. dotal. l. traditio 20. & l. nunquam nuda 31. D. de acqu. rer. domin.* Quomodo autem fieri potest vt debitor tradat rem quā non ipse sed creditor possideat, cùm traditio nihil aliud sit quàm datio possessionis *l. 3. in princ. D. de act. empt.* Sed & quid obsecro interesse potest c... ditoris etiam iure nouo quo hodie vtimur, an pignus quod creditor ipse possidet à debitore distractu fuerit, necne, cùm sit ipse in possessione pignoris tamdin eam retenturus quamdiu nō fuerit sibi plenissimè satisfactum, nec ante dimissurus *l. 1. in pr. D. de pig. l. à Diuo Pio 15. §. quòd si res D. de re iud.* Exceptio nāque illa nō factæ excussionis quam à Iustiniano inductam fuisse diximus vt possit obiici creditori, sicut alij prodesse non potest quā ei qui sit possessor & quidem bona fide, ita non potest obiici creditori qui ipse possideat, ideóque non actione aliqua indigeat ad pignus persequendum, sed tantùm retentione ad summouendum quemlibet agere volentem, siue debitor ille sit, siue is qui emerit à debitore, Et siue pactionem illam De non alienando per debitorem pignore valere dicas siue non valere. Nam etiamsi maximè valeret, facere tamē non posset, vt emptori pignus tradere creditor cogeretur ante debiti solutionem. Potuit igitur & debuit Marcianus quęstionem concipere de hypotheca tantum non de pignore si de rei obligatæ venditione per debitorem facienda sensit. Nam in hypotheca cuius possessio penes debitorem ipsum remanet, facilè locum habere quæstio potest si debitor hypothecā alicui vendiderit & tradiderit, quam auocare postea creditor velit Etsi enim hoc quoque casu nihil interesset olim creditoris, vt suprà ostendimus, hodie tamen interesset post inductam à Iustiniano in fauorem tertij possessoris, non excussi debitoris exceptionem. Atqui de pignore non minùs quam de hypotheca quærit Marcianus. Ergo vel ex hoc solo intelligimus non de illa pactione eum tractare per quam conuenerit, ne liceat debitoris pignus vel hypothecam vendere. Sed de illa potiùs, Ne creditori liceat vendere pignus vel hypothecam debitoris. Cùm enim distractio & pignoris & hypothecę creditori æquè ac indistinctè permissa sit vt sibi debitam pecuniam cōsequatur, nemo non videt perinde posse quæstionem hanc posteriorem concipi in pignore, atque in hypotheca, Tantóque maiorem esse rationem dubitandi in pignore quantò durius est, vt non possit creditor rem à se possessam distrahere quàm vt non possit hypothecam vendere, quæ non ab ipso, sed à debitore possideātur: Scripsit itaque Marcianus *ne liceat* supple creditori *debitoris hypothecam vend. vel pign.* Nam & pignus & hypotheca debitoris est, & in huius ipsius non in bonis creditoris *l. pig. 9. C. de pig. act. d. l. cum & fortis 35. §. 1. D. eod.* id est rès ipsa pignorata, & vt ita loquar hypothecata. Sumpto scilicet pignoris, & hypothecæ nomine in concreto pro re ipsa obligata, nō in abstracto pro iure ac vinculo pignoris vel hypothecæ. Ius enim illud, creditoris sanè est nō debitoris. Sed cùm de venditione pignoris vel hypothecæ loquimur, quæ siue per debitorem siue per creditorem fiat, non de illius iuris venditione intelligimus, sed de distractione ipsius rei obligatæ. Interpretem qui literam S, primus sustulit, fallere illud etiam potuit, quòd priora illa Marciani verba *si pactum sit à cred.* putauit accipienda de pacto adhibito in vtilitatem creditoris, Cùm tamen ipsa verbi proprietas contrariam potius interpretationē suadeat. Pacisci enim dicitur magis propriè is qui promittit, quàm is cui promittitur, in ... imè differūt ista *pacisci & stipul. l. si vnus 27 § pac... peteret & pass. D. de pact. l. qui cum tutorib. 9. §. qui ... fallaciam D. de transact.* Ita verò Marciani contextu emendato, nihil aliud ex toto illo responso inferri poterit, nisi quòd omnes admittunt, Valere pactionem, Ne liceat creditori vēdere pignus vel hypothecam debitoris. In quo tamen ratio illa dubitandi suberat, quòd talis conuentio, vt in Marciani textu est contra ius posita videatur: Quandoquidē hoc iure vtimur, vt creditori liceat pignus distrahere, adeóque distrahendo etiam proprietatem, quam non habet in alium transferre *Tit. quib. alien. licet vel non. Instit* ita vt qui à creditore pignori obligatum prædium emit de proprietate vinci non possit *l. qui à cred 18 C de distr. pig.* Nec tantùm licet creditori pignus vel hypothecam distrahere cùm de eo expressim conuenit, sed etiamsi nihil conuenerit, si modo non conuenit ne liceat inquit Vlpianus in *l. si conuen. 4. D de pig. act.* Quibus verbis ostendit apertissimè talem pactionem valere, neque refragari iuris rationē, Quia quod dicimus posse creditorem iure suo pignus, vel hypothecā distrahere sic accipiendum est, si non lex cōtractus reluctetur. Quidni enim Prætor hanc tueatur conuentionē, quæ nec cōtra leges sit, nec cōtra bonos mores? Certum agitur est quod Marcianus ait, si creditor contrà legem sibi dictam pignus vel hypothecam vendiderit, nullā esse venditionem vt pactioni stetur, nec eo minus vindicationē rei suę habiturū debitorē quasi nullo modo alienatæ, si eam vindicare velit ab emptore.

ERROR IV.

Ad l. si conuen. 4. D. de pign. act. Tribonianismus obseruatus in d. l. si credit. 7. §. vlt. de distr. pignoris.

PLus dicit Vlpianus *in d. l. 4* Creditorem qui aduersus pactionem distraxerit furti obligari, tanquam qui rem alienam inuito hac parte domino contrectauerit, & in alium vsum quàm in quem pignus acceperat. Tractat nāque Vlpianus de eo qui non hypothecam sed pignus distraxerit, ac proinde qui rem obligatam cuius possessor erat contrectauerit, Nam si creditor millies vēderet hypothecam quam non ipse, sed debitor possideret, furtum tamen non faceret quia sola venditio sine traditione non facit contrectationem, furtū autem sine cōtrectatione fieri nequit. Eodemq; modo accipi debet quod ex Iauoleno scriptum legimus *in l si is qui pig. 73. D. de furt.* Idē enim vtriusque loci sensus est, nisi quòd Iauolenus ad obligandum furti creditorē hoc solum requirere videtur vt nihil conuenerit de vendendo pignore, Cùm tamen Vlpianus exigere videatur vt expressim cōuenerit de pignore non distrahendo. Sed responderi commodè potest verba illa Iauoleni *cùm de vendendo pignore nihil conuenis.* ita esse accipienda acsi scriptum esset, si neque expressè neque tacitè de pignore cōuenisset, quod ipsum nihil aliud est quàm dicere cum Vlpiano *si conuenisset expressim de non vend. pign.* alioqui tacitè de eo conuenisse videtur, cum etiam tacito consensu conuenire possit vt *ait l. 2. & 4. D. de pact.* Cum itaque non alia sentētia sit Marciani *in d. l. si cred. § vlt.* quàm quæ Vlp. *in d. l 4. D. de pig. act* De creditore paciscente expressim de non distrahendo pignore vel hypotheca debitoris. Intelligimus eandem exceptionem ad Marcianum addendam esse quam

Wisianus in d.l.4.addidit *nisi ter fuerit denunciatum debitori vt soluat & cessauerit.* Trina enim illa denunciatione præcedente certum est posse nihilominus distrahi pignus, vel hypothecam, tùm quoque cùm inter debitorem & creditorem conuenit ne distrahere liceat, vt disertè Paulus noster scribit tractans de fiducia, quæ pignoris species erat iis temporib. poríssimum vsitata *lib.2.sent.tit.13.de leg. commiss.§. si inter.* Vbi rationem reddit quòd ex tali conuentione actio fiduciæ nasci non possit. Cuius tamen rationis sensus quis esse possit non video si hic non est vt eiusmodi conuentio non valeat. Nec enim dubitandum est quin ex omni conuentione in fiduciæ contractu adhibita vtiliter actio fiduciæ nascatur, si quid aduersus eam conuentionem fiat. Exemplo eius quod in *tit.seq.14.De vsur.* idem Paulus scribit, si pactum nudum de vsuris præstandis interpositum sit, nullius id esse momenti: Ex nudo enim pacto, inquit, inter ciues Romanos actio non nascitur. Et verò non possis dicere huiusmodi conuentionem valere ex eo, quòd faciat vt non aliter vendi pignus possit etiam cessante debitore, quam si trina illa denunciatio eaque solemnis, id est terarò facta præcesserit. Nam & nulla conuentione interposita si creditor pignus sibi simpliciter datum distrahere velit, certum est ter ante denunciare eum debere suo debitori vt pignus luat, ne a se distrahatur, vt idem Paulus docet *eod.lib.2.sent. tit.5. De pign.in princ.* Ex quo loco apparet eo solo casu remissam creditori sollemnis denuntiationis necessitatem, quo inter eum & debitorem conuenerit de pignore distrahendo. Etsi enim nulla quoque facta conuentione hoc ipsum tacite conuenisse intelligitur vt diximus, dubitandum tamen non est quin hac parte, vt & sæpe aliàs, fortior sit & fauorabilior expressa conuentio quàm tacita. De pignore autem non distrahendo tacita conuentio nulla est, quia nec expressa valet, Sed siue expressa, siue nulla interuenerit, totidem denuntiationes id est tres solénes exiguntur, nec plures nec pauciores. Ad quid ergo prodest expressa conuentio, aut quid addit iuri communi? In quo miror ingenium viri doctissimi Iacobi Cuiacij qui ad supra lictam Pauli sententiam quæ extat *lib tit. De pignor* postquàm notauit, furti teneri creditorem si simpliciter obligatum pignus ante trinam denunciationem distraxerit *ex d.l. si is qui pign.73.De furt.* subiungit in hæc verba, *Sed & cum nominatim conuenit de non distrahendo pignore triplex illa denunciatio exigitur, vt distrahi nihilominus possit.* Debuerat enim potius scribere, Posse nihilominùs hoc casu pignus distrahi, tantóque magis triplicem illam denunciationem exigi, Eiusq; iuris eam rationem afferre ex alio illo Pauli loco *D. leg.comm.* quod conuenrio talis nō valeat. Atqui, inquies, certū est venditionē non valere. Fateor, cùm prætereà fatendū sit, illud sit creditorē furti hoc casu obligari, & rē obligatam, quæ distrahitur consequenter fieri furtiuā, vt nec vsucapi posteà vnquā possit. Hoc.n. omnino cōsequens est, ideóq; supplendū licèt additū non sit *in d.l.4. D.pign.act.* Sed nego posse ex eo inferri Conuentionē igitur valere. Non n.ideò nulla est venditio, quòd valeat cōuentio, sed quia etiā nulla interposita conuentione, nō esset tamen permittendū creditori, vt tam facilè rē alienā distraheret nulla denūciatione debitore eidéq; domino facta ad impediendā distractionem, Adeò vt perinde furti obligetur is quoq; qui nō conuenit de non distrahendo pignore, si ante trinā denunciationem pignus vendiderit, dum ne conuenerit de eo distrahēdo *d.l. si is qui pign.73. De furt.* Et ratio quā nostri afferunt, Cur etiam cùm conuenit de non distrahendo pignore, si tamen etina solemnis denunciatio præcesserit, nihilominùs distrahi pignus possit, quoniā, inquiūt, inutile esset pignus quod distrahi nunquā posset, Hæc ipsa probat, Conuentionem igitur de nō distrahendo pignore non valere. Quid enim aliud huiusmodi cōuētione agitur nisi vt nullo vnquā tēpore pignus distrahatur, nec si trinæ denunciationes præcedāt. Nā vt trinā denunciationē præcedere necesse sit, nulla cōuētione opus est, Aut si qua vis esse posset huius conuētionis, illud saltē induci oporteret vt tali conuentione intercedente quatuor aut quinq, pluréſve non tres tantùm, quomodo nulla conuētione facta, denunciationes præcedere necesse esset, vt aliquid cōuentio adderet iuri cōmuni. Interpretes fefellit vt hoc videre non potuerint, quòd conuentio hæc si quando interponatur, quāuis nulla sit, suum tamen effectū habere videtur, cùm eueniat vt pignoris vel hypothecæ distractio impediatur; Nec obseruat effectū hunc accepto ferendū esse non conuentioni, sed iuri communi vt diximus, Siquidem nulla etiam adhibita conuentione tantundē esset, vt & aliàs accidit quoties nulla est, & nullius momenti conuentio, per quam id agitur, vt aliquid addatur iuri communi, quod tamen addi non potest. Quare nec illud probare possum, quod *in dict.l. si creditor §.vlt.* additum video nullam esse venditionē *vt pactioni stetur.* Non enim alius sensus additionis huius esse potest, quàm vim eam esse huius pactionis, vt impediat vēditionem, quod falsum esse probauimus. Videturque mihi, vt tandem liberè dicam quod sentio, totus ille §. Triboniani esse magis quàm Marciani Nullo enim alio iuris loco apud prudentes quæsitum reperias, An valeat huiusmodi conuentio, Ne liceat creditori pignus vel hypothecam debitoris vendere, Nec dubitatum vnquam fuit non valere, cùm idipsum tam apertè scriptum extet in Pauli sententiis, vt intelligamus fuisse hanc sententiam iuris non controuersam, sed indubitatam. Est enim talis conuentio contra ius posita, quan... oquidem ex iuris ratione est, vt p... ... ne possit distrahi, ne alioqui furti ... creditori. Et idcirco certū est nil ob... conuentione posse distrahi pignus vel ... am, dūmodo trina denunciatione præce... si conuentio nulla interuenisset: quo etiam ... deinde necessaria esset trina denunciatio. Vnde factū puto, vt respondens Tribonianus ad propositam quæstionē non sit ausus dicere, quod dicēdum erat, vt accōmodata esset responsio, Conuentionem valere, sed tantùm Venditionē non valere, quod verum quidem est, si ponas trinam denunciationem non præcessisse, at non absolutè, id est etiamsi trina denunciatio præcesserit, quod tamē admittendū omnino esset si conuentio valeret, Cùm non similiter è contrario dici possit, valere conuētionē ob id solū quòd venditio nulla sit. Non enim ideò nulla est, quòd facta sit aduersus conuentionē aut vt loquitur Tribon. vt pactioni stetur, sed vt nō tā facilè iniuria fiat debitori permissa pignoris distractione & ipsius quoq; proprietatis alienatione citra vllā interpellationem. Nec defuerunt, vt puto ex antiquis interpretibus qui hoc ipsum viderint, quod nos nunc docemus. Illi saltē qui in illis verbis *& certum est nullam esse vend.* maluerunt pro *vend.* legere *conuent.* vt refert Accurs. Qua tamen lectione admissa, non possent explicari verba illa sequentia *vt pactioni stetur.* Repugnarent enim præcedentibus, & implicarent contradictionem, quod ipsum esset absurdius, quàm quod à Triboniano factum volumus, vt malè addita sint, & nullo nisi planè falso sensu. Melius ergo est, vt Triboniano adscribantur, cui solemne est inutiles & superuacuas quæstiones prudentum responsis interserere, &

ad

ad eas male ac per ambages & circuitus respondere. Hoc vero faciliùs credent ij, quibus persuasum erit, eiusdem Triboniani manu & inscitia corruptū esse aliud Marciani responsum quod extat in eiusdem *legis, §. præcedente*, De quo alibi scripsimus.

ERROR V.

De pacto de non alienando quod quis adhibuerit in traditione rei suæ. Ad l. si ita quis 135. §. ea lege De verb. oblig.

Sicut errant interpretes omnes in eò, quòd putāt Pactum de non alienando quod annexam habeat conuentionem pignoris, vel hypothecæ, tantam vim habere, vt impediat alienationem, translationémque dominij. Ita & contrario errores labuntur in eo quòd volunt, Nulla interueniente conuentione pignoris vel hypothecæ inutilem esse pactionem de non alienando siue per stipulationem fiat, siue per pactum, etiamsi quis illam adhibuerit in traditione suæ. Sic enim Castrensis ad *l. si ita quis 135. §. ea lege D. de verb. oblig.* vbi & cæteri idem notant, Moti ex eo potissimùm Scæuolæ responso, In cuius specie proponebatur ea lege donatum esse Titio à Seia seruum & traditum, vt ne ad fratrem eius aut filium, aut vxorem, aut socrum perueniret, Déque ea re stipulante Seia Titium spopondisse. Post biennium verò Titium hæredes reliquisse Seiam ex parte, & ex alia parte fratrē suum, cui ne seruiret expressum erat stipulatione: Quærebatur an Seia cum fratre eodémque cohærede ex stipulatu agere posset. Respondit Scæuola, posse in id quod eius interesset. Nimirum, inquiunt, quasi facta aduersus conuentionem alienatione per institutionem, per quam effectum est vt serui donati & traditi dominium ad fratrem pro parte perueneri, ad quem noluerat Seia vllo modo peruenire, Non ergo potuit ea prohibitio facere vt serui alienatio, dominiique translatio impediretur. Sic enim Castrensis supradicto loco ratiocinatur, Addens id quod interest in illa specie nihil aliud quam ipsius serui æstimationem. Ex *not. in l. ea quidem 5. C. si mancip. ita fuer. alien.* Et posse tamen etiam isto casu Seiam agere condictione ob causam ad ipsam dimidiam serui, & eam consequi cùm frater cohæres habeat eius restituendæ facultatem *l. ea l. 3. Cod. de cond. ob caus. dat.* Quod si non haberet restituendi facultatē, adhuc tamen futurum vt posset agere dicta condictione, sed ita vt ad id quod interesset, condemnari reum oporteret. In quibus autem vix quicquam est, quod probare possim, Illud enim primum falsum est, quod vult Castrensis, Non esse maiorem vim pacti adhibiti in traditione rei propriæ ad impediendam alienationem, quàm si extra eam causam adhibitum esset. Primum quoniam obstat quod generaliter à Caio scriptum est *in l. traditionibus 48 De act.* In traditionibus rerum quodcunque pactum sit manifestissimum esse id valere, Id est non adhibita ea distinctione quam adhibet Bart. *in d. l. 3. C. de condict. ex leg.* an per pactum illud agatur de reseruando in re aliquo iure præsenti, an in futurum: Adeóque nec illa quæ tamen longè maiorem rationem habere videretur, An esse vtile pactum tradenti ipsi an inutile: Cùm ea quæ nobis vtilia non sunt, acquirere quidem non possimus, sed retinere tamen & nobis habere possimus *l. si fundo pen. D. de seruit.* quam ita conciliare soleo cum *l. quoties 15. eod. tit.* Ratio huius iuris elegās est, nec obscura, quod alioqui deciperetur is qui rem suā non aliter traditurus fuit *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend.* quam legē proinde malè explicant qui cum Bartolo restringunt eā ad casum illum quo intersit paciscentis. Etsi enim tum maximè pactum seruandum est cùm ex aliqua causa quæ & honesta & iusta sit, interest paciscentis, vt *in l. vendit. 13. D. comm. præd.* hoc ipso tamen satis interest, quod omni casu potest is qui pactus fuit dicere se non aliàs rem suam fuisse alienaturum *d. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend.* ne arctandus est, vt dicat quànam alia de causa putet sua interesse: quomodo in specie licèt dissimili ratiocinatur Vlp. *in l. 4 in fin. D. ad SC. Trebel.* Deinde quia pactum quod quis adhibet in traditione rei suæ, licèt nulla stipulatione vestiatur, non ideò tamen magis nudum dici potest, cùm vestitum sit, & munitum traditione, vt loquitur *l. vlt. C. de rer. permut.* quod tamē extra rei traditionem interpositum prorsus nudum esset, ac inefficax etiam ad agendum, nedum ad alienationem quod difficilius est, impediendam. Imò verò potentius est in rei propriæ traditione adhibitum, quam si vinculo stipulationis firmatū proponeretur. Nec enim addita stipulatio posset sola impedire alienationem, quam impedit pactio à domino citra stipulationem interposita in traditione rei suæ. Postremò, quoniam alienatio cùm nihil aliud sit quam dominij translatio *l. 1. C de fund. dot. l. alien. 18. D. de verb. sign.* nunquam aliter fieri potest, quam si eius qui purè & absolutè dominus est voluntas concurrat cum voluntate illius qui rem alienam sibi vult acquirere *l. per seruum 17 § vlt. D. de acquir. rer. dom.* Atqui is qui à domino rem emit ea lege ne alienare vnquam eam posset, sicuti non aliter quàm ex venditoris sui voluntate factus est dominus, Ita nec se aliter dominum dicere potest, quàm si voluntatem prioris domini sequatur: quæ porrò etiam mutato domino eadem semper manet nec ob id minùs durat, quod nouum dominum res acceperit, cùm ab initio prima illa alienatio certam legem habuerit, quæ facto emptoris citra voluntatem primi alienatoris non potuit immutari *d. l. ea quidem 5. C. si mancip. ita fuer. alie. l. vero procur 12. §. pen. D. de solut.* Consequens igitur est, vt primo emptore contra legem sibi dictam postea rem illam alienante, voluntas prioris domini deficere videatur, quam tamen omnino interuenire necesse est, vt dominus fuisse dici possit emptor, qui posteriori venditioni contra legem prioris suam voluntatem accommodauit. Dominium enim quodlibet vbi certis legibus acquisitum fuit, iisdem etiam legib. seruandum est, & ipso quoque inuito domino retinendum. Et verò si domino non licet rei suæ dominiū abiicere tametsi maximè id velit, nisi quod suū est habeat pro derelicto *l. si quis vi 17 §. differentia D. de acqu. poss.* quantò difficilius ei esse debet vt dominium certis legibus à se acquisitum aliis legibus retineat, quam quibus illud compararit: Quod si nec retinere potest, quātò difficilius alienare? Sed & falsum illud est, quod Castrensis putat probari ex supradicto Scæuolæ responso *in d. l. si ita quis 135. §. ea l. De verb. oblig.* alienandi prohibitionem factam à domino etiam in traditione rei suæ, adeoque interueniente stipulatione non impedire alienationē. In illa namque specie nihil aduersus conuentionē fecerat Titius, qui cum Seia donatrice fratrem eiusdem Seiæ hæredem scripserat, cùm verbis stipulationis non esset prohibita hæredis institutio, quæ nec prohiberi expressim potuisset, iure scilicet publico resistente talesque cōuentiones improbante *l. cum duob. 35 alias l. si fratr. §. idem resp. societ. D. pro socio l. posth. 6. §. 1. D. de inoff. test. l. pact. quod dot. 15. C. de pact.* Porro, hærede instituto fratre Seiæ fieri non poterat, vti ne ad eum perueniret seruus cum vniuersitate bonorū, cū qua certū etiā illa transire

quæ alioquin alienari etiam per legem prohibentur *l. quædam 62. D. de acq. rer. domin. l. in medicis 24. D. de contr. empt. l. 1. D. de fund. dotal.* Itaque non tam mirũ videri debet cur in illa specie permittatur alienatio quæ per stipulationem in traditione appositam generaliter prohibita videbatur, quam cur per eiusmodi institutionem quam & licitam esse & impediri nõ potuisse dicimus stipulatio committatur. Ratio tamen responsi huius hæc est, quòd conditionis & stipulationis verba non tam ad ius quàm ad factum relata proponebantur, cùm conuenisset ne fratri Seiæ aut alij vlli ex iis qui stipulatione comprehensi erant, seruus ille seruiret quem Titio Seia donauerat. Seruire siquidem facti est non iuris, Seruum autem esse, iuris non facti, vt alias docuimus. Proinde si conuenisset in tradẽdo seruo, qui donabatur, ne fratris seruus vnquam fieret, difficilius admitterem, vt per institutionem à Titio factam fratris Seię, commissa dici posset stipulatio, quia iuris ratio seipsam tueretur ne quid contra ius conuentionis factum dici posset, quæ tamen f ctum impedire nequit, nec facere vt verum non sit contra stipulationem fecisse donatarium, qui instituendo fratrem Seiæ, effecerit, vt pro ea saltem parte, quæ ad fratrem ex institutione peruentura esset donatus seruus ei seruiret: Præsertim cum etiam supposita institutione ac Titianæ hæreditatis aditione possit adhuc prter efficere, aut per fratrem hæres Titij ne stipulatio committatur, id est ne seruus a Seia donatus, fratrique Seiæ pro parte acquisitus, fratri tamen seruiat, Curando nimirum, vt eum statim frater Seiæ vendat, aliòve modo alienet, tradatque, aut sibi ipsi Seiæ aut alteri cuilibet extra personas stipulatione nominatim comprehensas: Quis enim Seiæ posset interesse, quod seruus ille in fratris quantumcunque prohibiti dominium peruenisset, cui tamen numquam seruitutem exhibuisset? Neque verò aduersus verba stipulationis quicquam hoc casu factum dici posset, Aliter atque si conuenisset inter Titium & Seiam ne seruus ille Titio donatus, eius seruus vnquam fieret: Quoniam in potestate est fratris quantumlibet hæredis Titij ne seruus ei seruiat, Non etiam illud ne fit seruus eius, quia illud facti hoc iuris est, vt diximus, In potestate autem cuiusque est facti licentia, non autem potestas iuris. Cæterùm si Titius non per institutionem, sed per venditionem aut quam aliam speciem alienationis, seruum hunc in fratrem Seiæ transtulisset, faterer equidem perinde commissam esse stipulationem, At non propter secutam alienationem, quæ hoc casu haud dubiè per conuentionem in traditione appositam impediretur, Sed quia conditione ad factum relata non en minus verum esset fratri Seiæ hunc seruire, quamuis seruus frater effectus nunquam fuisset: atque ita factum esse aduersus stipulationem qua conuenerat, non vti ne hic seruus fieret vnquam seruus fratris Seiæ, sed ne vnquam ei seruiret. Quid enim vetat seruire quem etiam ei cuius non sit seruus? Quod autem tertio loco Castrensis addit in specie *d. § ea lege* id quod interest Seiæ nihil aliud esse quam ipsius serui ęstimationẽ: Ex not. *in d. l. ea quidẽ*, multò minùs defendi potest. Id enim quod interest sicuti egreditur aliquãdo rei pretiũ *l. in interd. 6. D. vnde vi l. 1. D. de act. empt.* ita plerumque minus est iusto pretio rei, Cùm quatenus cuiusque intersit in facto non in iure consistat *vulg. l. quat. 24 de reg. iur. l. ..lt. De prætor. stipul.* Et quamuis non possit negari quin eius intersit, cuius voluntas offenditur, vt idem Castr. ratiocinatur *ad d. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend.* Non ideò tamen sequitur tanti eius interesse quanti res est si non aliunde probetur. In quo ille errauit Neque verò aut in *d. l. ea quid.* aut alio vllo iuris loco quicquam est, quo contrarium probari possit. Sed Castrensem in hunc errorem egit illud præcipitem quod statim subiicit posse illo etiam casu agere Seiam condictione ob causam ad dimidiam partem serui, eamque dimidiam consequi, cùm frater coheres habeat, inquit, eius restituẽdæ facultatem *ex l. ea lege 3. C. de condict. ob caus. dat.* quod tamen æquè falsum ne dicam stultum est, vt ex iis apparebit, quæ sequenti capite de sententia *d. l. 3.* fusiùs tractaturi sumus: Est enim illa lex clauis, vt loquuntur, totius huius disputationis. Illud tamen hic addere necesse est, ne quid ex iis quæ hac de re Castrensis tradidit prætermittamus, Esse multò improbabilius, quod idem subiicit, In ea specie quam tractat Scæuola, si non habuisset frater Seiæ facultatem restituendi pro parte serui, adhuc tamen perinde futurum, vt condictio Seiæ danda esset, at ita tamen vt ad id quod ipsius interesset, duntaxat condemnari fratri eundemque Titij coheredem oporteret. Quis enim vnquam audiit in condictionibus quæ ad dandum condemnationem fieri ad pecuniam? quod vtique proprium ius est obligationum faciendi *l. si quis ab alio 13. §. vlt. D. de re iudic.* Non nego id quod interest peti aliquando per condictionem, sed incerti non autem certi, vt docuimus in superioribus, Id est per actionem ex stipulatu, & quæ ex contractu competat, non ex distractu aut ad negotium distrahendum. At imperatores *in d. l. 3. C. de condict. ex leg.* non de incerti condictione loquuntur, sed de condictione certi, & quæ non tam ex contractu quàm ad distrahendum negotium danda sit, quomodo in condictione indebiti loquitur Caius *in l. 5. §. is quoque D. de oblig. & action.* Sunt enim simillimæ condictiones indebiti & ob causam dati causa non secuta, itemque ob turpem vel iniustam causam, & ex eodem propemodum fonte nascuntur.

ERROR VI.

De sententia & ratione l. ea quidem 5. C. mancip. ita fuer. alien.

SEd dicendum nobis aliquid est latius de sententia & ratione *d. l. ea quidem 5. C. si mancip. ita fuer. alien.* Probat enim duo quæ valde pugnant cum sententia Bartoli *ad d. l. 5.* & ex quibus non facilè se euoluere Bartolus potest. Primum illud probat, conuentionis & probationis adhibitæ in traditione serui venditi, De seruo illo nunquam manumittendo, vt etiamsi manumittatur millies de facto, perduci tamen ad libertatem nunquam possit. Alterum quòd ea lege probatur illud est, Non eo magis tamen committi pœnam, si qua sit addita conditioni non seruatæ. Cùm è contrario Bartoli sententia sit, Non posse per huiusmodi prohibitionem impediri alienationem, & tamen in arbitrio & potestate emptoris esse, an ob non seruatam conditionem velit consequi pœnam, aut in quod sua interfuerit. Ac posteriorem quidem dubitationem ita diluit Bartolus, vt dicat, Committi non posse pœnam in illa specie, quia non tam de facto manumittendi, quàm de effectu manumissionis fuit cogitatum. Cui non dissimiliter notat *ad l. ea quidem*, Non sufficere de facto contrà fieri ad pœnam committendam. Sed quod ad posteriorem difficilius se extricat, ne aliud habet quod dicat, quam quod dicere solet ac facere, cùm laborat in pluribus iuris locis qui pugnare videantur conciliandi, vt legem quæ de libertate loquitur, restringat ad eum præcisè casum, quo prohibita sit datio libertatis, aliudque iuris constitui velit, si non libertatis datio, sed alienatio

quælibet

quælibet alia prohibita inueniretur. Dissimilitudinis tamen huius, ne putes eum loquentem ob mutescere, rationem illam affert, quòd manumissio non sit actus reiterabilis, cùm semel data libertas retractari & reuocari nunquam possit §. *si is qui Inst. de eo cui libert. cauf. bon. addic. l. 1. & tot. tit. C. si aduers. lib.* Ideóque, inquit, difficiliùs permitti potest. At venditio & alia quælibet alienatio serui aut alterius rei cuiuslibet alienati prohibitæ reiterabilis est, Ergo & faciliùs, inquit, permittenda. Sed suauiter & eleganter Castrensis *ad d. l. 135. §. ea lege De verb. oblig.* notat hanc rationem diuersitatis non valere vnam festucam, quia imò maiori ratione deberet valere alienatio in casu contrario fauore libertatis. Et sanè ita est. Absurdúmque planè fuerit deterioris conditionis hac parte libertatem esse, ob id quòd debeat esse melioris. Neque tamen habet idem Castrensis, nostet melius quicquam quod preferat: Vt videre est ex iis quæ tradit ille *ad d. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend.* vbi concludit illud ipsum quod Bart. *ad d. l. ea l.* Per pactum posse manumissionem impediri, quia libertas est irretractabilis *ex d. l. ea quidem*. Non etiam cuiuslibet alterius rei alienationē *ex d. l. 3. C. de cond. ob cauf. dat.* Indéque etiā infert cum Bart. *ad d. l. 3.* Si conuenerit ne locus qui venditur fieri religiosus vnquam possit, impediri huiusmodi pacto religionē, quia locus semel factus religiosus ad humanos vsus redire postea, & in commercium venire numquam potest. Alioqui si Bartoli traditionem non pluris ille quam festucam faciebat, rationem aliquam afferre debuerat cur dationem libertatis faciliùs admitteret per pactum impediri posse, quam aliam quamlibet alienationem. Nec sane tā falsæ & absurdæ diuersitatis ratio vlla reddi potest, Fateamur ergo quod manifestè scriptū rescriptúmque est *in d. l. ea quidem*, Per pactum in mancipij venditi traditione appositum etiam citra stipulationem impediri dationem libertatis, neque libertatem à cæteris rebus hac parte distinguamus, sed quod in libertate quæ tātopere fauorabilis est rescriptum legimus ad alias res multò minùs fauorabiles vltrò extendamus. Nam etsi de libertatis datione lex illa loquitur, ipsa tamen legis verba probant euidentissime non speciali aliqua ratione libertatis motum fuisse Imperatorum Gordianum, vt ita rescriberet, sed generali illa quæ non minus cæteris rebus quam libertati conuenit, quod conditio quæ personæ venditæ cohæsit immutari facto eius qui ea lege comparauit, non possit. Immutaretur autem si contra eam legem secuta manumissio libertatem daret, aut alia quælibet alienatio dominium transferret. *Nec tamen* inquit Gordianus *pœna exactio, si qua addita est conciem non seruata iustam exigendi tribuit causam*. An quia non tam de facto quam de rei eff-cta cogitatum fuerit, nec sufficiat contrauenisse de facto ad committendam pœnam? vt vult Bartolus. Minimè gentium, sed quia, quod nemo obseruat, licet postremis eiusdem legis verbis expressum sit, non ad factum personæ emptoris relata erat conditio, sed ad ius. Ita scilicet concepta lege & conditione venditionis, Non vt ne seruus qui vendebatur manumitteretur, sed vti ne ad libertatem perduceretur: Inter quæ hoc interest, quod manumittere facti est. Ad libertatem verò perducere magis quàm facti, Non quod ad libertatem perduci quis possit sine manumissione, sed quia manumissio modus est medium quo ad libertatem perduci quis possit sine manumissione, sed quia manumissio modus est & medium quo ad libertatem perduci quis potest, Datio autem ipsa libertatis effectus est manumissionis. Aliud ergo rescripsisset Gordianus si manumittentis factum verbis legis &

conditionis in contractu adhibitæ demonstratum fuisset, id est, si venditor qui per literas venditionem fecerat, quomodo fieri possunt contractus omnes qui consensu loco perficiuntur, ita in literis scripsisset, *Vendo tibi Stichum meum, sed ea lege ne eum manumittas*. Sic namque concepta lege venditionis, perinde quidem datio libertatis impediretur tanquam contra legem contractus facta manumissione, sed tamen hoc esset dissimile quod non æquè pœna conditioni non seruatæ dicta non committeretur: Quoniam imò verò cōmitti eam dicendū esset, quia negari non posset quin per eiusmodi manumissionem quamuis inutilem factum esse aduersus conuentionem per quam de non manumittendo cautum erat: Quemadmodum nec illud negari potest quin ad committendam pœnam sufficiat contrà fieri de facto vt constat *ex l. unda 5. C. de contr. & commit stipulat.* de cuius sententia fusiùs aliàs scripsimus, Nimirum quia conditiones omnes sunt facti & in facto non in iure consistunt *l. qui heredi 44. l. Mentio 55. l. in facto 60. D. de condit. & demonstr. l. mulier 30. §. 1. D. de condic. instit.* Idque est quod sequitur in rescripto illa Gordiani, *Qua igitur ratione te poteris reuocare ad officium procuratoris is qui eam legem venditioni dedit perspici non potest cùm nec in priuatorum contractibus fiscus se interponere debeat, & litera ad te missa persona factum, si nō ipse manumiseris non contineant*. Sensus enim est, Duplicem venditoris errorem in ea specie fuisse qui emptorem in ius vocauerat ad procuratorem Cæsaris, vt pœnæ venditionis legi additæ condemnationē extorqueret, Eiúsque duplicis erroris duplicem quoque rationem Gordianus affert, sed cuiusque suam propriam, Prioris quidem illam quòd Procurator Cæsaris non cognoscat, nisi inter fiscum & priuatos *l. 1. C si aduers. fisc. l. 1. & tot. tit. C. vbi cauf. fiscal.* fiscus autem in contractibus priuatorum se interponere non debeat. Posterioris verò hanc ipsam quæ à nobis supra iam allata est, quod literæ per quas facta erat venditio missæ à venditore ad emptorem non personę factum continerent, sed ius ipsum libertatis. Nam vt habent prima legis verba, Non eam legem venditio mancipiorum acceperat ne ab emptore manumitterentur, vt malè putat Bartolus, sed ne ad libertatem perducerentur. Illa enim quæ in lege sequuntur *etiamsi manumittantur* non conuentionis verba sunt, sed Imperatoris, monentis ita vti diximus concepta lege venditionis, Ne serui ad libertatem vnquam perducerentur, non posse illos libertatem nancisci tametsi millies manumittantur. Potestate scilicet conuentionis potestatem manumissionis impediente. Cæterùm si literæ ad emptorem missæ factum personæ continerent, quomodo vtrique continerēt, si in literis venditoris ita scriptum fuisset *si non ipse manumiseris*, haud dubiè dicendum esset pœnæ petitionem & exactionem venditori aduersus emptorem competituram, propterea quòd etiamsi manumissio inutilis fuisset, nec magis productus esset seruus ad libertatem quàm si manumissus non fuisset, Emptor tamen contra legem sibi & venditioni dictam fecisset hoc ipso quo seruum hunc de facto manumisisset. Itaque verba illa *si non ipse manumiseris* non sic accipienda sint Imperatoris exceptionem aliquam per parenthesim excipientis, sed tanquam verba quæ in literis venditoris addita fuisse oporteret vt per eas factum personæ emptoris demonstratum videri posset. Quod non intelligens Accursius, vt nec ferè aliud quicquam ex iis quæ ad hanc legem scripsimus, mirum est quantum se non exerceat modò, sed etiam torqueat in vera legis sententia & lectione assequenda.

Idque ex ipsius glossis tam apertum est, vt in eo diutiùs hætere nos minimè oporteat. Præsertim cùm nugatur nescio quid de literis à procuratore Cæsaris ad emptorem scriptis. Quòd si durior videatur quæ à nobis allata est interpretatio eorum verborum *si non ipse manumiserit*, quia certè donatio facta etiam cum lege non manumittendi, non solet fieri hac formula *dono tibi si non ipso manumiseris*, sed ea potiùs *dono tibi ita vt ne manumittas*, aut impersonaliter nulla persona demonstrata, *ita vt non manumittatur*, facilè consentiemus nos vt ea verba non tantùm parenthesi, sed omnino circumscribantur tanquam ab aliquo impetito interprete addita, qui cùm existimaret venditionem mancipiorum ita factam ne ad libertatem perducerentur, sic accipiendam esse acsi conuenisset ne manumitterentur, non aliter potuit videre qua ratione verum esse posset quod habeat posterma legis clausula eiusmodi conuentione factum personæ non contineri, quam si poneret conuenisse, vt nec ab emptore ipso nec ab alio vllo manumitterentur. Quo casu manumissione ab alio facta non posset teneri emptor primos ad pœnam ex facto secundi, si non ipse primus emptor manumisisset, quia non tam primi emptoris quam manumittentis factum supradicta conuentione demonstratum esset. Erit autem coniectura probabilior si ex postremis illis verbis *non contineret* demas negationem quam in veteribus plerisque libris desiisse testatur Accursius. Bona enim ratio fuerit, si quis dicat non ex manumissione qualibet, id est etiam ab alio facta committi posse pœnam à primo emptore promissam, si non emptor ipse manumiserit, quandoquidem verba supradicta factum contineant eius personæ quæ manumittit non alterius. Vtrumque sit liquet mihi de legis sententia, suspicórque facillimè hæc verba *si non ipse manumiserit*, quæ Accursius intacta reliquit cum præcipuè interpretationem aliquam exigerent, in Accursij Codice defuisse.

ERROR VII.

De sententia & ratione l. ea lege 3. C. de condict. ob caus. dator.

VNicus in toto iure nostro hic locus est quo mouentur vulgo interpretes omnes, vt putét prohibitionem alienationis inter viuos factam etiam in traditione rei propriæ non impedire dominij translationem. Tractant Imperatores de donatione in duos collata, vt neutri alienandæ suæ portionis facultas vlla competeret. Id efficit inquiunt, ne alteruter dominium prorsus alienet, aut vt donatori vel hæredi eius si conditio seruata non fuerit condictio quæratur. Quod interpretes sic accipiunt, quasi alternatiua sit, duásque partes habens legis sententia. Priorem illam vt dominij alienatio prorsus impediatur. Posteriorem vero, vel vt ob non seruatam legem donationis condictio danda sit donatori vel eius hæredi. Inde nimirum statim quærunt, vtra pars huius alternatiuæ sit vera. Supponunt enim fieri non posse vt vtraque vera sit, quod ego admitto equidem cùm alternatio & disiunctio posita est inter contraria, vel contradictoria. Sed non si inter diuersa tantùm, vt in proposito. Quid enim, obsecro, vetat vtromque verum esse, vt pactum hoc donationi insertum & dominij translationem impediat, & donatori acquirat condictionem: Hoc autem supposito vt huius alternatiuæ vna tantum pars vera esse possit, Sicque concepta quæstione vltra illa sit, Non dubitat Accursius nec post eum Bartolus, quin posterior pars vera sit, prior falsa. Itaque concludunt verum non esse, quod habet prima pars legis hanc conuentionem efficere ne alteruter donat... riorum dominium prorsus alienet. Magis enim probant vt tali conuentione dominij translatio non impediatur: sed ex hac causa condictio donatori acquiratur. Mouentur autem vt ita sentiant, duplici ratione: Prima illa quod Imperatores in hac lege dant condictionem donatori, quam tamen certum est nunquam posse dari domino nisi contra furem *l. vlt. D. vsufruct. quem cau §. sic itaque. Inst. de action.* Ergo, inquiunt, vel ex eo solo apparet concludentissimè translatum fuisse in illa specie dominium, & à primo in secundum, & à secundo in tertium. Altera ratio est, quod sicuti nolla vis est pacti nudi ad trãsferendum dominium nisi traditio intercueniat *vulgat. l. traditionibus 20. C. de pact.* Ita & multò magis fatendum sit non posse fieri per pactum vt dominium quod à donatore per traditionem abscessit ad eum recurrat ipso iure in casum contrauentionis citra nouam traditionem, Nec rursus vt impediatur transfire in secundum acquisitorem cui ex iosto titulo tradita res proponatur, Non defuerunt tamen qui dixerint post Rost. & Iacob. de Rauenna, quos Accursios & Bart. referunt, Imò verò priorem supradictæ alternatiuæ partem veram esse, posteriorem falsam, Id est ex conuentione qua de agimus omni modo impediri alienationem dominij, & idcirco donatoris condictionem dari non posse nisi fortasse possessionis, moti in hanc sententiam vnica illa ratione, quòd nihil intersit an alienatio prohibita sit à testatore, an à lege, an à contrahentibus *ex L. vlt. C. de reb alien. non alien.* in qua Iustinianus noster constituit vt omnibus his casibus non tantum dominij translatio qoælibet impediatur, sed etiam actus omnis per quem possit ad alienationem siue in totũ siue pro parte peroeniri, puta constitutio vsusfructus, aut alterius seruitutis, emphyteusis, datio pignoris aut si quid aliud præterea tale est. Omnium istorum communis error duplex est. Prior in eo quòd putant & consentiunt huius legis sententiam sub disiunctione & alternatione accipiendam esse. Posterior in eo quòd admittunt alterutram rescripti partem falsam esse: quod vtrumque non modo falsum, sed etiam absurdum ineptumque est siue legis verba inspicias, siue mentem & dignitatem Imperatorum. Nec etiam sic Imperatores scribunt *id efficit vel ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet, vel vt donatori &c.* Sed absolutè simpliciter & præcisè hoc modo, *id efficit ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet.* Quibus verbis negari non potest, quin dominij translatio præcise districtè ac omnimodo prohibeatur. Nec quod sequitur, *vel vt donatori &c.* alternatiuã facit, vt malè hucusque interpretes omnes existimarunt. Sensus enim idem est acsi apertiùs nec tamen aptius scriptum esset *alioquin donatori vel eius hæredi condictio, si non fuerit conditio seruata, quæratur.* Vt intelligamus duplicem huius conuentionis effectum esse, sed posteriorem priori consequentem. Priorem illum vt impediat omnino alienationem & translationem dominij, Omnino, inquam, & *prorsus* vt lex loquitur, id est ita vt nec de facto alienare liceat, & id facere per quod induceretur translatio dominij si prohibita non esset. Nam *prorsus non alienare* nihil aliud est, quam *nullomodo alienare. Nullomodo* autem *alienare* nihil aliud, quàm *ne quidem de facto.* Posteriorem verò de quo in secunda rescripti parte, vt alioquin, hoc est secuta contra pactionem alienatione condictio donatori danda sit, vel eius hæredi ad auocandam

auocandam rem malè malaque donatarij fide alienatã. Nonquasi factum sit aduersus conuentioné in eo quòd translatum sit iure dominium de quo conuenerat ne transferri vllo modo posset, Sed quia dubitari nequeat quin aduersus conuentionem fecerit donatarius, qui quantum in se fuit portionem suam alienauit & tradidit, aut vendendo, aut donando, aut permutando, licèt ob prohibitionem non habuerit effectum traditio, nec secuta sit dominij translatio ex qua potissimum æstimetur alienatio *l. 1. C. de fund. dotal.* & quæ si nulla interuenisset prohibitio sequi ex traditione omnimodo debuisset. Vtraque igitur pars rescripti vera est. Huiusmodi pactione duo fieri, Et vt alienatio, dominijque translatio impediatur, Et vt si contra legem donationis aliquid factum sit, conditio rei donatæ donatori accommodetur. Ille tantùm scrupulus superest, quem interpretes nostri vel non viderunt, vel excutere non potuerunt, Quomodo fieri possit vt & alienatio impediatur, & condictio tamen detur, quasi non impleta donationis lege, quæ illa tantùm fuerat ne res alienaretur. Sed iam dixi, conuentionem illam ita esse accipiendam, vt non ad ius duntaxat, sed etiam ad factum referatur, id est vt non tantum illud inspiciendum sit, an alienatio iure facta sit vt transferri ex ea dominium potuerit, (hoc enim sensu non secuta propter prohibitionem translatione vlla dominij nihil contra prohibitionem factum videri posset, quoniam alienatio effectum non habuisset.) Sed illud potissimùm & maximè, An saltē de facto alienata sit res de qua conuenerat, vt prorsus non alienaretur, id est, ne quidem de facto. Puniendus enim est hoc casu non tam effectus quàm affectus donatarij, qui negare non potest quin perfidè egerit fidémque donatori suo datam fregerit in eo quòd fecit quantum potuit, vt rem sibi sub lege & conditione non alienandi donatam, vltrò alienaret, plus facturus & perfecturus si potuisset. Quidni ergo pœnam eandem sentiat, quam sentiret si perfidia effectum habuisset? Sufficit igitur vt de facto alienauerit, aut vt meliùs dicam ad actum factúmque alienationis peruenerit, quamuis alienatio id est dominij translatio verè iuréque secuta non sit propter obstaculum prohibitionis. Sed quid, rogo, absurdius, quàm quod nostri volunt interpretes, Tam ineptè rescriptum fuisse ab Imperatoribus, vt in dubio & suspenso reliquerint, vtram ex duabus responsi partibus verum putarent? Et vt partes duas fecerint quarum alterutram falsam esse necessarium esset, cùm & aptiùs & commodiùs vnica eáque verissima sententia concludere legem potuissent? Restat vt ad Accursij & Bartoli hoc est cæterorum interpretum omnium rationes respondeamus, in quo nihil erit operæ. Nam quòd aiunt condictionem nunquam dari domino nisi contra furem, In proposita verò specie dari eam donatori, Hoc tantùm probat, Donatorem de quo in hac lege agitur non esse dominum rei à se donatæ, ac postmodum à donatario contra pactum donationis alienatæ. Nam si dominus esset, vtique condictionem non haberet, sed vindicationem, quam tamen certum est eum non habere. Quis verò vnquam dixit, Conuentionem illam donationi dictam, Ne donatarius rem sibi donatam vllomodo alienet posse facere, vt impediatur translatio dominij rei donatæ in donatarium? Imò verò dicimus & omnes consentiunt, Ex donatione quæ talem legem habeat, & quam traditio secuta sit perinde transferri dominium donatore in donatarium, & quidem statim ab ipso instanti traditionis, acsi purè facta esset donatio. Non enim lex donationi dicta facit donationem conditionalē, vt vim & potestatem eius suspendat, quantum ad hoc ne dominium transferatur in donatarium, Quomodo certè non trāsferretur interim si donatio penderet *l. si ego 9. §. si res D. de iur. dot.* Sed tantum afficit personam donatarij, vt contra eam legem donationis facere nihil possit. Alioqui condictio danda sit donatori *l. 2. C. de condict. ob. caus. dator.* Neque rursum diximus eam esse vim & potestatem huius conuentionis, etiamsi in re tradanda interueniat, vt ipso iure dominium redeat ad donatorem à quo per traditionem abscesserat: quod tamen supponit secunda ratio Accursij & Bartoli quam sumunt illi *ex d. traditionibus*. Sed hoc tantum contendimus, Non posse donatarium qui ea lege donationem accepit facto suo conditionem illam immutare, quæ ab initio & acquisitioni dominij & eius personæ cohæserit, vt loquitur *l. ea quidem 5. C. si mancip. ita fuer. alien.* de cuius sententia superiore capite scripsimus, iunct. *lege secunda D. de reb. eor. qui sub tutel.* Quamquam illud etiam fatendum est competere donatori cui fidem rupit donatarius non tantùm condictionem, sed etiam vindicationem, non quidem directam, id est ex iuris ratione, sed vtilem, id est ex æquitate ab Imperatoribus inductam, vt constat ex *lege 1. C. de don. quæ sub mod.* Fauore scilicet donatoris quem inhumanum sanè est decipi per eius perfidiam in quem vltrò contulit liberalitatem. Itaque non negamus transiisse dominium absolutè & in perpetuū in donatarium, quia dominium neque ad tempus neque sub conditione in alium transire vnquam potest, Sed negamus à donatario in alium tertium acquisitorem transire vnquam potuisse propter vim & potestatem prohibitionis factæ in ipsa rei traditione. Quare non est quod miretur quis aut nobis obiiciat quod lex ait, Non seruata conditione donationis, competere donatori condictionem, non vindicationem. Quoniam enim iure posset vindicatio directa dari ei qui per traditionem ex causa donationis factam dominus esse desierit? Sed non similiter possis dicere dandam condictionem primo donatario contra secundum, si fortè primus rem sibi donata ea lege ne illam prorsus alienaret alteri rursum donauerit. Nam cum dominium quod sibi quæsiuerat non amiserit per secundam donationem cui restitit ratio iuris ob contrariam primi donatoris voluntatem, consequens omnino est, vt si factum ei suum non noceret, vindicationem vtique aduersus donatarium suum habere is deberet non condictionem, quæ domino nisi contra furem nūquam datur. Neque tamen perindę consequens futurū sit, vt primo donatori deneganda sit condictio contra donatarium secundum, quia cùm verum sit non esse illum dominum, qui rem suam ex causa donationis, licèt certa lege tradidit, non eo minùs condictionem habere debet etiam contra secundum donatarium quòd primo donatario dominium per secundam donationem non discesserit. Non enim sicuti verum est cōdictionem non dari, nisi ei qui dominus non sit, ita verum est non dari eam contra alium quàm qui sit dominus. Datur siquidem contra quemlibet possessorē contra qui reddendę rei habeat facultatē. Ideóque Imperat. *in d. l. 3.* sic loquuntur vt simplicis dicāt Donatori, vel eius hæredi condictionem quæri, si donationis conditio seruata non sit. Non adiecto vel expresso enim contra primum an contra secundum donatarium quia scilicet contra vtrumque competit. Quid enim eius interest qui condictionem habet, an hic, an ille possideat, cùm ex ipsius persona metiendum sit ius actionis quam habet non ex persona vel iure possessoris. Condicitur tamen non sola possessio vt malè Rofred. putabat, sed res ipsa donata, vt legis verba probant.

ERROR VIII.

Si vnus tantùm ex donatariis fidem fregerit in specie d. l. 3. Et an potentior sit hominis prohibitio in contractu facta, an legis.

PLus dico, in specie *dict. l. 3.* Tametsi alteruter tantùm donatariorum fidem fregerit & portionem suam alienauerit, cùm conuenisset vt neutri portionis suæ alienandæ facultas vlla competeret, dandam esse donatori condictionem non eius tantùm portionis, quæ contra fidem conuentionis alienata est, sed totius rei donatæ, id est pro illa etiam parte quæ nullomodo ac nec de facto quidem alienata fuit. Quoniam licèt durum & iniquum videatur ex facto vnius ex donatariis qui perfidè se gesserit erga donatorem, alterius conditionem fieri deteriorem, cui nihil imputari potest, verum tamen est alienante vno factum esse contra legem totæ donationi dictam, quæ illa erat vt neutri ex donatariis alienandæ suæ portionis facultas vlla competeret. Non enim potest vera esse contraria propositio, Neutrum alienasse cùm alteruter alienauit, quia ita non alterutri, sed vtrique donatatio dicta fuerat, & quidem coniunctim, quod sufficit, vt vno alienante dici verè possit etiam in alterius qui non alienauit persona conditionem donationi dictam defecisse *argum. l. si is qui ducenta 13. §. verum vers. animaduertendum & §. sequ. D. de reb. dub.* Æquius enim est vt damno afficiatur ille ex donatariis, cui nihil imputari potest, & quidem ex donatarij alterius facto, quàm vt donator decipiatur, non seruata per alterum ex donatariis donationis lege, sine qua neutri fuerat ille donaturus, *l. 2. §. vlt & l. 3. D. de donat. l. vlt. C de pact. int. empt. & vendit* Isque proculdubio Imperatorum sensus est cùm rescribunt generaliter condictionem donatori, vel hæredi eius dandam esse nulla partis facta mentione, quia nec dubitant quin totius rei donatæ condictio donatori competat, etiam pro parte non alienata. An autem primo donatario contra secundum danda sit condictio vel vindicatio, non tractant Imperatores quia de eo nec consulebantur, nec dubitandi causa vlla suberat, cùm certi iuris esset nocere donatario debere factum suũ siue eam rem donasset alteri siue vendidisset. Maxime verò si vendidisset, cùm venditor etiam de euictione teneatur, Vulgatúmque sit doli exceptionem nocere vindicanti eam rem, cuius nomine de euictione conueniri possit *vulg. l. vindicantem 17. l. Seia 73. D. de emct.* Donatur enim non aliter euictionem præstare cogitur, quam si vel eam promiserit, vel sit in dolo *l. 1. C. de iur. dot.* Argumẽtum autem Accursij & Bartoli, supponit pro vero, id sentire Impp vt primo donatario æquè competat condictio aduersus eum in quẽ ipse de facto rem donatã alienauerit, atque donatori contra donatariũ Alioquin non esset stultum probare nõ impediri translationem dominij à primo donatario in secundũ, ob id solũ quòd donatori danda sit condictio etiã aduersus secundum: At procederet obiectio si ius ita esset, vt quemadmodum donatori contra primum donatarium, ita primo donatario contra secundum condictio danda esset, quia probaret ea res in necessarium antecedens abscessisse dominium à primo donatario, cui alioquin condictio dari nullomodo posset contra non furem. Sed hoc sicuti verum non est, ita neque ab Imperatoribus rescriptum. Alia verò illa obiectio, quam sumunt *ex d. l. traditionibus*, quòd pactum nudum sicuti est inefficax ad transferendum dominium sine traditione, ita nec possit efficax esse ad impediendam dominij translationem, nihil certè habet probabile. Nam præter id quod pactum nudum dici non potest, quod nos ponimus adhibitum fuisse in tradenda re ipsa quæ donabatur *l. vlt. C. de rer. perm. l. si dominus 8. D. de præscript. verb.* Nemo etiam non videt quàm sit facilius dominij translationem impediri, quàm dominium transferri: Nam ad dominij translationem non sufficit nuda voluntas domini, sed illud etiam requiritur, vt traditio interueniat, & causa traditionis iusta, id est legitima & habilis ad dominium transferendum, *l. nunquam nuda 31 D. de acquirend. rerum domin. l. 3. D. si vsusfruct. petat.* At verò vt dominij translatio impediatur, sufficit aliquid horum deesse, præsertim verò voluntatem dominij quæ prima semper causa est dominij transferendi. Nam nec alia melior aut aptior ratio afferri potest, propter quàm quòd nihil sit tam conueniens æquitati & rationi naturali, quàm ratam esse voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis *l. qua ratione 9. hæ quoque res D. de acquir. rer. domin.* Iam autem probauimus deesse primi domini voluntatem cùm donationi eam legem dixit & donatario ne donata res alienari vnquam posset, si posteà contingat à primo donatario eam alienari contra legem donationis inuito vel inscio donatore *d. l. ea quidem 5. C. si manc. ita fuer. alien. iunct. l. Lucius 40 §. vlt. D. de fideic. libert.* Quemadmodum è contrario si quis rem suam tibi donauerit ea lege vt ad alium perueniret, facit voluntas prioris domini, vt ad eam tuendam accommodanda sit etiã secundo donatario vtilis actio etiamsi neque ipse stipulatus sit, neque donationi adfuerit *l. 3. C. de dona. quæ sub mod.* quamuis non tam ex iuris ratione id fiat, quàm ex illius rescripti authoritate: quia multò difficilius est, vt ex alterius volũtate & stipulatione quis agat, quam vt dominus legem rei suæ dicendo impediat ne inuito se transferri ea in alium quandoque possit. Quidni verò admittemus per pactum impediri posse alienationem voluntariam & ordinariam, cum fateri cogatur Bartolus ipse impediri legalem. Ex *Auth. accipiatur C de bon. quæ liber.* cùm tamen longè difficiliùs hoc videatur in legali, quam in ordinaria, cùm priuatorum pactiones legum authoritate non censeantur *l. pen. D. de iust & legib.* Sed tamen facilius patitur legislator vt sibi vis fiat & legibus quàm vt voluntati domini rem suam certa lege tradentis illudatur *l. venditor. 13. D. commun. præd. l. penul. D. de seruit.* Tantum abest vt verum sit quod vult Bartolus fortiorem esse legis quàm hominis prohibitionem. Quid quod nec in redemptionem captiuorum alienari possunt res ecclesiæ, si ea lege in ecclesiam collatæ sint, vt nullomodo alienẽtur, cùm tamen res cęteræ omnes ecclesiasticæ quantumuis per solam legem alienari prohibitę, alienari ex hac causa possint, *§. sanctissimas. Nouell. 120. De alien. & emphyt. c. 9* Nã quod Bartolus respondet ea ratione hac fieri quòd pactum concurrat cum conditione personæ cui prohibita est alienatio, & impertinens, & falsũ est. Nulla enim lex est, quæ prohibeat ecclesiã res suas alienare in redemptionem captiuorum. Quin id ipsum leges omnes non solùm permittunt, sed etiam iubent, maximè verò Iustian. *in d. §. sanctissimas.* Adcò vt non desint qui putent cum Archidiacono, Etiam res ea lege donatas Ecclesiæ ne alienentur posse tamen alienari ex hac causa redemptionis captiuorum, si aliæ nullæ sint quæ in tam piam causam vendi & erogari possint. Quod etsi durius mihi videtur, quã vt facilè admitti possit, Ipsa tamen ratio quam isti afferunt quòd credibile sit casum hunc à donatore præuisum non fuisse, Ostendit satis aliud eos respõsuros, si lex donationis hunc casum nominatim comprehendere proponeretur. Suauis verò est Bartolus

qui

quod eo Iustinianeæ constitutionis exemplo motus addit, si quid donatum esset minori ea lege ne id alienaret, pariter sibi placere vt impediatur hoc casu alienatio propter coniunctam cum pacto potestatem legis, quæ prohibet minori rerum suarum alienationem. Quasi verò vllus sit effectus prohibitionis, cùm ei personæ facta est, quæ tametsi nulla intercederet prohibitio, tamen sola conditione suæ personæ impediretur, ne rem sibi donatam ex quo sua facta esset, alienare tamen posset. Quid ergo si minor hic postea factus sit maior? Consequens erit Bartoli sententiæ vt incipiat non impediri propter conuentionalem prohibitionem alienatio, cessante iam post maiorem ætatem legali prohibitione. Quo tamen quid absurdius dici potest? Ita enim fiet vt iustæ conuentionis eiúsque perpetuæ & in perpetuum tempus futurum conceptæ non nisi temporalis futura sit vtilitas. Cùm tamen minori ea lege donatum videri possit, sed tanquam amico donationem ea lege accipienti: quæ ratio per superuenientem legitimam & maiorem ætatem, neque tollitur, neque immutatur. Ex his intelligimus distinctionem, quam ad hanc legem adhibet Bartolus in illa quæstione. An per pactum prohiberi alienatio possit & translatio dominij, An scilicet agamus de alienatione extraordinaria, an de ordinaria. Et rursum si de ordinaria, an prohibitio facta sit ei cui lex non permittit vendere an alij. Et iterum hoc posteriore casu, An qui prohibuit ius in re aliquod sibi reseruauerit, aut dominij, aut hypothecæ, an nullum. Totam esse futilem & inanem, nec eius partem vllam indicari posse, quæ bona aliqua ratione nitatur.

ERROR IX.

De alienatione dominij prohibita per legem.

DIsputauimus de dominij alienatione prohibita per pactum siue in rei propriæ traditione, siue extra traditionem adhibitum. Alius nunc tractatus est De alienatione prohibita per legem aut per testatorem. Ac quoniam de ea prohibitione, quæ per testatorem plerumque fit ne fundus de familia exeat, siue additum sit, vt in familia relinquatur, siue additum non sit, iam multa scripsimus lib. 15. Coniecturarum, erimus hic libentissimè tantò breuiores. Prohibita per legem alienatione dubitandi causa prorsus nulla est quin dominij translatio impediatur, quia legis authoritas non solùm non patrocinatur alienare volenti, sed etiam resistit directò & se obiicit voluntati domini vt eam effectum habere non patiatur. Est enim lex non solùm vnus ex modis sex transferendi iure Quiritium dominij, quos toties enumerauimus ex Vlpiano *Tit. 19. De acquis. rer.* sed etiam tale quid sine quo nullus ex aliis modis transferre dominium posset. Quid nimirum prodesset mancipatio, quid cessio in iure, quid adiudicatio, quid vsucapio, quid denique traditio ad dominium transferendum, si talis res sit quàm lex aliqua vel mancipari, vel in iure cedi, vel adiudicari, vel vsucapi, vel denique tradi prohibeat? Tractamus siquidem de dominio non quòd sit iuris gentium simpliciter in quo certè legis potestatem & authoritatem interuenire nil necesse esset, cùm ius gentium per se subsistat, nec pendeat à iure ciuili quo est antiquius, sed de dominio quiritiario, id est merè ciuili & ex iure Quiritium, cuius potissima pars lex est: quæ ipsa porrò cùm sit domina & regina rerum omnium adeóque personarum quæ sunt in republica, vt ait *lege prima D. de legibus*, quis miretur posse eam de dominio cuiusque rei pro arbitrio disponere? Hoc enim est verè dominum esse alicuius rei De ea disponendi & alienandi dominij vel non alienandi potestatem & arbitrium habere *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res D. de acquirend. rer. domin. vulg. lege in re mandata 21. C. d. mandat.* Et sanè difficilius est casum reperire in quo prohibeatur vel cogatur is qui verus dominus est transferre dominium, si eos excipias in quibus lex ipsa impedimento est, quàm casum in quo possit non dominus dominium transferre vt constat ex tit. *Instit. quib. alien. lic. vel non.* Atqui lex sola per se potest dominium transferre, id est etiamsi neque mancipatio interueniat, neque cessio in iure, neque adiudicatio, neque vsucapio, neque traditio, vt cernere est in hæreditatis & legati acquisitione *l. cùm pater 77. §. surdo l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64. D. de furt. l. 2. D. de publician.* Non enim sicut cæteri omnes modi transferendi dominij indigent legis adminiculo vt sint efficaces. Ita & lex indiget alieno vllo auxilio, vt quod vult efficiat, siue imperet, siue vetet. Cùm faciat vtrunque verbis imperatiuis, quod satis est vt habeat effectum, quamuis vt puniat, quod tertium est in quo legis virtus consistit *l. legis virtus 6. D. de legib.* egeat ope & facto magistratus, quoniam vbi facto opus est virtus legis sufficere non potest, sed in iis tantùm quæ in iure consistunt, quale est vt dominus quis fiat, vel fieri prohibeatur. Iuris enim illud est non facti. Eadem igitur ratione ac multò maiore dicendum est posse legis prohibitionem facere vt dominij translatio impediatur, cùm facilius sit prohibere ne quid fiat quàm facere, vt apparet ex eo quòd in pari iure melior est conditio prohibentis quàm facientis *l. Sabinus 28. D. commun. diuid.* Et vero si numquam nuda traditio dominium transfert, sed ea tantùm quæ causam habeat, & quidem iustam & legitimam, id est iuri ciuili legibusque cognitam, puta venditionis, donationis, aut quam aliam similem *l. numquam nuda 31. D. de acq. rer. dom.* adeò vt nihil prosit traditam esse rem ex causa fideicom. quoniam fideicom. legitima non sunt sed legibus incognita *l. qui vsumfruct. 3. D. si vsusfruct. petit.* Quis dicat iustam esse posse traditionem cui ius ipsum léxque aliqua resistat? Exemplum esto in lege Iulia quæ fundi dotalis alienationem prohibebat, nisi mulier consentiret, *l. lex Iulia 4. & tot. titul. D. de fund. dotal. l. vnic. §. & cùm lex Iulia Cod. de rei vxor. act.* Item in oratione Diui Seueri & Senatusconsulto ad eam facto De prædiis minorum sine decreto non alienandis *l. 1. & tot. titul. D. de reb. eor. qui sub tutel. vel curat. sunt.* Senatusconsulti enim authoritas retento dominio viam alienandi obstruxit, vt loquuntur Imperatores *in l. siquidem 11. Cod. eodem.* Vnde intelligimus nihil hac parte inter legem & Senatusconsultum interesse, cùm Senatusconsulta vim legum habeant, licèt Senatus legem facere non potuerit sed ius tantùm quod esset vice legis *l. non ambigitur 9. D. de legib. § Senatusconsultum Instit. de iur. natur. gent. & ciuil. §. quos autem Institut. de bonor. possess.* Sed hoc quod de lege dicimus non de qualibet lege intelligi debet, at de ea tantùm alienationem fieri prohibeat, sed etiam si quid contrà factum sit, id rescindat: Alioqui imperfecta lex est quæ id quod contra legem factum fuit non rescindit. Veluti lex Cincia quæ suprà certum modum donari prohibet exceptis quibusdam cognatis, sed si plus donatum sit non rescindit. Aut saltem minùs quàm perfecta etiamsi pœnam iniungat ei qui contra legem fecerit, qualis fuit olim lex Furia testamentaria quæ plus quàm mille assium legatum, mortisve causa

capere

capere prohibebat præter exceptas personas, & aduersus eum plus expilsset quadrupli pœnam constituebat, vt refert Vlpianus noster in fragmentis *Tit. 1. De legib.* Quo loco cùm nullam legis Iuliæ de fundo dotali mentionem faciat, cuius tam frequens olim vsus fuit, ex eo satis intelligimus legem Iuliam ex earum numero fuisse quæ perfectæ essent, id est sic eam latam fuisse vt non tantùm prohiberet fieri alienationem fundi dotalis sed etiam factam rescinderet, atque ita dominij translationem impediret. Cùm enim aliquid per legem rescindi dicitur non id significamus quasi id quod contra legem factum est primùm teneat, deinde posteà rescindatur. Quomodo euenire necesse est cùm rescissio sit ab homine siue priuatus ille sit, siue iudex, aut magistratus, vt cum centumvirali iudicio testamentum per inofficiosi querelam rescinditur, aut contractus per integrum restitutionem. Ratio namque diuersitatis illa est, quòd natura & homo in tempore operantur lex autem in instanti, quia nullis indiget dispositionibus præuiis, quibus homo indiget, ipsáque etiam natura ad formam in qualibet materia inducendam. Eodem itaque instanti quo aliquid fit contra legem quæ sit perfecta, lex quæ efficere nequit vt quod fit non fiat, aut vt quod factum est factum non sit, factum tamen rescindit, hoc est facit vt pro infecto habeatur, vtque nulla sit potestas facti cui iuris authoritas non solùm abest, sed etiam obest. De Senatusconsulto autem quod ad orationem Diui Seueri factum est de rebus minorum sine decreto non alienandis. Certum est ita fuisse illud conceptum vt non modò alienationem prohiberet, sed etiam si qua facta esset eam rescinderet, vt ex verbis orationis apparet, quibus nominatim continetur manere pupillo cuius prædium alienatum est actionem *d. l. 1. de reb. eor.* & quidem in rem, id est vindicationem *l. 5. § penul. eod. tit.* ac proinde dominium *d. l. si quidem,* in illis verbis *retento dominio,* nec tantùm si alienatio prædij sine decreto facta proponatur, sed etiamsi cum decreto facta proponatur, dummodò probetur obreptum Prætori *d. lege prima, & d. paragrapho penultim.* Nec et quod de Iulia lege diximus contrarium est quod Papinianus noster in *d. l. cùm pater 77. §. qui dotale de legat 2.* tractans de fundo dotali contra legem Iuliam vendito, sic loquitur *si mulier venditionem irritam facere vellet.* Quomodo enim, dicat aliquis, posset mulier irritam facere venditionem, quam potestas legis irritam iam fecisset? Aut quid aliud est rescindi a lege venditionem quàm irritam fieri? Nam respondendum est ita Papinianum loqui & potuisse & debuisse, quia lex Iulia non simpliciter & absolute rescindit alienationem fundi dotalis, sed ita demùm si mulier non consentiat *d. §. & cùm lex Iulia. l. vn. C. de rei vxor. act.* Est igitur in arbitrio & potestate mulieris vt ratam faciat venditionem si ei consentire velit etiam ex postfacto, Aut verò vt faciat irritam, non consentiendo, eámque impugnando. Sed hæc distinctio legum perfectarum & imperfectarum quæ vel fieri quid prohibeant vt tamen quod contra factum rescindant, vel ita prohibeant vt tamen quod contrà factum fuerit non rescindatur, olim quidem obtinuit, & antè tempore Imperatorum Theodosij, & Valentiniani, vt ex supradicto Vlpiani loco clarissimè apparet. At hodie sublata est per Imperatorum Constitutionem quæ exstat *in lege non dubium quinta Codice de legibus,* qua primùm sancitum est, vt nullum pactum nulla conuentio, nullus denique contractus subsecutus videatur, si quis contraxerit lege contrahere prohibente. Vt legislatori, inquiunt, quod fieri non vult, tantùm prohibuisse sufficiat, cæteráque quasi expressa ex legis voluntate liceat colligere, hoc est vt ea quæ lege fieri prohibentur si fuerint facta non solùm inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licèt legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est. Adeò vt & si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum est illud quoque cassum sit & inutile. Quod ius ad omnes etiam legum interpretationes tam veterum, quàm nouellarum trahi generaliter constituitur eadem Imperatorum Constitutione, vt proinde etiam Cincia lex & Furia & alia quælibet etiam ex veteribus perfecta dici debeat, nulla verò imperfecta vel minùs quàm perfecta. Etsi autem hodie ita ius est supradicta Imperatorum constitutione, Attamen vel ex hac ipsa constitutione intelligimus, rationem iuris ita ferre, vt sola prohibitio alienationis quantumlibet facta per legem, non possit habere vim tantam quæ impediat translationem dominij, si non etiam illud accedat, vt eadem lex rescindat quicquid contra legem ipsam factum est Nam hodie quoque illud idem obtineret vt olim nisi noua Theodosij & Valentiniani constitutio ius contrarium induxisset. Quod cùm ita sit fatendum est parùm peritè parùmque subtiliter nostros facere, qui prohibitionem legis fortiorem esse volunt quàm prohibitionem hominis in dominij translatione impedienda. Cùm e contrario verissimum sit quod superiore capite diximus fortiorem esse prohibitionem hominis etiam in contractu adeóque nudo pacto positam, dummodò facta prohibitio sit à domino tradente rem suam, eamque legem dicente rei suæ *lege ea quidem quinta Codice si mancip. ita fuer. alienand* quod per legem ipsam licèt dominam fieri non æquè potest si steterit lex in terminis prohibitionis, nec vlteriùs progressa sit.

ERROR X.

De alienationis prohibitione facta per testatorem, an impediat dominij translationem.

SEd errant etiam in eo nostri & multò grauius, quod supponentes pro vero quod nos falsum esse ostendimus, Vt sola legis prohibitio dominij translationem impedire possit, Eandem vim & potestatem tribuunt prohibitioni factæ per testatorem, De qua *in lege filiusfamilias 119. §. Diui 2. de legat. 1.* Quòd, inquiunt, vltima testatoris voluntas sit lex eodemque proinde iure censenda, ex *§. disponat Nouell. 22. D. de nupt.* Nos autem contrà in hunc modum, sola legis prohibitio quantumcunque iusta dominij translationem impedire non potest. Multò igitur minùs eam impediet prohibitio facta per testatorem quãtumuis iusta esse proponatur. Hoc enim addendú est vt eam prohibitionem excludamus quæ est nuda, id est, quæ cùm nullam aliam causam habeat, quàm fauorem personæ prohibitæ, nudum præceptum videri debet, potiùs quàm talis voluntas quæ legis vim habere possit, *d. §. Diui.* Nimirum ad hoc vt valeat prohibitio necesse est sic eam fieri ne impunè ferat prohibitus si eam negligat, sed eo nomine se obliget illi cuius fauore voluit testator prohibitam esse alienationem *l. pater 38. paragrapho Iulius Agrippa de legat. 3.* Alioqui si solius prohibiti fauorem respiciat prohibitio, siue hæres ille sit

siue

siue alius qui prohibitus est contemni vtique potest, non quasi vllo casu liceat ei qui ea testatoris volunte aliquid capit, voluntatem illam violare: Sed quia permissum est cuilibet ea negligere quæ pro se à legibus ipsis sunt introducta *lege si iudex 42. D. de minor. l. penultim. Codice de pact.* dum ne quis alius ea eo lædatur. Quidni ergo etiam hæredi negligere præceptum testatoris, nudum, id est non aliam habens causam, quàm fauorem ipsius hæredis prohibiti? Proinde tametsi poneres testatorem non substitisse in terminis puræ ac simplicis prohibitionis, sed exemplo boni legislatoris perfectam legem condere volentis hoc addidisse, Vt si contra prohibitionem fieret alienatio, irrita ea esset ac inanis (quo casu admisimus sic facta per legem prohibitione translationem dominij omnino impediri) adhuc tamen dicendum esse inutilem fore eiusmodi prohibitionem, nec minus contemni eam impunè posse, quàm si sola prohibitio nullo alio addito facta esset, quoniam additio illa non facit quominùs nudum sit & maneat præceptum testatoris, Cùm perinde verum sit, non alterius quàm hæredis fauore prohibitam esse alienationem, additúmque à testatore vt inutilis & nullius momenti foret alienatio si qua fieret contra prohibitionem. Est igitur omni casu longè minor prohibitio testatoris quam legis, quia lex nunquam prohibet alienationem in fauorem solius personæ prohibitæ, sed semper in fauorem vel alterius vt cùm lex Iulia inhibet marito alienationem fundi dotalis, fauore scilicet mulieris quæ ita fieret indotata, Vel in fauorem reipublicæ vt cùm interceditur minoribus, furiosis, prodigis áliísque huiusmodi personis rerum suarum alienatione. Sed etsi poneres factam à testatore prohibitionem vt libertis suis, vt posteris, vt familiæ consuleret quibus ex causis prohibitionem quasi iustam valere & efficacem esse nemo dubitat, Non ideò tamen consequens esse eam vim prohibitionis esse debere, vt dominij translationẽ impediret, Nisi poneres illud etiam additum quod superiore casu ponebamus, vt in casum contrauentionis irrita esset ipso iure, & nullius momenti alienatione: Alioqui nõ posset bona esse comparatio prohibitionis factæ per legem, & eius quæ facta esset per testatorem, aut fatendum esset maiorem vim fore prohibitionis factæ à lege: quod vno me excepto cæteri omnes negant. Atqui nullum in libris nostris tale exemplum extat sic factæ prohibitionis, Solebántque potiùs testatores disponere vt si prohibitus aliquid contra prohibitionem facere & rem alienari prohibitam alienare vellet ea res ant ad fiscum, aut ad alium pertineret, Vt in specie *dict. l. pater. §. fund.* vbi testator qui fundum à filio quandiu viueret, vetuerat alienari, donari, pignorari, hæc verba adiecisse proponebatur, *Quòd si aduersus voluntatem meam facere volueris, fundum Titianum ad fiscum pertinere volo.* Deinde addidisse, *Ita fiet vt fundus Titianus de nomine vestro numquam exeat.* Qua ea loquendi formula intelligimus, Solitos olim testatores in casum contrauentionis, hoc est alienationis contra prohibitionem subsecutæ, eam ipsam rem alienari prohibitam in fideicommissum deducere, non tam vt fideicommissario prodessent, quàm vt talis fideicommissi metu, reuocaretur persona prohibita ne contra testatoris voluntatem alienaret. Quid enim aliud sibi vult connexio illa *Ita enim fiet?* Aut quo alio sensu dici potest, Ob id quòd in casum alienationis fundus Titianus ad fiscum peruenire iussus sit, fieri posse vt fundus Titianus de nomine ac familia testatoris nunquam exeat? An verò non exit cùm ad fiscum incipit pertinere? Ita sanè est. Sed cogebantur testatores hoc remedio vti ad coercendam hæredum aut alterius cuiuslibet prohibiti contumaciam, cùm viderent nullis se verbis aut artibus posse assequi vt volente hærede aut alio prohibito rem alienare, dominij translatio impediretur. Hoc verò cur ita? Nempe quòd quisquis rem aliquam alienare prohibetur eum necesse est priùs fieri dominum eius rei, quàm vt ea prohibitio effectum aliquem habere queat, cùm fieri non possit vt quis rem alienando transferat dominium quod non habet *l. traditio 20. D. de acquirend. rer. domin lege nemo plus iuris 54. De regul. iur.* Atqui postquàm res quæ fuerat testatoris facta est hæredis aut legatarij aut alterius cuiuslibet personæ, non iam de ea testator disponere pro arbitrio aut imperare quicquam potest, sed hæredis aut alterius quisquis ille dominus sit voluntas omnino exquirenda est, vt dominium ab eo possit abscedere *l. si ego 9. §. si res D. de iur. dot.* Nam & inde fiebat non solùm vt à legatario legari non posset *§. 1. Instit. de singul. reb. per fideicommiss. rel. l. 2 C. commun. de legat.* Sed etiam vt legata quæ verbis imperatiuis relinquebantur necesse esset tam citò acquiri legatariis quàm acquireretur hæreditas ipsa hæredi, hoc est ita vt hæredis nunquam facta essent *dict. l. legatum 80. de legat. Secunda dict. l. a Titio 64. in fin. D. de furt.* quoniam si vel minimo instanti dominium rei legatæ ad hęredem pertinuisset, nunquam inuito hęrede ad legatarium peruenire potuisset, nec tantùm voluntate sed etiam facto hæredis ad transferendum dominium opus fuisset. Vnde illa etiam diffinitio legati *in l. legatum* 116. *de legat.* 1. vt sit hæreditatis delibatio qua velit quis alteri collatum aliquid ex eo non quòd hæredis sit aut fuerit, sed quòd alioqui vniuersum hæredis foret. Quid, inquies, An non potest hæredi suo imperare testator quilibet vt hoc vel illud faciat? Potest sanè, vt ea legatis per damnationem & pertinendi modum apparet quæ fiunt perinde ac cætera verbis imperatiuis, & ad hæredem ipsum, non vt cætera ad legatarios directis. Sed hæredi imperare nihil aliud est quàm hæredem obligare vt hoc quod imperatum est faciat, non autem vt citra hæredis voluntatem factúmve id fiat, quod ab hærede fieri testator imperauit. Est igitur in hanc rem necessarius planè vsus fideicommissi, & consequenter verborum precariorum non imperatiuorum. Idque est quod ait Paulus *in lege Stichus 39. D. de manum. testament.* inutiliter dari libertatem his verbis *Stichus seruus meus si eum hæres alienauerit, liber esto*, quia, inquit, confertur in id tempus libertas quo alienus erit. Subiungit autem idem iuris esse in legato, Nam inter libertatem & legatum quantum ad hanc causam nihil distare, Id est si legatus sit alicui Stichus hoc modo *Stichum seruum meum si eum hæres meus alienauerit Titio do lego* perinde inutile est legatum, quia æquè confertur in id tempus quo erit Stichus alienus: Aliena autem res legari non potest scilicet per vindicationem, Ne quidem res hæredis, sed tantùm per damnationem: quod genus legati proximè accedit ad fideicommissa. Quandoquidem omnibus commune illud est vt per manus hæredis accipienda sint non vindicanda, nec dominium eorum transeat rectè & immediatè à testatore in legatarium aut fideicommissarium, sed medio hæredis facto sit opus, cuius fidei testator commisit, aut quem dare damnauit. Ex quo intelligimus nihil referre an Stichus legatus sit Titio per vindicationem sub ea conditione, Si eum hæres alienauerit an sub illa, Si hæredis meus factus fuerit, quia neutro casu valebit legatum

quod

quod vtroque casu collatum reperitur in id tempus, quo erit alienus Stichus. Quid ergo est quod sequitur apud Paulum, *Igitur nec si directo dabitur libertas si Stichus heredis mei esse desierit, liber esto, quia nullum casum vtilem habet*. Quid enim attinet tale exemplum ponere *si Stichus heredis mei esse desierit*, si admittamus idem esse sic etiam concepta libertatis conditione si Stichus *heredis mei esse cœperit?* An fortè dicemus esse quid hac parte simile inter legatum & libertatem, quòd legati Stichi dies statim cedat à morte testatoris, Libertas verò Sticho data non nisi ab adita hæreditate? Certum namque est in eo differre libertates à legatis *l. vnic. §. libertatibus Cod. de caduc. tollend.* Propterea quòd aliter posito iure fieret quod esset absurdissimum vt etiam destituto testamento nemine hæreditatem adeunte libertates tamen quarum dies à morte testatoris cessisset, ac quæ exinde competere cœpissent, non eò magis intercidérent, sed durarent cùm libertas quæ semel competiit non magis intercidere quàm reuocari postea vnquam possint. Sed tamen non puto vllam esse hac etiam parte inter libertatem & legatum differentiam, quia quòd dicimus libertates non cedere nisi ab adita hæreditate non facit vt idcirco seruus cui directa libertas data est vllo instanti seruus hæredis fuisse intelligatur, sed tantum vt expectanda sit quæ in aliis legatis puris per vindicationem relictis non expectatur hæreditatis aditio, tanquam conditio quædam sine qua non esset libertas vllo vnquam tempore competitura. Cæterùm quo instanti hæres fit dominus rerum hæreditariarum per aditionem, eo ipso instanti is cui directa libertas testamento data est eam nanciscitur & fit liber. Quod esse non posset, si vel minimo instanti seruus hæredis esse cœpisset. Itaque magis placet, vt sic quoque inutiliter directa libertas detur *Stichus si seruus heredis mei esse cœperit liber esto*, perinde ac illo modo *si heredis mei esse desierit*, quandoquidem vtroque casu fit alienus, tam qui hæredis esse incipit, quàm qui eius esse desinit, vt fiat alterius, nec inter hæredem & extraneum hac parte, vt dixi, quicquam distat. Sed accommodatius visum est exemplum ita concipi *si heredis mei esse desierit*, ad demonstrandum eum casum quo collata sit libertas in id tempus quo seruus alienus futurus sit. Cùm non possit desinere esse hæredis aut ab eo alienari quin eius fuerit ipso iure: quæ res impediret libertatem. Non etiam cùm ipsius libertas collata est in id tempus quo hæredis esse cœperit. Nam quo instanti esse incipit, id est primo instanti quo aditur hæreditas, (quod cùm sit facti non fit in instanti sed in tempore) statim incipit competere libertas, nullo scilicet obstante impedimento, qui seruus hic nunquam perfectè hæredis fuit *argum. l. interdum 5 D. quibus mod. vsusfruct. amitt. l. Arescusa 15. versic. incipiente igitur parte D. de stat. homin.* Nec enim solus hæredis interuentus directas libertates impedit, quæ licèt per testatorem ipsum non per hæredem dentur, sic tamen accipiuntur vt eas testator det ab hærede, Non hoc sensu quasi eam ab hærede præstari velit, sed illo potiùs quòd hæredem tantò pauperiorem faciat, qui si libertas directa huic seruo data non esset, in patrimonio eum haberet. Sic enim dicimus etiam legata per vindicationem dari ab hærede, quamuis nullum hæredis factum exigant. Concludamus ergo quod verissimum est, si testator rem suam quæ aut hæredis aut alterius cuiuslibet semel facta sit, ad alium peruenire velit, non aliter posse eum id facere quàm si vtatur verbis fideicommissi, hoc est præcariis non imperatiuis. Tale autem est verbum *veto* quo vti in huiusmodi specie prohibitæ alienationis testatores solebant *dict. l. pater 38. §. 1. & §. 79. pass. de legat. 3.* Nisi si quando peterent ne res aliènaretur vt *in dict. l. cum pater §. libertis de leg. 2.* quod erat expressius verbum fideicommissi *§. vlt. Instit. de singul. reb. per fideicom relict.* Indéque nimirum est, quod per alienationis prohibitionem non tam dicitur fieri fideicommissum quàm induci per interpretationem, & quidem in casum contrauentionis duntaxat & vt nostri omnes admittunt conditionale non purum *dict. §. Diuus*, vt omnes notant. Hoc autem supposito quod verissimum est, Prohibitionem alienationis non posse fieri nisi per verba precaria & per viam fideicommissi. Omnino consequens est tantò minus verum esse posse quod volunt interpretes dispositionem hanc testatoris vim habere legis cum lex nihil vnquam disponat nisi verbis imperatiuis, quia legis est imperare non rogare. Quare nec lex duodecim tabularum generaliter constituit vt suprema quælibet defuncti hominis voluntas ius esset, vimque legis haberet, sed vt ea tantum quæ per legis modum facta esset. Id enim est quod significat verbum *legassit* in illis verbis legis 12. tab. *Paterfamilias vti suæ rei legassit, ita ius esto*. Ergo si nullam rationem aliam meliorem habeant interpretes propter quam velint nos concedere, quòd illi defendunt per prohibitionem a testatore factam impediri translationem dominij, quam quia testatoris voluntas sit lex, non facilè nobis persuadebunt. Sicut nec illam distinctionem probare possumus quã tradit Castrens. *ad d. §. Diuus*, an in casum factæ contra prohibitionem alienationis datum sit fideicommissum his verbis *si alienes*, aut *si alienabis*, an verò illis *si alienaueris*, vt prioribus duobus casibus sufficiat prohibitum incipere vendere ad hoc vt fundus ipse à fideicommissario peti ex fideicommisso possit quòd ius ei quæsitum sit petendi fideicommissi antè perfectam alienationem. Tertio autem casu non possit, quia nec priùs existat conditio fideicommissi quàm perfecta fuerit alienatio. Qua porrò perfecta fieri nequeat vt ab emptore inuito discedat dominium quod ei semel acquisitum fuit. *Ex d. l. interdum 5. D. si vsusfr. pet.* cui potuisset addere textum *dict. l. si ego 9. §. si res D. de iur. dot.* Cur verò hanc Pauli Castrensis distinctionem probare non possim ratio illa est, quòd quisquis alienare incipit etiamsi nondum perfectè alienauerit, eum tamen iam dominum perfectè esse necesse est vt possit alienare. Ac proinde non minùs voluntas illius exequenda est, etiamsi testatoris hæres proponatur quam noui alterius cuiuslibet acquisitoris, cùm non magis hæredis sui rem legare per vindicationem aut in alium transferre per fideicommissum transferre testator possit, quàm alterius cuiusuis extranei. Vt constat ex *d. §. si res*. Quamuis dici soleat posse quem in testamento de rebus hæredis sui perinde ac de suis pro arbitrio disponere *l. vnum ex familia 67. §. si rem de leg. 1.* Id enim non ad ius transferendi dominij pertinet neque ad legata per vindicationem, sed tantùm ad legata per damnationem & ad fideicommissa, In quibus non quæritur de dominij translatione quæ facta sit per testatorem, sed de i[illegible] tantùm quæ facienda est per hæredem, In cuius semper est potestate vt rei legatæ vel per fideicommissum relictæ æstimationem præstet si hoc malit quàm rem dare. Atque ita intelligendæ sunt leges omnes quæ loquuntur de fideicommisso relicto in casum prohibitæ alienationis, siue expressum illud sit, vt *in d. l. pater trigesimaoctaua, paragrapho fundum de lege tertia*, siue tacitum, quod ex sola prohibitione alienationis inducatur per interpretationem iuris vt diximus. Nos autem ita quomodo passim nostri intelligunt

vt

vt res ipsa omnimodo in fideicommissum veniat, & idcirco alienatio eius impediatur. Nunquam enim impeditur, ne tum quidem cùm in familia fundum relinqui testator verbis fideicommissi iussit, vt *in l. qui solidum 78. §. prædium & d. l. cùm pater §. libertis de leg. 2.* Sed petitio tantùm fideicommissi ex testamento competit familiæ si quando res alienari prohibita peruenerit ad extraneum *d. l. vnum ex familia 67. §. sed et si fundum, & l. peto 69. §. fratre eodem tit.* quæ petitio cùm sit persecutio non actio in rem quæ soli domino competit, personalis tantùm actio est, *l. pecunia 178. §. actionis De verb. signific. l. si hæres 70. §. 1. D. ad SC. Treb.* Ecob eam nimirum causam necesse olim plerunque erat interponi cautiones, De fundo quem in familia relinqui testator iusserat restituendi, si non in familia cum effectu relinqueretur, *d. §. sed et si fundum, vers. & ideò, & d. §. fratre in fin.* quarum cautionum præstandarum nulla vtique necessitas esset, aut vtilitas, si danda esset fideicommissario vlla actio in rem ipsam alienatam. Idque ex iis quæ sequenti capite dicemus meliùs intelligetur.

ANTONII FABRI I.C.

Decas octogesimaoctaua.

ERROR PRIMVS.

De prohibitione legis expressa, & hominis tacita in alienatione rerum fideicommissi. Ad legem vltimam, paragrapho sed quia, Cod. commun. de legat.

REPREHENDITVR passim ab Interpretibus Accursius noster, quòd scripserit *ad l. vlt. §. sed quia C. commun. de legat.* eam fuisse veteris iuris rationem vt bona siue legata, siue fideicommisso subiecta possent alienari non tantùm si in diem vel sub conditione, sed etiam si purè data proponerentur. Ex *l. sed et si leg. 25. §. quod autem D. de hær. pet. l. Titius 54. l. si hæres 70. §. si hæres D. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Contrà namque volunt Interpretes authore Bartolo *ad d. §. sed quia*, iam olim id ipsum obtinuisse de non alienandis vel obligandis rebus legatis aut fideicommisso subiectis, quod constitutum est *in d. §. sed quia*, nec aliud noua Iustiniani lege factum esse nisi quòd apertiùs expresserit illud ipsum quod iure vetere subobscuriùs continebatur. Huncque sensum esse volunt eorum verborum nouæ constitutionis *secundùm veterem dispositionem*, vt scilicet ex veteris iuris dispositione idem iam obtineret. Itaque non dubitant quin & legatum & fideicommissum quod vel in diem certum, vel purè datum esset alienari nullomodo posset per hæredem. Id est ne quidem eo modo quo alia res quælibet vendi & alienari poterat à non domino, salua domino vindicatione *l. rem alienam 28. D. de contr. empt.* Sed esset prorsus nulla alienatio, neque ex ea dominium transferretur, adeóque nec vsucapiendi causa. Nec verò tam mirantur cur ita ius sit, quàm cur necesse fuerit de iure tam aperto legem ferri, quæ dominij translationem impediret. Cùm, inquiunt, dominium rei purè legatæ aut per fideicommissum relictæ rectà via transeat à testatore in legatarium ac fideicommissarium idcóque habeat tam hic quàm ille directam rei vindicationem, quæ non alij quam domino dari potest *l. 1. C. eod. tit. commun. de legat.* iunct. *l. à Titio 94. D. de furt. leg. cùm pater 77. §. surdo l. legatum 80. De legat. 2.* Nec enim distinguunt illi legata à fideicommissis singularibus, siue de iure vetere tractent, siue de nouo. Sed tantùm fideicommissa singularia ab vniuersalibus, quorum dominium fatentur non transire in fideicommissarium nisi post factam re aut verbo restitutionem fideicommissi ex *l. facta 63. in princ. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Et in his demùm fideicommissis vniuersalibus admittunt posse videri aliquid noui constitutum à Iustiniano, prohibita etiam hoc casu translatione dominij quæ anteà non impediebatur. Sic enim Castrensis *ad d. §. sed quia*, licèt dubitanter, non suus planè affirmare, quod audacter nos affirmamus, Valuisse olim alienationem rerum fideicommisso etiam vniuersali subiectarum. Quidni enim ita liceat nobis affirmare, cùm nec in fideicommissis singularibus aliud iuris esse existimemus. Toto siquidem iure vetere constans illa fuit inter legata & fideicommissa quamuis singularia diuersitas, quòd legatorum dominium rectà via transibat in legatarium nunquam factum hæredis, ac proinde ipso iure nulloque hæredis facto interueniente *d. l. legatum & d. l. à Titio.* At fideicommissorum non item *l. qui vsumfructum 3. D. si vsusfr. pet.* quia cùm fideicommissa & ab initio ex fide hæredum penderent, & post Augusti quoque tempora non nisi per manus hæredis, aut alterius grauati cuiuslibet ad fideicommissarium peruenire potuerint, Prorsus fatendum est rei per fideicommissum relictæ dominium in fideicommissarium etiam singularem rectà transire nunquam potuisse. Nam nec legatorum dominium transibat quoties facto hæredis aliquo erat opus vt in legatis per damnationem, quibus proximè accedunt fideicommissa, sed ita demùm si de legato per vindicationem, aut per præceptionem relicto tractaretur, vt docuimus latiùs *lib. 6. Coniect. c. 1. & alibi sæpè.* Malè igitur tam Accursius quàm Bartolus cæterique Interpretes nullam inter legata & fideicommissa singularia differentiam hac parte agnoscunt, quæ perpetua semper fuit. Sed rectiùs tamen Accursius quàm Bartolus quòd ad fideicommissa singularia, quorum alienationem non fuisse olim prohibitam ait Accursius, negat Bartolus: Contrà verò rectiùs Bartolus quàm Accursius, quod ad legata per vindicationem data purè, quæ ab hærede alienari procul dubio nunquam potuerunt. Quod tamen non sic accipi volumus, quasi eorum alienatio fuerit olim quemadmodum hodie prohibita & ipso iure nulla, sicuti Bartolus, Castrensis, & alij volunt, ita vt neque dominium, neque vsucapiendi conditio in emptorem transferretur, Sed sic potiùs vt potuerit quidem hæres, vt & alius quilibet eam rem, vt & aliam quamlibet alienam vendere,

d.l.rem alienam, Sed tamen non eo minùs potuerit etiam legatarius rem sibi legatam, & ab hærede alienatam vindicare quasi suum & à non dominô venditam, Nempe si non esset ea res ab emptore vsucapta, aut per longi temporis exceptionem iure si non dominij saltem exceptionis acquisita. Cùm dubitari olim non posset, quin iustum suæ possessionis titulum haberet emptor qui rem alteri per vindicationem legatam ab hærede comparasset, Maximè verò si rem legatam ignorasset, vt propter ignorantiam adesset etiam bona fides, quæ cum iusto titulo coniuncta iustam præberet vsucapiendi causam. Quod & hodie obtineret nisi hoc ipsum nominatim Iustiniani noua Constitutio prohibuisset, vt sequenti capite dicemus. Sed & fatendum illud est, multùm interfuisse olim an legatum per vindicationem datum esset purè, an in diem certum. Etsi enim verum erat, vtroque casu diem legati statim cedere, & à die mortis, non ideò tamen consequens erat vt quemadmodum puri legati, sic & eius quod in diem certam relictum esset dominium recta in legatarium transferretur, nec vnquam hæredis factum videri posset: quia longè aliud est legati diem statim cedere, Aliud verò legati dominium confestim acquiri: Nec prodest diem legati cessisse nisi ad transmissionem legati, non etiam ad acquisitionem dominij. Transmittitur nimirum petitio non dominium legati, si legatarius postquàm dies quidem cessit, decesserit: sed antequàm dies venerit, qui à testatore dictus fuit. Absurdum namque sit priùs acquiri dominium rei, quàm res ipsa peti possit, licèt iam cœperit deberi. Quod nec Castrensis negat *ex l.Sempronius Attalus* 26. vbi est textus elegans *D de vsufr. leg.* Quamuis idem malè putet nasci legatario actionem ex testamento personalem antequàm dies venerit, quod falsum est. Diem enim non tantùm, sed etiam venisse necesse est vt peti possit *l. cedere diem* 213. *De verbor. signif.* Planè quin post Iustiniani Constitutionem prohibeatur hæres alienare tam id quod in diem certum quàm quod purè legatum est dubitari non oportet. Sunt namque in hanc rem expressa Constitutionis verba. Sed nos de iure vetere disputamus, non de nouo, de quo hucvsque omnes consentimus. Illud non ergo quod aduersùs Accursium disputat Bartolus, Eos textus quos pro sua sententia confirmanda Accursius adducit ex *l.sed etsi* 25. §. *quod autem D.de her.pet.& l.Titius* 54. *D.ad SC.Treb.* ad rem non pertinere. Tractatur enim iis locis de fideicommisso, non rei alicuius certæ, neque totius hæreditatis, aut certæ partis, sed eius tantùm quod ex hæreditate, vel quod ex bônis superesset. Quo casu non est qui non fateatur liberam fuisse hæredi alienationem si ius vetus inspicias, dum ne quid ab hærede fieret dolo malo & in fraudem fideicommissi. Quod cùm olim in arbitrio iudicis positum videretur, hodie à Iustiniano sic emendatum est vt non nisi quartam fideicommissario relinquere cogatur hæres qui sic rogatus est. *Auth.contra rogatus C. ad SC. Treb.* Sed non possum ferre quod Castrensis respondet *ad d.l. si hæres* 70. §. *si hæres D.eod.* non probari ex eo textu si benè inspiciatur, Valuisse olim alienationem rei fideicommissariæ, Cùm Pomponius eo loco apertè scribat, si hæres antequàm fideicommissam hæreditatem restitueret, alienauerit quid ex hæreditate, vel seruum hæreditarium manumiserit, vel ruperit quid, vel fregerit, vel vsserit, non competere in eum vllam eiusdem actionem, ne quidem restituta postea hæreditate ex Senatusconsulto Trebelliano, sed ea fideicommissi causa esse hoc quod deperierit persequendum. Quid enim hoc aliud est dicere, quàm quod volumus, Non solùm valuisse olim rei fideicommissariæ alienationem, sed etiam ita valuisse vt retractari nec posset nec deberet. Alioqui cùm facta restitutione licèt nudo verbo, res omnes hæreditariæ statim fiant in bonis fideicommissarij etiam illæ quarum possessione nondum nactus fuit *d.l.facta.* quidni daremus vindicationem directam fideicommissario illarum quoque rerum quas hæres ante restitutionem perperam alienasset? Nam quod sæpius diximus fideicommissarium non fieri dominum iure ciuili ne quidem secuta traditione, quòd fideicommissa siue specialia siue vniuersalia nullo iuris ciuilis vinculo contineantur, verum sanè est. Sed non ideò facere potest quominùs ei danda sit vindicatio, quæ scilicet datur omnibus qui domini sunt, licèt non iure ciuili, sed iure gentium dominium habere proponantur. *l.in rem 23 in princ. D.de rei vind.l doce 9. C eod.* iunct *l quamuis 75. D.de iur.dot.l.rem in bonis 52. D. de acq.rer.dom.* Atqui vindicationem rerum ex fideicommissaria hæreditate alienatarum competere negat apertè Pomponius, non in eo solùm quòd ait hoc quod ex alienationis vel manumissionis causa periit, persequendum esse ex causa fideicommissi (nemo enim actionem ex causa fideicommissi competentem pro vindicatione vnquam sumpsit) Sed etiam cùm disertè scribit nullam fideicommissario competere eiusdem actionem. Non enim dubitatur quin vindicatio ciuilis actio semper sit, id est tum quoque cùm datur ei qui iure duntaxat gentium dominus est, Siquidem nulla prorsus iure gentium prodita actio est. Neque rursus prætoria vindicatio vlla est nisi quæ specialiore nomine, & elegantiore Publiciana nuncupatur. Denique non alia de causa dicitur fideicommissarius post restitutam hæreditatem habere res hæreditarias in bonis, quàm quòd earum nomine si non possideat agere possit rei vindicatione, si verò possideat tueri se exceptione. *d l.rem in bonis 52. D.de acq.rer.dom.* Cur non ergo posset res antè ab hærede alienatas vindicare, si alienatio ab hærede facta non teneret? Quod enim alienatum est si alienatio non tenuit, vtique mansit in hæreditate. Nam quod res alienatæ nunquam ei restitutæ fuissent, ad rem non pertineret: Quandoquidem, vt diximus, hæreditatis restitutio etiam quæ nudo verbo, id est sine vlla corporali traditione facta est, transfert ipso iure dominium bonitarium in fideicommissarium, & quidem rerum omnium quæ sunt in hæreditate *d. l. facta*, quia licèt Prætor nunquam faciat rem in bonis alicuius, nisi traditio interueniat, aut quid aliud quod sit vice traditionis ad transferendam possessionem. Restitutio tamen hæreditatis non fit ex authoritate solius Prætoris fideicommissarij, sed primùm ac potissimùm ex potestate Senatusconsulti Trebelliani, & consequenter ex authoritate iuris ciuilis, cuius partem & speciem nec vltimam constituunt Senatusconsulta, Ideóque mirum non est transferri sine possessione dominium bonitarium, Cùm Trebellianum Senatusconsultum quòd legis vim habuit, vt cætera, etiam Quiritarium dominium transferre potuerit, & hæredem facere §. *quos autem Instit. de bon.poss.l.1 & tot.tit.ad SC.Tertyll.& Orfic. D. & C.* qualem haud dubiè fecisset fideicommissarium tam facilè, quàm hæredis loco eum constituit, si æquè facere potuisset vt hæres grauatus quem adire priùs necesse erat vt hæreditatem restituere posset, atque ita hæredem fieri, per hæreditatis restitutionem hæres esse desineret, Aut vt vni homini duo in solidum hæredes esse possent, quorum neutrum ius permittit quemadmodum alio loco disputauimus. Ex quo intelligimus, quàm parum acutè Castrensis distinguat in hac quæstione fideicommissa singularia ab vniuersalibus.

vniuersalibus, vt meliorem faciat singularum quàm vniuersalium conditionem: Hactenus nimirum vt rerum singularum quæ per singulare fideicommissum relictæ sunt, dominium statim & rectà & ipso iure transeat in fideicommissarium, non etiam illarum quæ per vniuersale. Cùm è contrario dicere debuerit meliorem esse fideicommissi vniuersalis conditionem quàm singularis, quod ex fideicommisso vniuersali fiant res singulæ in bonis fideicommissarij statim atque restituta est solo verbo hæreditas, quamuis neque traditio secuta sit, neque aliud quicquam quod possit esse traditionis loco. Ex fideicommisso autem singulari non aliter potest res fieri in bonis fideicommissarij, quàm si eius possessionem nactus sit per traditionem *d. l. 3. D. si vsufr. pet.* nempe quia in fideicommissis singularibus solus Prætor fideicommissarius se interponit, non etiam authoritas Senatusconsulti locutum est, neque Pegasianum, nisi quòd Pegasiano cautum est vt ea fideicommissis singularibus perinde atque ex legatis falcidia deduci posset, protracta scilicet potestate legis falcidiæ quæ de solis legatis locuta etiam fuerat ad fideicommissa *§. ex singulis Instit. de fideic. hæred.*

ERROR II.

De iure vetere quo valebat alienatio rerum fideicommisso subiectarum ita vt reuocari non posset, ne quidem facta hæreditatis restitutione. Ad legem si hæres septuagesimam, paragrapho si hæres Digest. ad Senatusconsultum Trebellianum.

BEnè igitur Pomponius probat *in d. §. si hæres*, alienationem rerum fideicommisso subiectarum quæ facta esset ab hærede ante restitutam hæreditatem valuisse ipso iure, ita vt non potuerit fideicommissarius etiam post restitutionem hæreditatis, eas vindicare. Adeò autem tenuisse vt neque retractari potuerit, ex eo apertius constat quòd rem alienatam ab hærede æquiparat Pomponius seruo manumisso, aut ei quòd ex hæreditate vel ruptum, vel fractum, vel vstum sit. Et ponit hæc omnia periisse, id est non minùs id quod alienatum quàm quod vstum, vel ruptum, vel fractum est, Cùm post has omnes propositas species ait ex causa fideicommissi persequendum esse id quod perierit. Quis enim periisse diceret id quod siue per vindicationem siue per aliam quamlibet actionem recuperari adhuc posset. Nam si rem amisisse non videtur qui eius aduersùs aliquem persequendæ gratia actionem habet *l. nemo 5. D. de in integr. rest. l. Labeo 14. in fin. De verb. sign.* ita vt qui actionem habet ad rem aliquam consequendam habere ipsam rem videatur vt est in regula iuris, quia dicat periisse fideicommissario eam rem quam ipse à possessore vindicare adhuc possit? Placet itaque Pomponio res ab hærede alienatas perinde periisse fideicommissario acsi quouis alio modo periissent, solamque ei superesse contra hæredem fideicommissi persecutionem personalem, Cuius spe consequatur, vt quicquid hæredis facto ante restitutionem periit, ideóque in restitutionem hæreditatis venire non potuit, sarciatur ab hærede. Non quasi ad hoc solùm agere fideicommissarium oporteat vt id duntaxat quod in corpore periit, in æstimatione præstetur, speciali aliqua actione quæ nulla certè in hanc rem comparata est, Sed hoc sensu vt quamuis restituta sit, hæreditas ipsa in vniuersum ex causa fideicommissi adhuc tamen fideicommissum ipsum totum peti possit, acsi nihil dum ex fideicommisso solutum esset, quia quandiu fideicommisso aliquid deest totum peti potest *l. debitor 59. vers. nec fideicommissum eod. tit. ad SC. Treb.* Sicut è contrario cùm hæres solidum fideicommissum per facti errorem restituit non deducto vel retento eo quod ex fideicommisso potuerat deducere vel retinere condictionem habet totius fideicommissi vt deductione illa vel retentione vti possit *l. hæres 21. eod. l. si quis cum 39. & l. seq. §. pen. D. de cond. indeb.* quemadmodum & soluta legata condicuntur, vt possit interponi cautio & satisdatio illa de qua *in l. 5. §. vltim. & tot. tit. D. si cui plusquàm per leg. falcid.* Obseruandum etiam est pro eorum quæ diximus confirmatione, Pomponium *in d. §. si hæres*, non sine causa loqui de rebus ab hærede alienatis ante restitutam hæreditatem cùm ponit eas fideicommissario periisse, Scilicet vt intelligamus quantum intersit verùm eas alienauerit hæres ante an post restitutam hæreditatem, Nam si quid alienatum esset post factam hæreditatis restitutionem, id verò non diceretur periisse fideicommissario, qui vtique eius vindicandi ius haberet, Non quòd minimè teneret hæc quoque alienatio, tanquam alienæ rei cuiuslibet, sed quia per eam non potuisset lædi ius fideicommissarij in cuius bonis res anteà esse cœpisset. Alioqui nihil causæ est si iuris rationem inspicias cur non tenere debeat ipso iure alienatio, etiam quæ facta sit post restitutionem hæreditatis, si ea quoque valet quæ à prorsus non domino facta est, Cùm hæres etiam facta restitutione maneat hæres *§. restituta Inst. de fideic. hæred.* id est Quiritarius dominus, qui licet vinci soleat, & debeat à bonitario quoties in rei vindicatione concurrunt vt Vlpianus in fragmentis scribit *Titul. 19. de acq. rer.* & constat *ex l. doce 9. C. de rei vindic.* iunct. *l. quamuis 70. D. de iur. dot.* negari tamen non potest quin si non plus certè tantundem iuris habere debeat ad vendendum quantum si dominus nullo modo esset, id est non magis quiritarius, quàm bonitarius. Nec illud quoque ad rem pertinet quod Bartolus ad Pomponij textum respondet, Nihil aliud ex eo probari nisi quòd pro rebus alienatis nullam fideicommissi restitutionem fieri necesse est, quasi sit hic vnus casus ex iis in quibus transeunt actiones ipso iure in fideicommissarium citra vllam fideicommissi restitutionem, de quibus *in l. pen. C. ad Treb.* Quod vtrumque certè falsum est. Nam neque tractat eum casum Pomponius quo nulla hæreditatis restitutio facta sit, sed tantùm ponit alienatas fuisse quasdam res hæreditarias ante restitutionem hæreditatis quæ tamen posteà restituta fuerit, Nec quærit, An nulla vnquam facta restitutione vindicare fideicommissarius possit hoc quod alienatum est. Sed concludit, Non posse illum vindicare tametsi restituta sit hæreditas post alienationem, quia quicquid alienatum est perinde habendum sit acsi periisset, quod ad ipsa rerum alienatarum corpora pertinet, nisi quod totum hoc damnum imminutæ per alienationes hæreditatis, omnimodo per fideicommissi persecutionem sarciendum est fideicommissario ab hærede, qui alienauit. Præterea falsum est quod vult Bartolus, & post eum alij, Non esse necessariam hæreditatis restitutionem ad hoc vt possit fideicommissarius res ab hærede alienatas rectà vindicare. Etsi enim admitto quod fefellit Bartolum, pro rebus alienatis non esse necessariam realem vllam & corporalem rerum ipsarum quæ alienatæ sunt, traditionem, quia nec tradere eas posset, tametsi maximè vellet cùm iam alij tradiderit, Contendo tamen necessariam semper esse hæreditatis restitutionem non tantùm ad hoc vt

transferantur actiones ipso iure in fideicommissarium ex Senatusconsulto Trebelliano. Extra illos casus qui Iustiniani constitutione expressi sunt *in d. l. pen.* sed etiam vt res illæ alienatæ speciali in rem actione peti & vindicari possint. Quia priùs est vt sint in bonis fideicommissarij, quàm vt eas vindicare possit fideicommissarius *d. l. rem in bonis*. Non priùs autem in eius bonis fieri possunt, quam restituta sit hæreditas cùm corporalis earum rerum traditio fieri nulla potest ob præcedentem actionem *d. l. factu.* Cùmque ea restitutio hæreditatis non tantùm re & traditione, sed etiam solo verbo commodè fiat *l. restituta 36. eod. tit.* nihil causæ est cur eius faciendæ necessitas remitti debeat siue hæredi, siue fideicommissario prætextu alienationis. Quare nec aliud erit tametsi res omnes hæreditariæ si voles alienatæ proponantur. Nam cùm non solùm hæreditas sed etiam restitutio hæreditatis iuris sit non facti *l. non enim 37. eod.* nihil vetat sicut hæreditas intellectum iuris habet etiam sine corpore *l. hæreditas 50. D. de hær. pet.* ita & hæreditatis restitutionem verbo fieri etiamsi nullum corpus sit quod restituatur, dummodò non desit persona, & quæ possit restituere, & cui possit restitui verbo. Atque ita accipiendum arbitror, quod Iustiniani Constitutio induxit vt pro rebus vniuersalis fideicommissi ab hærede alienatis competat fideicommissario contra possessores vindicatio, Scilicet si restituta sit quandoque hæreditas siue verbo siue facto per quarumdam saltem rerum traditionem, siue ante siue post alienationem earum rerum de quibus vindicandis tractatur. Illa enim distinctio quam Pomponio placuisse diximus, Vtrùm alienationes factæ sint ante, an post restitutam hæreditatem, prudentum quidem temporibus obtinuit, & ex iuris ratione obtinere debuit. Sed tamen fatendum est sublatam eam esse Iustiniano qui non maiorem haberi voluit rationem alienationis factæ ante restitutionem & eo tempore quo negari non potest quin hæres verè dominus fuerit rei alienatæ, & quidem vnicus & pleno iure, id est sine vlla distinctione dominij & bonitarij & quiritarij, quàm si à non domino facta esset. Quasi perinde sit iniquum decipi ab hærede spem fideicommissarij, vt loquitur Iustinianus, atque si iam haberet fideicommissarius dominium ipsum, non spem dominij. Quin & illud Iustiniani constitutione factum est, vt deterioris conditionis sit is, qui etiam bona fide ac ignorans emit ab hærede rem fideicommissariam, siue purè siue in diem certum siue conditione relictam nulladum facta hæreditatis restitutione, quàm qui olim emisset post restitutam hæreditatem. Ille enim iustum titulum habere credebatur ex quo sequi poterat vsucapio, aut longi temporis possessio si modò concurreret etiam bona fides, id est si emptor fideicommissum ignorasset. Hodie verò non magis potest vsucapere aut longæ possessionis priuilegio se defendere is qui emit etiam ante restitutam hæreditatem quàm si titulum nullum haberet, quia nec vllum habere creditur, quem habet contra leges *l. quemadmodum 7. Cod. de agric. & censit. l. non dubium 5. C. de legib.* idque nominatim ea ipsa Iustiniani lege cautum est, vt neque vsucapio, neque longi temporis præscriptio vlla locum habere hoc casu possit. Cæterùm ita semper accipienda est Iustiniani Constitutio quòd ad fideicommissa vniuersalia pertinet si restituta sit hæreditas, quæ ex iuris ratione omnimodo restituenda est. Supponendi enim semper sunt termini habiles. Nec id agit Iustinianus vt totam iuris veteris rationem in omnibus peruertat, sed tantùm vt fideicommissario consulat contra venditione & alienationes ab hærede factas, non item contrà necessitatem accipiendæ restitutionis. Idque ex eo apparet euidentiùs, quòd illa ipsa constitutione Iustinianus vtitur nomine restitutionis vt fideicommissum significet in illis verbis *vel substitutione vel restitutione*, vt & *in Nouell. De restitut.* quæ tota est de fideicommissis vniuersalibus. Neque hoc vt puto prætermisisset Iustinianus etsi supponendum erat potiùs quàm exprimendum si de fideicommissis vniuersalibus tantùm locutus fuisset, non etiam de singularibus, & de legatis quoque in quibus tamen nihil est quod de restitutione tractari possit. Legata enim & fideicommissa singularia præstari dicuntur & solui non restitui. Sed omnem hanc difficultatem tollunt eiusdem constitutionis verba illa quæ suprà retulimus, *secundùm veterem dispositionem*, quæ tantùm abest vt sic accipi debeant quomodo accipit Bartolus, quasi velit Iustinianus dicere idipsum quod disponit, iam fuisse positum in dispositione iuris veteris, Vt è contrario constituat Iustinianus ne in posterum facere liceat, quod olim licebat, sic enim ille, *Nemo itaque hæres ea quæ per legatum vel purè, vel sub certo die relicta sunt, vel restitui alijs disposita sunt, vel substitutioni supposita secundùm veterem dispositionem putet in posterum alienanda, vel pignori, vel hypothecæ titulo assignanda, vel mancipia manumittenda.* Cur enim hoc fieri Iustinianus prohibuisset additis verbis illis *in posterum*, si nec anteà vnquam id fieri potuisset? At vt quod secundùm veterem dispositionem fieri poterat, in posterum fieri non posset, noua lege ac constitutione opus fuit. Et verò cur non valuisset olim alienatio rei fideicommissariæ saltem velut alterius cuiuslibet rei alienæ. Maximè si facta esset ab hærede cùm esset ille verus dominus siue ante siue post restitutam hæreditatem alienaret, sed præsertim si ante restitutam? Quare nec de eo vnquam apud veteres dubitatum reperias, sed hoc duntaxat cautum vt quæ ab hærede alienata essent imputarentur ei in quartam *l. 3. §. res quæ D. ad SC. Treb.* quod verò supra quartam alienatum inueniretur, id verò fideicommissarius persequi ex fideicommisso posset non contra emptores ipsos, sed contra hæredem alienantem, Cùm scilicet eo iure nondum obtineret vt pro fideicommissis siue vniuersalibus siue singularibus haberet fideicommissarius hypothecariam. Multò minùs vindicationem nisi earum rerum quæ post restitutionem hæreditaria alienæ reperirentur, vt docuimus. Nam quod contrà scriptum videtur *in l. quædam ita 25. § si quis filium* in postremis illis verbis, *libertate fauore sui seruata D. ad SC. Treb.* & in *l. vlt.* ibi *vt fundus apud emptorem remaneret de legat. 2.* proculdubio Triboniani est ad hanc constitutionem respicientis, vt explicauimus *in Err. 7. Dec. 70.* An enim aliqua fortassis olim fuit lex aut ratio iuris quæ rem legatam vel per fideicommissum relictam alienari prohiberet? Nulla penitus. An verò illa prohibitio induci poterat ex tacita voluntate testatoris? Atqui iam probauimus nec prohibitionem testatoris expressam potuisse impedire alienationem quominùs ex ea dominium transferretur? Multò igitur minùs tacita illa potuisset sufficere quam Interpretes absque coniectura vlla probabili comminiscuntur. Nouum ergo ius & veteri planè contrarium à Iustiniano hac parte inductum fuisse fatendum est, cui nec aliud causam vel colorem dedit aut dare potuit, quàm quod idem Iustinianus iam anteà induxerat fauore legatorum & fideicommissorum, vt eorum nomine non solùm vindicatio competeret, quæ anteà non nisi pro legatis per vindicationem relictis competebat, sed etiam hypothecaria, quam nec vindicationis legatario competiisse certum est. Quamquam enim maioris potestatis videtur esse vindicatio

quàm

quàm hypothecaria, ficuti plus eft dominium alicuius rei habere quàm in ea ius pignoris, potentius tamen aliquando & vtilius eft ius pignoris & hypothecæ quam dominij, quoniam hypotheca quæ legatis & fideicommiffis omnibus fiue vniuerfalibus, fiue fingularibus, fiue in diem, aut fub conditione, fiue purè relictis data eft, rem ipfam legatam aut fideicommiffam afficit ftatim ex die mortis teftatoris, ac proinde priùs etiam quàm potuerit acquiri dominium ad inducendam vindicationem. Siquidem certa caufam legatorum per vindicationem datorum nullo cafu tranfit rectà dominium à teftatore in legatarium, In fideicommiffarium verò nunquam cùm implicaret contradictionem, vt fideicommiffa vlla per vindicationem darentur. Igitur fi quando alienata effet ea res cuius dominium ipfo alienationis tempore adhuc effet penes hæredem alienantem, fieri fanè ea iuris ratione nòn poterat vt eo nomine poffet vnquam legatarius vel fideicommiffarius habere vindicationem: quoniam fuperueniens caufa dominij non poffet parere vindicationem ad auocandam rem ab eo qui per traditionem fibi à domino factam dominus femel factus fuiffet.

ERROR III.

De legatis in diem certum, vel fub conditione relictis. Ad dictam legem finalem, paragrapho penultimo, & ad legem primam eodem titulo, Codice commun. de legat.

Excipio femper legata fub conditione per vindicationem relicta, Etfi enim dominium eorum non tranfit in legatarium priufquàm conditio venerit, vt fuprà diximus, tranfit tamen ipfo iure ftatim atque conditio extitit, Ne alioqui tranfire nunquam poffet fi non retrofingeretur hæredis nunquam fuiffe ne vno quidem inftanti, per totum illud tempus quod intercefsit à die mortis teftatoris, in diem vfque conditionis euenientis. Et hoc eft, quod ait Caius *in leg. feruo legato 69. §. 1. de legat. 1.* Si feruum fub conditione legatum hæres alienauerit, deinde conditio extiterit, poffe nihilominus eum a legatario vindicari, nec extingui legatum. Non magis fcilicet quàm fi res ab initio legata fuiffet pure: Quo cafu fi deliberante legatario hæres rem legatam alicui tradidiffet, ac poftea legatarius habere legatum voluiffet, traditio nulla effet, quæ tamen valeret fi legatum repudiatum fuiffet, *l. quadam funt 15. D. de reb dub.* vbi ponitur hoc exemplum inter eos cafus in quibus ab initio res dubia eft, fed ex poftfacto retroducitur & apparet quid actum fit. Simile eft quod Marcellus fcribit *in l. si cui via 11. §. 1. D. quem. feruit. amitt.* Si hæres cùm legatus effet fundus fub conditione impofuerit interim ei feruitutes, extingui eas fi legati conditio exiftat. Nimirum quòd ex poftfacto appareat impofitas eas fuiffe prædio alieno, & à non domino, quæ tamen ex ratione iuris imponi tantùm à domino potuerunt. Adeò vt dubitet Marcellus an fi quæ feruitutes per hæredem acquifitæ fint fundo legato eæ fequantur legatarium, Nam quemadmodum feruitutem prædio imponere alius quàm dominus non poteft ita nec acquirere. Exiftent autem poft acquifitam ab hærede feruitutem conditio, legati facit vt nullo vnquam tempore hæres ille dominus prædij fuiffe videatur, ac proinde vt nullo iure poffit videri acquifiuiffe feruitutem prædio quod ex poftfacto retrofingitur iam tum fuiffe alienum. Sed tamen magis probat Marcellus vt feruitutes ab hærede acquifitæ fundo legato, fequantur legatarium. Nempe quod negari non poffit quin benè conftitutæ, & acquifita fit feruitus initio infpecto: & eo rei ftatu qui erat tempore conftitutionis cùm fit veriffimum rem quæ fub conditione legata eft quamuis per vindicationem effe hæredis, *l. & poft litem 12. § res qua D. famil. ercifc. l. non ideò 66. D. de rei vind. l. 1. §. ferui, D. de SC. Silan. l. generaliter 29. §. 1. D. qui & a quib. manum.* Etfi autem ex poft facto appareat fuiffe rem illam legatarij non hæredis. Adeò vt fi legatarius eam pendente conditione emiffet non tam ex emptionis quàm ex legati caufa illam nunc habere videretur, *l. cui res 29. D. de act. empt.* vbi ob hanc caufam pro *non* legendum effe *nunc* aliquando monuimus. Non tamen debet hoc facere vt eò minùs teneat conftitutio feruitutis, quam tenere intereft etiam legatarij, cuius conditio fit hoc modo melior. Cùm tamen non ideò fiat deterior caufa eius, qui rectè iuftéque feruitutem impofuit, quique nullam contradicendi caufam habeet fi legati conditio non extitiffet, aut legatarius legatum repudiaffet. Alia caufa eft impofitæ per hæredem feruitutis, quia non ficuti meliorem, ità & deteriorem legatarij conditionem facere hæredi licuit, Cæterùm apparet de eo legato nos tractare quod per vindicationem relictum fit, non etiam de eo quod per damnationem, cuius diuerfa certè in omnibus ratio eft, fi iuris veteris ratio infpiciatur, quandoquidem dubitare nemo poteft, quin poffit hæres ei fundo quem alteri dare damnatus eft, feruitutes pro arbitrio non minùs imponere quam acquirere, Nec tantùm pendente conditione aut die legati, fed etfi purè damnatus fit, quia quovfque dederit ipfe, & tradiderit legatario, verè dominus manet, nec vllo vnquam tempore dominus non fuiffe retro fingitur. Eft enim illa fictio propria legati per vindicationem. Quod à Bartolo cæterifque Interpretibus obferuatum non fuiffe mirandum non eft qui veteres illas legatorum formulas & differentias quas ex Vlpiani & Caij Inftitutionibus potiffimùm didicimus ignorarunt. In eo fanè grauiter errant, quòd duce Bartolo *ad d. l. vlt §. vlt. C. commun. de legat.* nullam agnofcunt retrofictionem vt retrofictionis huius poteftatem ne quidem in legato vindicationis, neque quantum ad dominium, neque quantum ad dominij commoda, fed tantùm quod ad hoc vt venditio quæ interim facta eft ab hærede refcindatur, quafi ab initiò ipfo facta nullo iure. Contrà enim conftat euidenter ex fuperioribus aliifque locis innumeris quin congeri in hanc rem poffent, Rei etiam fub conditione legatæ dominium quod interim pleno iure eft hæredis exiftente poftea conditione agnitóque legato retrofingi ab initio fuiffe legatarij, nunquam hæredis. Non moueri in contrariam fententiam debuit Bartolus, ex eo quod fcripfit Vlpianus *in d. l. 1. §. ferui de SC. Silan.* quòd exiftens legati conditio facit vt feruus qui fub conditione legatus fuerat definat effe hæredis, non idcirco facere ne videatur interim eius effe. Senfus enim illius loci idem eft qui Pauli *in d. l. non ideò 66. De rei vind.* id eft vt non ideò minùs rectè quid tanquam noftrum vindicemus, quòd abire à nobis dominium fperetur fi fortè legati aut libertatis conditio poftea exiftat. Itaque loquitur vterque locus de eo tempore quo legati per vindicationem dati conditio nondum exiftat. Quo tempore verum eft rem legatam effe interim hæredis & quidem pleno iure *d. l. generaliter 29. §. 1. qui & à quib. manum.*

Yy 3 licèt

licèt possit contingere vt desinat hæredis esse. Nimirum si & conditio legati existat, & legatum habere velit legatarios. At postquàm extiterit conditio legati, faciet proculdubio non solùm vt res legata iam non sit hæredis, de quo nemo dubitat, sed & vt eius nunquam fuisse videatur, id est ne quidem eo tempore quo adhoc conditio pendebat. Et verò non sic loquitur Vlpianus vt dicat quomodo intelligit Bartolus, Existentem conditionem legati non facere ne res legata nunquam hæredis fuisse videatur, sed non facere ne interim videatur eius esse, quod longè diuersum est. Posterior namque locutio hæc, tempus illud significat quo conditio nondum extitit, superior verò illud quo iam extitit. Vtrumque igitur verum est, & quod vult Vlpianus, Non facere conditionem legati si quando posteà existet, vt res legata non sit interim hæredis, Et quod nos volumus, Facere tamen conditionem postquàm extitit, vt ea res nunquam hæredis fuisse videatur. Sanè quemadmodum errat in eo Bartolus quòd non patitur retrotrahi vim conditionis existentis quod ad dominium legati. Sic in eo benè sentit quòd negat retrotrahi quantum ad commoda rei legatæ puta quod ad fructus: Meliúsque hac parte quàm Accursius, qui etiam ratione fructuum admittit potestatem retrofictionis, vt medij temporis omnes fructus det legatario, qui certè pertinent omnes ad hæredem. Est enim plane dissimilis causa dominij & fructuum, Non modò si sub conditione legatum aliquid sit per vindicationem, sed etsi purè, quia de legatis tantum locuta est lex duodecim Tabularum, non de legatorum fructibus nec fuit necessaria legis potestas & retrofictio quòd ad fructus legatorum, quæ fuit necessaria in legatis ipsis, quia fructus non sunt ipsi in legato, sicuti à nobis pluribus explicatum est *lib. 7. Coniect. cap. 3.* vbi diuersitatis huius rationem attulimus non minùs elegantem, vt nobis quidem videtur, quàm veram: quæ nec à Bartolo aliisve Interpretibus percepta est non magis quàm ab Accursio. Volunt enim omnes quotquot sunt Interpretes legatorum purè datorum fructus quos hæres etiam ante cognitam legatarij voluntatem, nullaque contracta mora perceperit, restituendos esse legatario petenti quandocunque legatum. Quod vtique non minùs falsum est quàm si de legato in diem aut sub conditione relicto tractaremus, vt ibi docuimus. Nec Bartolo subtilior est Paulus Castrensis, qui ne videatur Iustinianus nihil noui hac in re constituisse, quod ad legata conditionalia pertinet, sic Iustiniani constitutionem interpretatur, Non quidem vt rei sub conditione legatæ alienatio pendente conditione facta interim non teneat ipso iure, quomodo constitutum expressim fuit in alienatione rei quæ purè vel in diem certum legata proponatur, sed vt teneat quandiu conditio non extitit, sicuti tenebat olim, Existente tamen conditione resoluatur, quemadmodum Iustinianus loquitur, at tanquam ex tunc, id est retroacta resolutione alienationis ad illud ipsum instans quo facta fuit alienatio, Cùm olim resolueretur inquit, vt ex nunc non vt ex tunc. Quod ait alienationem rei sub conditione legatæ, & olim tenuisse & hodie quoque tenere ipso iure quandiu conditio pendet verum certè est, adeóque generaliùs quàm Castrensis ipse putet. Subiungit enim ex Accursio probátque exceptionem, Nisi eius rei alienatio prohibita sit à testatore. Ex *l. cùm pater 77. §. libertis de legat. 2.* quæ exceptio addenda non fuit. Minùs enim potest prohibitio testatoris quàm legis ad impediendam alienationem, longéque alia Papiniani sententia *in d. §. libertis*, vt nos in præcedentibus explicauimus.

Rursum quod addit, Existente quandocumque conditione legati, alienationem resolui verum quoque est. Aptiúsque dictum, quàm si cum Bartolo dicas rescindi hoc casu venditionem. Qui enim dicit alienationem resolui ius tantum significat, & iuris potestatem. Qui verò rescindi, factum hominis potiùs quàm legis. Atqui sola legis potestate fit vt alienatio rei sub conditione legatæ, post existentem conditionem resoluatur, tanquam facta de re penitus aliena, & à non domino rei alienandæ potestatem non habente, nec vllo in eam rem hominis facto est opus nisi vt conditio impleatur. Quare nec illud probare satis possum, quod Castrensem adnotasse video *in d. l. seruo legato §. 1.* Ius hoc nasci ex eo quòd resoluto iure datoris resoluatur ius acceptoris *ex l. lex vectigali fundo 31. D. de pignor.* Non enim dici potest resolutum hoc casu ius hæredis, qui nullum prorsus habuisse vnquam intelligitur: non magis quàm si purè legata fuisset ea res quam ponimus legatam sub conditione. Itaque verum etiam illud est, quod Castrensis subijcit hujusmodi alienationem hodie irritam fieri & resolui post existentem conditionem non quasi ex nunc, sed quasi ex tunc, vt scilicet nullo vnquam tempore valuisse videatur, ita vt nec actionem de euictione nec impensarum quæ ad rem meliorandam factæ sunt, repetitionem vllam habere possit emptor si rem legatam fuisse non ignorauit. Sic enim habet constitutio, neque tantùm si res legata fuerit per vindicationem, sed etsi quolibet alio legati genere, adeóque si per fideicommissum. Sed quod addit, aliter olim obtinuisse, id est non ex tunc, sed ex nunc irritam fuisse talem alienationem, hoc verò est quod ego falsissimum esse contendo, probóque ex *d. l. 15. cui via 12. §. 1. quemadmodum seruit. amitt.* & aliis quæ à nobis supra in hanc rem disputata sunt. Nihílne igitur Iustinianus hac parte innouauit? Nihil penitus quod pertinet ad legata vindicationis, sed tamen innouauit quod ad cætera legatorum genera, itémque quod ad fideicommissa. In quibus ita ius olim erat, vt si sub conditione data essent, alienari interim possent ab hærede, non vt interim tantùm teneret alienatio, sed vt semper & in perpetuum valeret, salua legatario vel fideicommissario actione personali aduersùs hæredem qui rem legatam aut fideicommissam alienasset. Quidni hoc admittamus in legatis per damnationem ac fideicommissis sub conditione relictis cùm iam probauerimus, etiam in iis quæ purè data fuissent, idem olim obtinuisse. An fortè potentius erat ius fideicommissorum sub conditione quàm purè datorum? Cùm ergo Iustiniani Constitutio non tantùm de legatis per vindicationem, sed etiam de cæteris omnibus, itémque de fideicommissis loquatur, siue pure, siue sub conditione data sint, An non ridiculi sunt Interpretes qui quærunt quid in iis noui Iustinianus induxerit? Sed illi magis qui non vident quid sit inductum, iuráque vetera hac parte incorrecta mansisse contendunt: quæ tamen receptissima Interpretum omnium aduersùs Accursium nostrum sententia est, Nimirum non obseruarunt, quod nos ex ipsis Iustinianeæ constitutionis verbis ostendimus priorem aliam constitutionem, quæ legatorum & fideicommissorum nomine vindicationem, & hypothecariam dedit, posteriori causam præbuisse. Consequens enim fuit vt nulla penitus facultas hæredi superesset eas res alienandi, ne quidem illas quarum interim dominus esset, fortè per damnationem relictas in diem aut sub conditione. Propter inductum scilicet in iis rebus ius hypothecæ dominium per legem non acquiratur legatario aut fideicommissario,

fideicommissario, adeóque Ius dominij si sub conditione non tamen si in diem legatum esset, non minùs quàm si legatum fuisset per vindicationem, sub conditione: Nimirum, post conditionem impletam. Proinde quod ius olim proprium erat legatorum per vindicationem factum quidem est commune non solùm legatorum omnium, sed etiam fideicommissorum, siue purè legatum esset, siue sub conditione in translatione videlicet dominij. At illa tamen mansit differentia quæ olim erat inter legata pura, & ea quæ sub conditione relicta erant per vindicationem, vt eorum quæ purè relicta fuissent dominium statim transiret cæterorum verò quæ sub condtione non nisi post euentum conditionis: Vnde fiebat vt illorum quidem alienatio nulla fieri posset, quæ dominium quod erat legatarij transferret in emptorem qui non a legatario ipso, sed ab hærede comparasset. Horum verò posset fieri non absolutè sed interim, id est quovsque conditione adueniente resolueretur.

ERROR IV.

De legatis in diem certum relictis, Et ad legem primam, codice Commun. de legato, & fideicommisso.

Legatorum in diem relictorum alia conditio est, & separata. Nam neque olim dominium eorum transferri tectà poterat in legatarium, tametsi per vindicationem legatum fuisset, nec post diei euentum, vt iam diximus, nisi hæredis voluntas accessisset, cuius esse res cœpisset *l. si ego 9. §. si rei D. de iur. dot.* neque hodie potest, Cùm nec maiorem potestatem Iustinianus dederit legatis per vindicationem quàm olim esset, nec meliorem facere hac parte potuerit conditionem legatorum per damnationem aut fideicommissorum quàm esset olim legatorum per vindicationem. Sed hoc tamen hac quoque parte à Iustiniano immutatum fuisse fatendum est, quod legata in diem certum relicta quæ olim æquiparabantur legatis conditionalibus quantum pertinebat non ad cessionem diei, sed ad translationem dominij, maluit Iustinianus exæquare legaris puris quod ad hoc vt eorum alienatio ante diem facta non magis teneat ipso iure ne quidem interim, quàm si dies nulla esset adiecta, Non quasi legatorum In diem certam relictorum dominium perinde tecta via transeat à testatore In legatarium quasi nunquam factum hæredis contrà quàm scriptum sit *in leg. Sempronius Aulus 26. De vsufr. legat.* (hoc enim Iustinianus nec fecit nec facere, vt modò diximus, vlla ratione potuit.) Sed quia vt habet constitutio, non magis permittendum sit hæredi alienam spem decipere, quàm rem alienam vendere: Legatarius autem in diem licèt dominus nondum sit ne tum quidem cùm per vindicationem legatum fuit licèt dies legati iam vtiliter cessetit si modò nondum venerit *d. l. Semp[illegible] ius*, quamuis videatur ea lex loqui de vsufructu l[illegible] gato per damnationem, vt apparet ex illis verbis *dari iu[illegible]*, Nisi eùm de proprietate sub conditione de ducto vsufructu legata tractat vt & Africanus *in [illegible] qui vsumfructum 36 §. 1. in fin. D. de vsufruct.* tamen spem habet obtinendi quandoque domir[illegible], & quidem certam cùm certum diem qui legato dictus est venturum esse certum sit, In quo differt maximè à legatario conditionali, qui spem quidem habet sed valdè incertam, quia vtrùm conditio extitura sit nesciri potest. Siquidem de ea loquimur conditione quæ conditio verè sit, id est quæ pendeat ex futuro dub óque euento, non quæ sit omnimodo extitura, quàm nec pro conditione haberi placet, *l. quod si 18. D. de cond. indeb. l. si pui illius 9. §. qui sub conditione D. de nouat.* Idque est quod innuere videtur Paulus *in l. in lege Falcidia 45. D. ad l. Falcid.* In lege Falcidia non haberi pro puro quod in diem relictum est, propterea quòd medij temporis commodum computetur. Ad differentiam scilicet eius quod obtinet cùm tractamus de cedente die legati. Tunc enim legatum etiam in diem relictum pro puro habetur, non quòd ad dominij acquisitionem, sed vt perinde ac si putum esset transmitti ad hæredem possit mortuo ante diem legatario. Quòd si nullam vindicationem pro legatis & fideicommissis Iustinianus dedisset, adhuc tamen sufficere poterat, quòd hypothecariam & vtilem Seruianam induxisset ad consequendum hunc effectum ne interim alienari ab hærede possent, hactenus saltem ne rata manere deberet eiusmodi alienatio. Cùm hypothecæ persecutio nihil habeat commune cum quæstione dominij, nec quicquam vetet per hypothecariam legatarium aut fideicommissarium auocare rem ab eo qui etiam ex iusto titulo, & per traditionem à vero domino factam dominium sit consecutus. Atque ita primam illam Iustiniani constitutionem accipiendam esse arbitror quæ pro legatis & fideicommissis omnibus tam vindicationem, quàm hypothecariam inducit, Vt scilicet non pro eadem re vtramque actionem competere Iustinianus voluerit, cùm sint protsus incompatibiles, nec possit per rerum naturam iurisque rationem fieri vt euiquam rea sua sit obligata, Nec rursus ita, quomodo plerique intelligunt, vt eius tantùm rei nomine quæ per legatum aut fideicommissum data est vindicatio competat, pro cæteris autem rebus testatoris hypothecaria. Sed vt pro iis rebus quarum dominium statim transire in legatarium aut fideicommissarium Iustinianus voluit, id est quæ purè datæ sunt vindicatio exerceri possit, & quidem sola, id est non etiam hypothecaria (nam de personali non potest dubitari quin semper competat.) Pro cæteris verò rebus, quarum dominium in legatarium aut fideicommissarium transire prorsus impossibile est, id est quæ non purè vel sub conditione, sed in diem certum datæ sunt, hypotheca tacita locum habeat, & consequenter hypothecaria, si fortè legatarius aut fideicommissarios auocare illas velit ab eo qui ante diem existentem emerit ab hærede res siue per damnationem legatas, siue per fideicommissum relictas. Hoc enim addendum puto vt excludam semper casum illum, quo agatur de re, siue per vindicationem legata, siue per damnationem aut purè sub conditione, quia eùm existent quandocunque conditione ita fiat legatarij, vt nunquam videatur fuisse hæredis quemadmodum diximus, ob eámque causam ipso iure resoluatur alienatio si qu m interim hæres tanquam dominus fecerit *d. l. seruo legato 69. §. 1. de leg. 1.* planè non video cuius vtilitatis esse possit si quis hoc casu hypothecariam legatario dandam esse dixerit, cùm omni casu habeat ille vindicationem nec minùs si res apud alium sit, quàm si apud hæredem, etiam iure vetere inspecto: quæ vindicatio sicuti plenìore iure competit quàm hypothecaria, quia ius dominij plenius est, quàm pignoris. Ita vtilior est, nec minùs tamen commoda, quando in vtraque actione dominium omnimodo probandum est. *l. ante omnia 23. D. de probat. l. & quæ nondum 25. §. quod dicitur D. de pignor.* Nec quod Iustinianus & legata omnia inter

ſe, & legatis fideicommiſſa exæquauerit, ad rem facit. Exæquauit enim omnia quod ad hoc vt omnium nomine poſſit legatarius habere vindicationem itémque fideicommiſſarius contra hæredem ipſum, at non etiam contra poſſeſſorem extraneum eo caſu quo prior ille dominium nactus ſit ab hærede. Et quemadmodum diximus, Nullo caſu poſſe hypothecariam competere legatario vindicationis ſiue purè, ſiue ſub conditione legatum ſit, quia omni caſu habet ille vindicationem etiam contra extraneum, cui ante conditionis euentum res vendita proponatur, Ita è contrario nulla ratio eſt vt extra cauſam legati vel purè, vel ſub conditione relicti permittatur vindicatio ſiue legatario, ſiue fideicommiſſario eius rei quàm negari non poteſt factam eſſe illius qui medio tempore ab hærede adhuc domino comparauit. Satiſque ipſi conſulitur data ei contra extraneum hunc hypothecaria, per quam perinde rẽ auocet, atque per directam in rem actionem auocaret. Licèt cùm hæres ipſe poſſidet aut alius quilibet à quo relicta res fuerit nihil eius qui oneratus eſt, interſit an dominij an pignoris vindicatione conueniatur. Ex quo intelligimus tantò magis neceſſariam fuiſſe hoc caſu hypothecariam quippe quam ſola intentio dominij excludere nunquã poteſt, vt iam diximus *l. 1. §. cum prædium D. de pignor. l. vſucapio 7. C. eod.* Æquiparamus autem hac parte legata damnationis & fideicommiſſa in diem certum relicta legatis eiuſdem generis per vindicationem datis, vt Ic. omnium nomine perinde competat hypothecaria, non etiam vindicatio, ſi fortè ab hærede alienata ſint ante diem quia nec olim pro iis vindicatio competebat tametſi per vindicationẽ data eſſent. Maximè ſi ab hærede ipſo non poſſiderentur. Quamuis in eo æquiparentur legatis puris, quòd ex poſteriore Iuſtiniani conſtitutione perinde nulla ſit eorum alienatio, atque ſi pura eſſent quia ſpem certam habuerunt. Nulla inquam ab initio vt in hoc differant à legatis conditionalibus, quorum alienatio etiam hodie tenet ab initio vt olim licèt ex poſtfacto & exiſtente tandem conditione reſoluatur. Dices, Quid attinebat conſtituere Iuſtinianum vt ab initio nulla eſſet alienatio, quæ etiamſi teneret, hypothecariam tamẽ impedire nullomodo poſſet? Hanc nimirum ob cauſam cogor dicere ſic eſſe accipiendam poſteriorem conſtitutionem vt addiderit aliquid priori, Videlicet vt & legatorum per damnationem & fideicommiſſorum in diem certam relictorum vindicatio poſſit hodie competere etiam aduerſus extraneum quæ antea ex priore conſtitutione non niſi contra hæredem competebat, ſi modò eam malit legatarius aut fideicommiſſarius poſt diem exercere quàm hypothecariam quæ nec minus hodie competit ſi eam eligere actor velit. Et ſanè cùm apertè Iuſtinianus velit dari vindicationem pro legatis & fideicommiſſis quibuſlibet etiam per damnationem ſub conditione relictis, poſtquàm ſcilicet conditio extitit, nulla ratio eſt vt deteriorem faciamus conditionem legatorum, & fideicommiſſorum in diem certam datorum, quæ plus habent ſpei & certitudinis quàm conditionalia quæque ideò propiùs accedunt ad pura Sed aliud eſt loqui de priore Iuſtin. conſtitutionẽ, Aliud de poſteriore: Nec fuiſſet neceſſaria prior ſi incepiſſet Iuſtinianus à poſteriore quia hæc multò amplior eſt. Sed ſi de priore ſola tractemus, prorſus intelligenda ea eſt ſecundum illam quam adhibuimus diſtinctionem vt iuris veteris ratio minùs offendatur.

ERROR V.

De rerum fideicommiſſo ſubiectarum acquiſitione per vſucapionem, & longi temporis poſſeſſionem.

COnſtituit Iuſtinianus *in l. vlt. §. pen. & vlt. C. commun. de legat.* de cuius ſententia Decade ſuperiore ſcripſimus, vt ſi hæres eam rem quam legati iure alij dare, aut per fideicommiſſum reſtituere iuſſus eſt, vendiderit, aut quo alio modo alienauerit, ſiue purè, ſiue in diem certam incertámve, ſiue ſub conditione relicta eſſet, non ſolùm venditio & alienatio in irritum deducatur, tanquam nulla ipſo iure, ſed etiam ita vt neque vſucapio, neque longi temporis præſcriptio vlla contra legatarium vel fideicommiſſarium procedat. Hæc enim verba ſunt conſtitutionis, quam fatendum eſt iuri veteri hac parte multum derogaſſe. Nam quemadmodum hærede alienante rem legatam, cuius interim dominus eſſet, tranſibat dominium in emptorem, ita vt nec vlla indigeret vſucapione, dum ne ſub conditione legata res per vindicationem fuiſſe proponeretur, ſecundum ea quæ proximè diſputauimus. Ita certum eſt tale ius verus fuiſſe, vt ſi rem ſiue purè, ſiue ſub conditione legatam per vindicationem hæres alienaſſet in bonæ fidei emptorem qui legatum ignoraſſet, vſucapi res ab emptore poſſet, Non ſecus acſi aliam rem quamlibet eodẽ titulo acquiſiuiſſet, Quid enim, obſecro, eſſe poterat, quod vſucapionem impediret? cùm nulla dum lege aut conſtitutione prohibita eſſet ea vſucapio? Aut quid noui hac parte Iuſtiniani conſtitutio ſi iam olim idem obtinebat? Et verò ſicuti res aliena legata poterat vſucapi pro legato, ſi modò legatarius eam bona fide poſſediſſet *l. 1. & tot. tit. D. pro legat.* Ita nec quicquam vetabat vſucapi contra legatarium rem legatam, ſi fortè rem illam ſtatuto tempore bona fide quis poſſediſſet Multóque magis in re per fideicommiſſum relicta iuris erat, Cùm minore & infirmiore iure fideicommiſſa olim quàm legata acquirerentur *l. qui vſumfructum 3. D. ſi vſusfr. pet.* Adeò vt nec titulus vllus eſſet, Pro fideicommiſſo ad vſucapiendam rem alienam quæ per fideicommiſſum relicta fuiſſet, quomodo iuſtus & legitimus vſucapionis titulus erat. Pro legato, quia cùm fideicommiſſa eſſent iuri ciuili incognita, non poterat titulus fideicommiſſi præbere iuſtam vſucapiendi cauſam, quoniam nec iuſta erat cauſa transferendi dominij tametſi dominus fuiſſet hæres, qui rem tradidiſſet. Numquam enim nuda traditio dominium transfert *l. nũquam nuda 31. de acq. rer. domin.* Nuda autem eſt non minus ea, quæ cauſam aliquam habet nõ iuſtam, quàm quæ nullam. Ea porrò traditio vſucapiendi cauſam demùm præbet cùm facta eſt à non domino, quæ ſi à domino facta eſſet, dominium ipſum transferre poſſet. Non nego ſufficere quòd quis per Prætorem factus ſit dominus bonitarius ad hoc vt per vſucapionem poſſit fieri quiritiarius. Quemadmodum in eleganti ſpecie illa *leg. ſi finita 15 §. Iulianus D. de damn. infect.* licèt titulus prætorius nunquam ſit legitimus nec iuſtus, cùm potiùs iuſto & legitimo paſſim opponatur. Sed non poteſt traditio rei per fideicommiſſum relictæ facere fideicommiſſarium dominum bonitarium ſi res illa fuit aliena, Quam certè neceſſe eſt priùs fuiſſe in bonis defuncti quàm vt in

in bonis fideicommissarij fieri possit. Nam neque per vniuersalis fideicommissi restitutionem aliæ res fiunt in bonis fideicommissarij quàm quæ per aditionem factæ priùs sint in bonis hæredis, & quæ antea fuerint hæreditatis *leg. in fideicommissaria* 18. *versic. quoties D. ad SC. Treb.* quomodo accipi debet quod scriptum est *in l. facta* 63. *in princ. eod. tit.* facta etiam nudo verbo restitutione fideicommissi res omnes fieri in bonis eius cui restituta est hæreditas licet earum possessionem corporaliter nactus non sit. Induxit ergo Iustiniani Constitutio ius nouum quà parte fecit vt res siue per legatum, siue per fideicommissum relicta, siue purè, siue in diem, siue sub conditione relicta sit, nullo tempore vsucapi, aut longi temporis possessione acquiri possit. Sic enim disertè scriptum est *in d. l. vlt. §. sin autem sub conditione, versic. quod similiter.* Ex quo apparet non eam Iustinianeæ constitutionis rationem esse, quæ vulgò ab Interpretibus affertur quòd non valenti agere præscriptio currere non possit, *l. 1. § vltimo C. de annal. excep. l. 1. in fin.* iunct. *Auth. Nisi tricennale C. de bon. matern. l. in rebus* 30. *§. vlt. Cod. de iur. dot.* An non enim agere statim potest is cui res purè data est siue legati iure, siue fideicommissi? Et tamen non magis vsucapere aut longa possessione sibi acquirere rem potest emptor quam si in diem aut sub conditione data esset. Ratio igitur constitutionis petenda ex eo est quod cum quoque cùm vendita ab hærede res est quæ purè legata, vel per fideicommissum relicta fuerat; nulla venditio est tanquam facta contrà expressam legis prohibitionem, ac multò magis quàm si non nisi in diem, vel sub conditione data fuisset. Tantò enim maior iniuria fit legatario vel fideicommissario, quantò certius est eam rem quæ ab hærede venditur ad legatarium vel fideicommissarium iam pertinere. Porrò ad vsucapionem & longi temporis possessionem non minùs requiritur iustus titulus, quàm bona fides, continuaque possessio. Nec potest quis pro emptore vsucapere si emptio nulla intercessit, nec si putet intercessisse, Adeòque nec si re vera & de facto, vt aiunt, intercesserit, si iure non valuit tametsi errore iuris putauerit emptor eam valere. Quemadmodum & in aliis acquirendis titulis aliòquin iustis contingeret, *leg. si existimans pen.* iunct. *l. Celsus* 27. *D. de vsucap. l. 1. in princ. & §. 1. & seq. D. pro donat. l. 1. & 2. D. pro legat. l. nemo potest* 6. *D. pro derelict.* Excepto casu *leg. quod vulgo* 15. *D. pro empt.* quia nunquam in vsucapionibus iuris error possessori prodast *l. nunquam* 31. *in princ. D. de vsucap.* Proinde mirum non est, Eum qui rem purè legatam emerit, aut per fideicommissum purè relictam, vsucapere illam non posse, cùm possessionis suæ titulum nullum habeat, quamuis legatario possit imputari cur non citiùs egerit, rémque sibi relictam ab alio possideri tanto tempore passus sit. Qua de causa nec illud improbo quod video Castrensi placuisse *ad d. l. vltim.* Posse eum qui rem legatam emerit ab hærede acquirere illam sibi per longissimi temporis possessionem, id est si eam per triginta annos multò magis si per quadraginta possederit, *l. sicut* 3. *C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Nec enim præscriptio illa longissimi temporis titulum vllum requirit, at ne quidem possessionem, sed tantùm bonam fidem quæ sine titulo ac sine possessione esse & durare plerumque potest. Alioqui si de tricenaria quoque præscriptione submouenda Iustinianus sensisset, quid attinebat, obsecro, de vsucapione, longique temporis præscriptione duntaxat loqui? Nisi fortè quem moueant verba illa constitutionis, *nullo et penitus obstaculo à detentoribus opponendo*, quæ fatendum certè est si sola inspiciantur adeò esse generalia, vt non minùs tricennalem, quàm decennalem & vicennalem præscriptionem comprehendant. Sed nihil vetat posteriora generalia sumere interpretationem strictiorem ex specialibus præcedentibus, vt non de alio obstaculo submouendo Iustinianus senserit, quàm de quo nominatim iam cauerat, ne opponi posset. Non enim addita videri possunt ampliandæ dispositionis gratia, sed potiùs in consequentiam, & clariorem explicationem eius ipsius iuris, quod iam fuerat constitutum. Neque verò nouum est, vt per legem submoueatur faciliùs præscriptio longi temporis quàm longissimi, vt videre est in alia illa eiusdem Iustiniani constitutione, quæ extat *in l. vlt. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* vbi constituit quidem vt nulla præscriptio currat contra minorem ne quidem ea quæ sit decennij inter præsentes, aut vicennij inter absentes: Sed subiungit tamen *videlicet exceptionibus triginta vel quadraginta annorum in suo statu manentibus.* Non quasi exceptio illa sit ad nouam constitutionem, sed quasi nec dubitari oporteret, quin constitutio quantumuis generalis quæ de omnibus exceptionibus temporalibus locuta fuerat, & de omnibus casibus in quibus vetera iura exerceri quidem temporales præscriptiones concesserant, per in integrum autem restitutionem eis subueniebant, ad longissimi tamen temporis præscriptionem extendi non deberet. Quamuis eadem ratio æquitatis, idémque minoris ætatis fauor in ea quoque præscriptione locum habere videretur. Præsertim verò si eum Interpretibus nostris velit quis admittere, ita ius fuisse ante eam constitutionem vt aduersùs longissimi quoque temporis præscriptionem, vt & contra temporales cæteras, restitutio in integrum minoribus indulgeretur. Quod tamen nos iam sæpius negauimus, & contrariam Interpretum opinionem, vèl ex illa potissimùm lege, itémque ex Anastasiana constitutione quæ extat *in d. l. sicut*, refutauimus. Neque sanè quicquam causæ est, cur Iustiniani Constitutio *in d. l. vlt. C. commun. de legat.* de qua tractamus, cùm sit iuris veteris correctoria, & ob hoc ipsum odiosa extendatur latiore interpretatione ad alias præscriptionum species, quæ quo longioris sunt temporis, eo sunt viderique debent fauorabiliores. Etsi non ignoro sic Interpretes nostros sentire cùm tractant de præscriptionibus in genere, vt distinguant tres earum species quarum fauorabiles alias esse volunt, alias odiosas, alias denique mixtas partim fauorabiles, partim odiosas. Fauorabiles enim volunt eas esse per quas acquiruntur res mobiles triennio cum titulo & bona fide, Odiosas autem illas quæ sunt triginta vel quadraginta annorum, quia procedunt etiam sine titulo dum adsit bona fides, nec aliam æquitatis causam habent quàm pœnam & odium negligentis. Mixtas postremò illas, & partim odiosas, partim fauorabiles, per quas acquiruntur res immobiles decennio inter præsentes, & vicennio inter absentes. Sic enim ex communi nostrorum sententia Guido Papa *quæst.* 416. vbi ex hac distinctione aliam infert, quòd ad præscriptionis interruptionem, vt fauorabiles quidem non interrumpantur per solam citationem, at ne quidem per litis contestationem, sed tantùm per diffinitiuam sententiam ex *l. si post accept.* 18. *D. de rei vind. l. 1. §. vlt. D. pro emptor.* Quæ verò prorsus odiosę sunt per citationé solam interrumpantur dummodò factã adiecta causa per cuius denunciationem potuerit citatus constitui in mala fide *d. l. sicut.* Quoniam sola citatio possit sufficere ne omninò dici possit negligens

fuisse

fuisse is, contra quem præscribitur. Quæ autem partim fauorabiles, & partim odiosæ sunt, mediam quandam viam & rationem sequantur, vt ad earum interruptionem neque sententia necessaria sit, neque sufficiat citatio, sed litis contestatio exigatur ex *l. mora 26. C. de rei vind.* Sed distinctio hæc neque iuris rationi, neque legibus nostris conuenit. Sunt enim proculdubio præscriptiones omnes fauorabiles tanquam bono publico introductæ siue ob eam causam ne dominia rerum semper maneant in incerto, vt ait *l. 1. D. de vsucap.* Siue quòd ingentem litium materiam subtrahant, quarum neque modus, neque finis vllus esset, si post triginta quoque vel quadraginta annos negligenti salua esset iurium suorum persecutio. Ideóque sic à veteribus constitutum & obseruatum fuisse videmus, vt vsucapionum & præscriptionum iura ab initio angusta, & certis rebus certísque finibus coarctata, posteà dilatata sint ad res omnes exceptis perpaucis, omniaque totius terrarum orbis loca, vt Iustinianus refert *in tit. De vsucap. Inst.* quamuis verum sit præscriptiones omnes in eo abhorrere à naturali æquitate, quòd efficiunt vt quod nostrum est ei auferatur sine eius facto contra regulam *l. id quod nostrum 11. De reg. iur.* Nimirum fauorabilior semper est causa publicæ vtilitatis quàm priuatæ, *leg. ita vulneratus 51. §. vlt. D. ad l. Aquil. Auth. res quæ quod commun. de legat.* Nec vnquam probare potui quod Iustinianus quadam in Nouella scripsit præscriptionem esse iniquissimum præsidium, cùm in toto iure nostro æquitas non ex alia vlla re meliùs, quàm ex vtilitate publica æstimetur. Neque proinde iniquum possit videri quod præ se fert publicæ vtilitatis causam.

ERROR VI.

De differentia quam ponunt Interpretes inter mobilium, & immobilium rerum vsucapionem. Ad legem mora vigesimam sextam, Codice de rei vindicatione, & ad legem vnicam, Codice de transformatione vsucapionis.

QVis verò ferre possit quod volunt Interpretes fauorabiliorem esse vsucapionem rerum mobilium quàm immobilium quod ad hunc effectum, vt faciliùs hæc quam illa interrumpatur? Vtraque enim est ex lege duodecim Tabularum, Vtraque & possessionem continuam requirit & titulum & bonam fidem, Vtraque si ius antiquum inspicias Italico solo concludebatur: Denique quod ad rem nostram maximè pertinet neutram interrumpebat superueniens mala fides, *l. si aliena 10. & pass. D. de vsucap.* Quod & Iustinianus retinuit cùm vsucapionem in longi temporis possessionem transformauit *in l. vnic. C. de vsucap. transform.* In summa, fuit hæc vna olim differentia inter rerum mobilium & immobilium vsucapionem, quòd mobilium anno vno, immobilium verò biennio implebatur. Qua ex ratione si quis velit inferre, fuisse igitur fauorabiliorem vsucapionem rerum mobilium, quod minore temporis spatio perficeretur, mala proculdubio futura sit consecutio. Non enim ex maiore vnius quàm alterius vsucapionis fauore proficiscitur ea differentia, sed quòd rerum mobilium iactura sicut facilior, ita & tolerabilior sit, *l. si rem 47. D. de acquirend. poss.* magisque odiosa persecutio earum rerum quæ per plurium manus ambulata solent, ob eámque causam dominium faciliùs mutant. Alioqui si ex solo temporis spatio fauor præscriptionis colligeretur, consequens fieret vt vsucapionem rerum immobilium fatendum esset fuisse olim fauorabiliorem quàm sit hodie vsucapio mobilium: cùm illa biennio contenta esset, hæc autem hodie triennium exigat *d. l. vnic.* Non igitur alia huius differentiæ ratio quærenda est, quàm quia difficilius permitti debuerit vt res immobiles acquirerentur tempore, quódque tanto minorem diligentiam in iis perquirendis præstare dominus debeat, quanto difficilius est, imò verò impossibile vt ad mobilium similitudinem celentur & occultentur. Sed cùm temporis spatium illud quod primùm lex duodecim Tabularum definierat anni, vel biennij breuius visum esset Iustiniano, quam vt sufficere dominis posset ad inquirendas res suas siue mobiles, siue immobiles, protraxit ille tempus quod erat vnius anni pro rerum mobilium vsucapione in triennium, & quod fuerat biennij in decennium, vel vicennium. Ex quo iure nouo apparet tantò manifestius quàm verum sit quod volumus, Eo fauorabiliores censendas esse vsucapiones quo longioris sunt temporis, cùm isto veluti temperamento iniquitas illa quæ in omnibus vsucapionibus subest, quòd per eas id quod nostrum est, nobis sine facto nostro aufertur, quodammodo emendetur, & corrigatur. Nulla igitur ratio est, cur existimare debeamus cur Interpretibus, interrumpi faciliùs præscriptionem rerum mobilium, quàm immobilium, quasi fauorabiliorem. Vtrique enim commune illud est vt nec per citationem, nec per litis contestationem interrumpatur. *d. l. si post acceptum 28. D. de rei vind. d. l. 1. §. vlt. pro emptor.* quæ de vsucapione generaliter loquitur, nec minùs ad rerum immobilium quàm ad mobilium vsucapiones pertinet: Nempe quoniam litis contestatio alium effectum habere non potest, quàm vt inducat malam fidem *l. sed etsi 25. §. si ante de pet. hær.* Mala fides autem superueniens non interrumpit vsucapionem, vt diximus. Nec debuerunt moueri Interpretes ex *d. l. mora*, quæ non de vsucapione rerum immobilium loquitur, sed de longi temporis possessione, & præscriptione, quam cum vsucapione confundunt illi male, Vno illo prætextu quòd vsucapio in eam transformata sit à Iustiniano *in d. l. vnic. C. de transform. vsucap.* Sed cùm ius illud nouum sit à Iustiniano introductum non debet ex eo sumi interpretatio ad Pandectarum, aut Codicis leges explicandas, quæ cùm ad ius vetus spectent, interpretandæ proculdubio sunt ex iuris veteris ratione. Cur autem possessio longi temporis per litis contestationem interrumperetur olim, ratio non obscura illa erat, quòd interrumpebatur per superuenientem malam fidem, quæ per litis contestationem omnimodo inducitur. Quòd si quis pergat huius quoque diuersitatis rationem quærere, illa vna afferri potest, quòd & fauorabilius & potentius esset ius vsucapionis quàm possessionis longi temporis, siue quòd ex lege duodecim Tabularum inducta esset vsucapio. Possessio autem longi temporis ex posteriorum duntaxat Imperatorum constitutionibus, siue quòd vrbis Romæ solique Italici fauor priuilegium illud, vt & alia pleraque mereri videretur. Nam & inde fiebat, vt & breuioribus temporum curriculis vsucapiones concluderentur, & maiorem effectum haberent, Per quas scilicet plenum dominium etiam ex iure Quiritium acquirebatur, Cùm tamen per longi temporis possessionem non nisi exceptio & præscriptio quæreretur. Qua de causa passim videas longi temporis præscriptionem in libris nostris dici pro longi temporis

possessione

possessione præsertim toto *tit. Cod. de præscript. long. tempor.* Quæ ratio etiam est eius quod rescriptum legimus *in d.l. mora*. Moras litis non instruere causam possessionis ad inducendam longæ possessionis præscriptionem, quippe quæ post litem contestatam, vt lex ait in præteritum æstimatur. Nam cùm nulli exceptioni locus sit nisi post propositam actionem, nec rursus dari actio vlla possit, nisi post litem contestatam prorsus consequens est, vt vel eo tempore quo litis contestatio fit completa esse oporteat tempora, quæ ad longæ possessionis præscriptionem sunt necessaria, vel nullus eiusmodi exceptioni dandæ locus posteà relinquatur. In quo differentia elegans olim fuit inter vsucapionem, & præscriptionem: cùm vsucapio, vt diximus, non interrumperetur per litis contestationem, Non illa solùm ratione quam attulimus, quòd ex mala fide superueniente non interrumpebatur vsucapio, vt nec hodie interrumpitur, Sed etiam quia vsucapio neque actio, neque exceptio est, quamuis & actionem, & multò magis exceptionem parere possit, Sed adeptio, aut vt alij libri scriptum habent *in l. 3. D. de vsucap.* adiectio, & acquisitio dominij ex præcedente titulo, & bona fide per spatium temporis lege definiti: Quod tempus non eo minùs continuatur, quod ante completam vsucapionem fiat litis contestatio. Sufficit enim completam inueniri vsucapionem eo tempore quo arbitrium fertur, quod in qualibet actione arbitraria ante sententiam, & condemnationem ferri necesse est, tametsi non fuerit completa tempore litis contestatæ. Nec enim iudex tanquam iudex pronunciabit rem esse tuam si pronunciationis tempore iam mea reperiatur, quamuis fuisset tua tempore litis contestatæ. Prius autem est vt tanquam iudex pronunciet rem tuam esse, quàm vt quasi vir bonus arbitretur eam rem restituere me debere. Quod certè Accursius noster assecutus non est, qui *ad d.l. mora* notat, vsucapionem currere quidem etiam post litem contestatam, sed non cum effectu, itémque in vsucapione duntaxat triennij legem illam locum habere, id est rerum mobilium, non etiam in vsucapione immobilium: Quorum vtrumque falsum est. Nam & vsucapio completur etiam cum effectu post acceptum lite contestata iudicium, & nulla prorsus hac parte differentia est inter rerum mobilium & immobilium vsucapionem, sed tantùm inter vsucapionem & longæ possessionis præscriptionem: Nec quòd vsucapio transformata sit facere potest, vt aliud ius vsucapionis hac parte videri hodie debeat, quàm quod olim fuit. Non enim transformata est vsucapio in longi temporis præscriptionem (alioqui ex vsucapione nec dominium hodie acquireretur, nec actio, sed tantùm exceptio) sed longi temporis possessio in vsucapionem translata. Hoc enim solùm Iustinian. fecit vt ex diuersis illis iuribus vsucapionis, & possessionis longi temporis vnum ius conflatum sit, quod nomen iúsque retinuit vsucapionis, ex possessione verò longi temporis multa sumpsit quæ vetus vsucapio non habebat, præsertim verò ratione locorum & temporum. Cæterùm ea vetere vsucapionis iure illud mansit inter cætera, vt mala fides superueniens eam non interrumpat. Ergo nec vt impediat quominùs currat etiam cum effectu post litem contestatam, cùm litis contestatio, vt diximus, non alium maiorem effectum habere possit quàm vt inducat malam fidem. Ob idque cogitur possessor, qui vsucapionem post litem contestatam compleuit, & rem tradere eo nomine cauere victori, quorum neutrum esset necessarium si vsucapio non curreret cum effectu *d.l. si post acceptum cum tribus sequentibus D. de rei vind.* quamuis non sit æquum manere lucrum aliquod penes possessorem ob id solùm quod rei petitæ possessionem post litem contestatam retinuerit. Quod certe nec Castrensis intellexit, qui pro eodem accipit vt cogatur possessor vindicatione conuentus & victus rem tradere & rem restituere. Traditio siquidem ad hoc exigitur vt dominium, quod à vindicatore recessit per vsucapionem completam post litis contestationem, ipsi nunc reddatur. Restitutio autem non sit nisi vt possessio ad eum redeat quam solam amiserat. Itaque etiamsi manu militari res victo auferretur vt *in l. qui restituere 68. eod. tit.* non ideò tamen dominium rei iam vsucaptæ posset redire ad victorem citra nouam traditionem. Idque obtinet siue de mobilium siue de immobilium rerum vsucapione tractemus: Nulla namque inter vsucapiones differentia est, nisi in tempore, non etiam in earum vi, effectu, & potestate: Nisi quòd etiam ratione locorum differentia fuit, cùm res mobiles vbique anno, Immobiles verò per biennium in solo duntaxat Italico vsucaperentur. Quare nec vlla fuit pro rebus mobilibus præscriptio temporis in Prouinciis, Sicuti neque longi temporis possessio dici potuisset, quæ vel vnius tantùm anni vel triennij fuisset. Quibus consequens est, vt sicuti hodie nulla amplius longi temporis possessio est per transformatam vsucapionem, Ita nullus possit locus esse rescripto imperatoris, de quo *in d.l. mora*, quam ostendimus in vsucapione locum habere nunquam posse. Sed fefellit Accursium, reliquósque Interpretes, quòd quemadmodum viderunt nullam de rebus mobilibus aut olim fuisse, aut esse hodie longi temporis possessionem, Ita putarunt, quoties de rebus immobilibus tractaretur, ad longi temporis possessionem & præscriptionem referri rem debere, Quasi non etiam vsucapio rerum immobilium iam olim esset, quæ haud dubiè sola hodie est post sublatam Iustiniani Constitutione longi temporis possessionem translatámque in vsucapionem. Vnde nec titulus sic conceptus est De vsucapione tollenda, Sed quod longè diuersum planéque contrarium est De vsucapione transformanda.

ERROR VII.

Si res subiecta fideicommisso alienata sit à persona non prohibita, & possessa per longum tempus bona fide ante euentum diei, vel conditionis.

VArij occurrunt casus, in quibus etiam post supradictam Iustiniani Constitutionem *in d.l. vlt. C. commun. de legat.* dubitari probabiliter potest an res subiecta fideicommisso si alienata sit, & ex iusto titulo tradita accipienti bona fide, vsucapi à possessore & longo tempore, quod hodie idem est, acquiri possit. Primùm enim quid si alienatio facta sit à persona non prohibita, id est ab alio quàm ab eo, qui grauatus sit fideicommisso? Ad hunc enim casum non videtur pertinere Constitutio Iustiniani, quæ nominatim loquitur de ipso hærede alienante contra voluntatem testatoris, illis verbis, *Nemo itaque heres ea, quæ per legatum vel purè vel sub certa die relicta sunt, vel restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda, vel pignori, vel hypothecæ titulo assignanda vel mancipia manumittenda.* Quæ verba sicuti de solo hærede loquuntur, ita eum duntaxat casum complecti videntur, quo aduersùs legis potiùs quàm testatoris prohibitionem alienatio

fideicommissi

fideicommissi ab hærede facta proponatur. Adeò vt non desint qui defendant, In alienatione quam non hæres fecerit sed fideicommissarius alij & ipse rogatus eandem rem restituere, nouæ Constitutioni locum esse non debere, Non ob id solùm quòd Constitutio exorbitans, vt loquuntur, à iure communi, & hoc ipso satis odiosa restringenda sit potiùs quàm adiuuanda interpretatione, licèt conseruandæ vltimæ voluntatis fauorem prætexat Iustinianus, sed etiam quòd quo remotius fideicommissum est eò minùs fauorabile videatur *Nouell. 159. Vt restit. fideic. vsque ad vnum grad. consist.* Sed me in contrarium illud mouet quod & supradicta dictio *hæres* parenthesi circumscripta est tanquam irrepititia, Et apertè profitetur Iustinianus initio *§. sed quia d. l. vlt. Cod. commun. de legat.* se ad eam constitutionem decurrere in consequentiam eius iuris quod iam ante constituerat *in l. 1. eod. tit.* data pro legatis & fideicommissis per multos casus vt ait lex, vindicatione hypothecaria. Inter cæteros autem casus in quibus prior ea Constitutio dat legatario & fideicommissario hypothecariam & vindicationem, ille quoque est, Si vel legatarius ipse vel fideicommissarius aliquo fideicommisso sit oneratus. Sic namque Iustinianus in versic. *Et hæc quidem disposuimus non tantùm si ab hærede legatum fuerit derelictum vel fideicommissum, sed etsi a legatario vel fideicommissario, vel alia personâ, quam grauare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur.* Consequens est, vt posterior Constitutio quæ in consequentiam huius noui iuris prohibuit alienationem rerum fideicommisso subiectarum, istum quoque casum complectatur. At sane ita est, Non magis licet priori fideicommissario quàm hæredi res fideicommissarias alienare. Et omni casu existente quandocunque fideicommissi siue prioris siue posterioris conditione irrita sit alienatio, vt rem male & contrà prohibitionem legis alienatam vindicare fideicommissarius quisquis ille est, possit, nulla obstante longi temporis præscriptione. Sed hoc ita si alienatio facta sit à persona prohibita. Nec enim alioqui posset videri facta contra prohibitionem legis, Cùm lex non in rem concepta sit, prohibita singulariter & indistinctè rerum fideicommisso subiectarum alienatione, Sed in personam prohibendo alienationem ipsi personæ grauatæ, siue persona illa sit hæredis, siue fideicommissarij. Ergo si extraneus, id est quisquis rogatus non est, rem fideicommissariam quasi suam vendiderit, ementi bona fide, quomodo rem alienam quamlibet vendi, emique posse certum est, dubitari non oportet, quin valeat venditio, Non vt ex ea dominium transferatur in accipientem per traditionem quæ licèt non nuda quidem tamen facta sit a non domino. Verùm vt post existentem fideicommissi conditionem neque vindicatio neque hypothecaria vlla supersit ad rem auferendam possessori qui eam per longum tempus ex die saltem conditionis impletæ tenuerit cum titulo & bona fide: quod non contingeret si titulus nullus præcessisse intelligeretur. Nam nec Iustiniani Constitutio ad hunc casum pertinet, nec causa vlla est cur à iure communi quod hac parte fauorabilissimum est, citra constitutionis vllius authoritatem recedamus, Aut rem subiectam fideicommisso æquiparemus rei furtiuæ aut vi possessæ, cuius vsucapio impediatur propter vitium reale quod in re ipsa sit, quousque ad fideicommissarij manus peruenerit. Atque ita Castrensis, & cæteri quoque Interpretes *ad d. l. vlt §. pen. C. commun. de legat.* bene vno ore tradiderunt. At hoc quoque ita accipiendum est, si non per prohibitam personam facta sit prior alienatio. Si enim quod plerumque euenit, vel hæres, vel prior fideicommissarius rem fideicommissariam alienauerit, quamuis ementi bona fide, ac tale fideicommissum ignoranti, nihil proderit nouo possessori quòd ea res per multorum bonæ fidei emptorum personas ambulauerit. Initio scilicet inspecto, quòd eùm vitiosam fecerit & prohibitam primam venditionem, fecit etiam vt sequentes omnes cæteræ eodem iure censeri debeant. Quemadmodum enim res alienari prohibita si semel licitè alienata sit manet in perpetuum alienabilis, vt vulgò nostri tractant *ad l. pater 36 §. 15. de leg. 3.* Ita è contrario dicendum est rem quæ semel malè ac contra legis prohibitionem alienata sit, perpetuò manere inalienabilem vt neque vsucapi, neque per longi temporis possessionem acquiri possit: Quasi credendum sit non fuisse bonæ fidei emptorem vnquam rem illam venditurum, vt neque habiturum, si non priùs eam persona prohibita vendidisset. Sicque respondit bene Hieronymus Grat *cons. a 1. num. 37. lib. 5.* Sed illa quæstio maiorem habet dubitationem, Si quia tertius siue bona siue mala fide rem illam vendiderit emptori bonæ fidei (semper enim bonam fidem exigimus in persona ementis vt tractari de vsucapione possit, id est quòd crediderit se & à domino emere, & rem fideicommisso non subiectam) nec vlla præcesserit venditio, quæ facta sit à persona prohibita, Vtrum vsucapionis longæque possessionis tempora currant fideicommissario, etiam priùs, quàm fideicommissi siue prioris, siue posterioris dies vel conditio venerit. Nec enim desunt qui putent præscriptionem vt vocànt nec meliùs vsucapionem interim currere aduersùs fideicommissarium, & quidem cum effectu ita vt eueniente posteà die vel conditione fideicommissi nihilomagis possessori qui vsucepit, euinci res possit. Quam sententiam defendit Philippus Corneus libro quarto eiúsque laudat authorem Paul. Castr. *in d. l. vlt. §. sed quia Cod. commun. de leg.* vbi tamen apertè ipse contrà sentit. Duo enim exigit Castrensis, vt contrà fideicommissarium currere possit præscriptio, Primùm illud vt venditio facta sit à persona non prohibita, Alterum vt agendi ius habuerit is cui præscriptio obijcitur, Et hanc Castrensis sententiam certum est ab Interpretibus nostris magis probatam esse, Ratione illa quæ statim occurrit & in omnium ore est, quòd non valenti agere non currat præscriptio. *Ex l. 1. §. vlt. C. de annal. except. leg. in rebus 30. §. omnis autem C. de iur. dot. l. 1 in fin.* iunct. *Auth. nisi tricennale C. de bon. matern.* Quid enim possis imputare fideicommissario qui non egit ante diem fideicommissi cedentem, cùm nec agere potuerit, etiamsi maximè voluisset? Nam & tritum illud est actionem nullam præscribi posse nisi ex quo nata fuit *d. l. 1 §. ad hæc C. de annal. except.* in illis verbis, *Sed ex quo ab initio competit, & semel nata est.* Quod enim nondum incepit, quomodo finiri potest, aut quomodo amitti, quod nunquam fuit? *l. si in diem 46. l. Titio vsusfructus 96. D. de cond. & demonstr. l. non potest videri 208. de reg. iur.* Cùm ergo non priùs fideicommissi conditionalis petitio nascatur & competat, quàm conditio extiterit, videtur certè fieri non posse vt fideicommissario tempus currat priusquàm dies vel conditio fideicommissi venerit. Accedat quòd alienationis verbum etiam vsucapionem & præscriptionem continet cùm via sit vt alienare non videatur qui vsucapi patitur, & præscribi *vulg. l. alienationis 28. De verb. sign.* Atqui rerum istarum omnium quæ fideicommisso subiectæ sunt, alienatio districte prohibita est à Iustiniano adeóque nominatim vsucapio *in d. l. vlt. C. commun. de leg.* Igitur dicendum est tùm quoque cùm alienatio facta non est à persona prohibita, sed à tertio quolibet non magis

permittendum esse ei contra quem currit vsucapio puta hæredi aut priori fideicommissario, qui agere iam potest & vsucapionem interrumpere, vt vsucapi rem patiatur, quam vt eam ipse alienet, quod facere vtique non posset. Mihi tamen contraria sententia magis semper placuit visáque probabilior est. Non enim ad hunc casum Iustiniani constitutio pertinet, sed ad illum solum quo facta sit alienatio per probibitam personam, id est per eum qui fideicommissi restitutione oneratus est, siue hæres ille sit siue legatarius, siue fideicommissarius. Quod ergo à Iustiniano innouatum non est cur aliter quàm ex iuris veteris ratione interpretabimur? Id siquidem agere duntaxat Iustin. voluit, vt in hæredis potestate non esset aut alterius grauati cuiuslibet, quomodo erat antea, spem fideicommissarij decipere, non magis quam rem per legatum aut fideicommissum purè datam alienare. At rem fideicommisso siue puro, siue in diem aut conditionali obnoxiam facere inalienabilem & quasi reali qualitate illa ne dicam vitio afficere propositum certè Iustin. non fuit, vt ex ipso Castrensi iam docuimus: Alioqui nec post diem fideicommissi cedèntem posset currere vsucapio, longive temporis præscriptio, nullo scilicet titulo præcedente *l. Celsus 27. D. de vsuc. l. diutina 4. Cod. de præscrip. long. temp.* Itaque fatendum est non alio casu prohibitam fuisse a Iustin. vsucapionem aut præscriptionem rei fideicommissariæ, quàm quo prohibita est eiusdem alienatio, id est ita demum si ille ipse vendiderit, qui fideicommisso grauatos fuit, non si alius tertius, cui non magis prohibitum sit alienare rem fideicommissariam, quàm rem aliam quamlibet. Quare nec ita Iustiniani constitutio loquitur, vt prohibeat grauato ne rem vsucapi aut præscribi patiatur, sed tantùm ne ipse alienet: Nec ita rursum vt vsucapionem omnem longíque temporis præscriptionem inhibeat, sed eam solam qua velit se iuuare is qui a grauato emerit. Et verò an non esset absurdum prohiberi emptorem qui & bonam fidem & titulum habeat, quominùs iure publico vtatur, sibique & actionem & dominium quærat facto suo, cùm nihil contra leges fecerit, etiamsi nihil sit quod possis fideicommissario imputare, vt *l. Pompon. 29. D. quib. mod. vsusfr. amitt.* Nec enim odio negligentium præcipuè comparata sunt iura vsucapionis & præscriptionis longi temporis, sed fauore potissimùm possessionis quæ titulum comitem habeat, & bonam fidem.

ERROR VIII.

De præscriptione contra fideicommissarium currente antequam possit ille de fideicommisso agere.

PRoinde non est bona consecutio, si quis dicat, Nihil imputari posse fideicommissario qui non egerit ante diem fideicommissi cedentem. Ergo non currere aduersus eum vsucapionem aut longi temporis præscriptionem: Cùm inter cætera quæ ad vsucapionem longive temporis præscriptionem requiruntur, non etiam illud sit vt ei contra quem vsucapitur, aut præscribitur, imputari aliquid possit: vt ex eo colligi potest quod contra eos qui reipublicæ causa affuerunt, perinde currit vsucapio, licèt non solùm nihil iis imputari queat, sed etiam præcipuo fauore digni sint, propter quem meretur etiam auxilium restitutionis, *Tot. tit. D. & Cod. ex quib. caus. maior in integr. restit. poss.* Neque rursus bona illa ratio est quam afferunt interpretes, quòd non valenti agere non currat præscriptio. Non enim de præscribenda actione tractamus quæ nondum nata sit, cùm dicimus posse rem fideicommissariam à tertio venditam præscribi in præiudicium eius cui nondum nata sit fideicommissi actio, sed de acquisitione dominij, quam nemo dixerit impediri posse in persona bonæ fidei emptoris, ob id solùm quod fideicommissarius agere nondum potuerit. Quid enim commune habet personalis actio fideicommissi nondum nata, cùm de iure dominij quod interim alicuius, & quidem alterius esse necessarium est, quódque nihil vetat quandiu non est fideicommissarij acquiri bonæ fidei emptori, qui modò non sit mercatus contra leges. Nam nec bonæ fidei emptor dici posset si sciens contra leges mercatus esset tametsi maximè pretium soluisset *l. quemadmodum 7. C. de agric. & censit. lib. 11.* Nec ad rem pertinet si quis obiiciat, etiam dominium transire in fideicommissarium ex noua Iustiniani constitutione, & consequenter vindicandi ius dominij existente quandocunque conditione fideicommissi. Nam sicuti quod de dominij translatione ipso iure facienda obiicitur, eo demum casu verum est, quò & fideicommissi dies conditióve iam venerit, & medium inhabile nullum sit, quod translationem illam impediat, Ita & quod de vindicandi dominij iure dando fideicommissariis post diei vel cõditionis euentum Iustinianus constituit, etiamsi venditio à domino facta sit adeóq; emptori bonæ fidei, certum est illo duntaxat casu obtinere quo venditio facta sit contra legis prohibitionem, Quæ nimirũ semper impedit ne per traditionem quamuis à vero domino factam, dominium transferri possit, cùm nuda traditio nunquã dominium transferat, Nuda autem sit quæconque causam vel nullam habet vel non iustã, id iure legibúsque non probatã *vulg. l. nunquam nuda 31. D. de acq. rer. dom.* Nam cùm lex sit vnus ex modis sex transferendi iure Quiritium dominij, vt tam sæpè retulimus ex Vlp. *in fragm. Tit. 19. De acqu. rer.* multò magis faciliúsque modus est amittendi. Atqui nos eã speciem tractamus in qua non possit dici rem fideicommissariam alienatam esse contra prohibitionẽ legis. Ergo nec illam in qua locus esse debeat constitutioni, quæ vult irritam esse alienationem, vt neq; titulum præbere possit quem diximus esse necessarium ad vsucapionem Et consequenter nulla ratio est cur hoc casu vindicatio dari debeat fideicommissario qui nec est dominus nec vnquam fuit, contra emptorem qui licèt à non domino ius habeat, dominiũ tamen ipsum habet à lege quæ ius & potestatem vsucapionis induxit. Neque nouum est vt melioris conditionis ille sit qui emit à non domino lege non prohibente dummodò bona fide, quàm qui a domino quidem sed cõtra prohibitionem legis comparauit. Proinde cùm nihil sit quod impediat quominus rei etiam fideicom. dominium per vsucapionem acquiratur emptori, priùs quoque quàm fideicommissi conditio extiterit, Planè non video quænam actio post existentem conditionem fideicommissario dari possit ad dominium auferendum possessori, Aut cur impediri debeat acquisitio dominij ex eo solo, quod fideicommissi actio nondum nata sit. Alioqui si ad ius bonæ fidei possessoris impediendum ratio illa sufficeret quòd persequendi fideicommissi ius nondum natum esset, consequens fieret vt etiam citra illam Iustiniani constitutionem, qua vna mouentur interpretes vt pro fideicommissario sentiant, idem responderi iam olim & iure ipso vetere debuerit. Cùm non magis olim fideicommissarius conditionalis ius aliquod haberet ante conditionis euentum quàm hodie *l. is cui 42. D. de obligat. & action.* atqui certum

tum est ita ius fuisse, vt etiam pendente fideicommissi conditione possent res fideicommissariæ alienari ab ipso quoque hærede grauato ita vt inquietari emptor non posset salua fideicommissarij cõtra hæredem fideicommissi persecutione, quemadmodum supra probauimus *ex l. si hæres institutus* 70. § 1. *D ad SC. Treb.* Multo magis vsucapi si à non domino venditæ fuissent accipienti bona fide cùm nulladum lege esset prohibita earum vsucapio: Itemque fortiùs eo casu quo acquisitio dominij confirmata esset per subsecutam longi temporis cum titulo & bona fide possessionem: Non quòd eo casu tractari de vsucapione quicquam possit, cùm id quod meum iam factum est, magis meum fieri non possit, Sed quia non debeat deterior esse conditio bonæ fidei emptoris qui acquisiuit à domino nec vsucapione vlla indiget quàm si bona fide acquisiuisset à non domino, quominùs plenissimè fiat, maneatque dominus transacto tempore quantò vsucapere eam rem potuisset, si per emptionem dominus iam tùm factus non fuisset, quomodo eleganter ratiocinatur Tryphoninus *in l. in bello* 12. § *si quis seruum De capt. & postlim* Cùm igitur necessaria fuerit Iustiniani constitutio, ad hoc vt res fideicommisso subiectæ per hæredem grauatum alienatæ vsucapi non possent in præiudicium fideicommissarij conditionalis, qui toto medio tempore agere, sine actione nequiuisset, Intelligimus quoties talis casus proponitur, in quo Iustinianeæ constitutioni locus non sit manere inconcussum ius vetus, nec ob id minùs posse vsucapionem currere, etiam pendente fideicommissi die, vel conditione, quòd nulla adhuc actio nata sit, quæ ad impediendam vsucapionem exerceri potuerit Sed me omnium maximè illud mouet, quod à Pomponio scriptum video *in d. l. si hæres* §. *vlt* Si temporalis actio in hæreditate relicta fuerit, tempus quo hæres experiri ante restitutam hæreditatem potuit, imputandum ei esse cui restituta fuerit. An non enim falsum id esset, ac prorsus à iuris ratione alienum, si fideicommissario ea interpretum ratio prodesse deberet, quòd nulla possit contra eum præscriptio currere, quandiu non potest agere? Imò quàm esset accommodatior ratio, cùm de actionis præscriptione agitur quàm cùm de dominij acquisitione. Nimirum ius omne vsucapientis & præscribentis ex ipsius facto & persona æstimari oportet, non ex agendi facultate quam aduersarius habuerit, vel non habuerit. Quid enim vsucapientis aut præscribentis interest, an aduersarius agere interim vel nolit; vel non possit, dummodo videat ex parte sua interuenire omnia quæ ad vsucapionem vel præscriptionem inchoandam complendamque sunt necessaria? Sic dicimus exceptiones alias plerasq; licet actori opponatur, ex persona tamen eius qui opponit æstimandas esse, vt Papinianus loquitur *in l qui ex liber.* 1 1. *in fin. De bonor possess. contr. tab* Illud quoque sententiam nostrã non parum adiuuat, quòd iis quoque casibus in quibus placuit, non valenti agere non currere præscriptionem, fuerunt necessariæ constitutiones quæ tale ius inducerent, ante quas sanè aliter obseruabatur, & quæ si non essent, etiam hodie aliud obseruandum esset, vt euidenter ex eo constat, quòd Iustinianus scribit *in d. l. 1. § vlt. C de annal. except.* Ne imperfecta videretur ea sanctio, id se constituere in rebus omnibus quæ patri per filios non acquiruntur, quod in bonis maternis fuerat anteà dispositum à Constantino, scilicet *in l 1. in fin. C. de bon. matern.* Vt nimirum filiisfamilias nulla exceptio temporalis opponatur, nisi ea quo actionem mouere potuerint, id est postquam manu paterna, vel eius in cuius potestate erãt, fuerint liberati, *quod* inquit *non fuerat special. constit.* Vt intelligamus tale id fuisse, quod nõ ex iuris communis ratione à prudentibus ipsis, nedum ab interpretibus induci potuerit, sed ab imperatoribus specialiter constitui debuerit, ne imperfecta esset sanctio quæ filiisfamilias non benè in omnibus prospexisset. Alioqui frustra constitutum fuisset ab Imperatoribus, quod antiquior iuris ratio euincere per se potuisset, Cùm, & ante Constantinum ita ius esset, vt filiisfamilias sine cõsensu & authoritate patris in iudicio stare non liceret, quod & Iustinianus fatetur *in l. vlt. §. 1. vers. necessitate C. de bon. quæ lib.* Qua de causa idem Iustinianus constituit etiam *in d. l. in reb.* 30. §. *omnis autem Cod. de iur. dot.* vt non currat præscriptio aduersus mulierem constante matrimonio, nisi ex quo tempore potuerit illa agere ob inopiam mariti, *mox viro incohante malè substantia vti*, quomodo idem Iustinianus loquitur *in Nou.* 97. *De æqual. dot. cap. 6. § illud quoque* quæ constitutiones si non essent haud dubiè, noceret mulieri vsucapio & præscriptio quæ constante quoque matrimonio cucurrisset. Falsum igitur est quod vulgo iactatur brocardicum, quasi sit certissimum principium iuris, Non valenti agere non currere præscriptionem, Nisi solis iis casibus quibus ne currat cautum specialiter & nominatim constitutum est, siue facto aliquo, siue iure impeditus quis sit, ne ageret *l. cum sex menses* 56. *D. de ædilit. edict. d l si heres* 70. §. *vlt. ad SC. Trebel.* Æquius enim est socordiam aut negligentiam hæredis, qui pendente adhuc fideicommissi conditione rem hæreditariam vsucapi patitur, nocere fideicommissario, postea eo nomine regressum aduersus hæredem habituro, quam esse captiosam bonæ fidei possessori ignorantiam fideicommissarij agendique vt ita dicam possibilitatem, *arg. l. quod autem* 7. §. *si quid cum pupillo D. quæ in fraud. credit.* Cur enim ob id minus iuris habeat bonæ fidei emptor etiam aduersus fideicommissarium, quòd fideicommissarius nullum antè habuerit, nec adhuc habeat? Nihil sanè absurdius meo iudicio dici potest. Et quod suprà obiiciebamus nõn magis hæredi, aut aliæ personæ grauatæ permittendum esse, vt rem hæreditariam vsucapi patiatur, quàm vt eam alienet, obligare duntaxat potest eum qui passus est, vt damnum omne quod ex ea patientia fideicommissario contigit sarcire compellatur. At bonæ fidei emptoris ius quod non ab eo qui passus fuit, sed à lege habet lædere nullomodo potest. Illud planè inter omnes constat, Vno casu valere omnimodo & indistinctè rerum fideicommisso subiectarum alienationem, sc. si factam eam esse constet pro dimittendis creditoribus defuncti, qui fideicommissum ipse reliquerit, etiamsi ille ipse alienauerit qui grauatus fuit. Nam quemadmodum alienationis prohibitio à testatore facta, quantũuis iusta ea causa Puta vt familiæ vel posteris consulat, nec potest nec debet vnquam fraudi esse creditoribus adeoque nec fisco *l. filiusfamilias* 114. §. *Diui* 2. *de leg.* 1. Ita neque Iustiniani constitutio quæ personis grauatis tam districtè alienationẽ prohibet, sic accipi debet, vt tamẽ alienationes necessarias comprehendat *l. alien.* 13. *famil. ercisc. l. 1. D de fund. dot* cuiusmodi illa est, quæ fit pro exsoluendo testatoris ære alieno. Et ita benè Castr. *ad d. l. vltim.* quem cæteri passim sequuntur.

Nam & æris alieni exsoluendi onus totum transit in fideicommissarium, cui tota hæreditas restituitur *l. 2. C. ad SC. ad SC. Trebell. l. in imponenda 6. l. irritum ad leg. Falcid.*

***

ERROR IX.

Rursum ad l 3. D. de condict. tritic. si homo petitus per triticariam decesserit ante condemnationem.

DIuulsit nos ab instituto iam dudum tractatu De condictione triticaria, inuestigatio rationis, Cur triticaria actione proposita quærendum sit de meunda rei debitæ æstimatione, cùm per triticariam non æstimatio petatur, sed res ipsa, puta triticum, Vnde & triticariam appellatam esse ostendimus. Diximus enim, Triticariam in eo quidem differre à certi condictione (quo nomine cæteras omnes actiones intelligimus, quibus certum petitur,) quòd cùm in certi condictione non res ipsa debita, & per contestationem petita in condemnationem deducatur, sed æstimatio quæ fuit præcisè tempore litis contestatæ *ex l. vinum 22. D. de reb. cred. l. 3. §. in hac D. commod. l. hominem 37. D. mand.* in condictione tamen triticaria nihil nisi rès ipsa debita & petita deduci potest in iudicium, quamuis non etiam in condemnationem, sed tamen in condemnatione facienda, si rem ipsam debitam interim soluere debitor noluerit, necessariò deneniendum esse ad æstimationem, vt iudicati executio posteà fieri possit, propterea quòd ex edicto Prætoris De re iudicata, & executione sentantiarum lis necessariò æstimanda sit, per sententiā & conuertenda in pecunia, quę redigi possit ex bonorum venditione, Ne alinqui alterutrum euenire necesse sit, vel vt iudicati executio nulla fiat, vel vt condemnandus sit & cogendus reus ad rem ipsam præcisè soluendā etiam inuitus: quod cùm meri facti sit, certè sine vi & impressione fieri nullomodo potest, ideóque nec à Prætore vnquam permittendū est. Qua de causa diximus etiam mirum non esse, vt cùm in cæteris action. strictis, qualis est certi condictio, siue ex mutuo sine ex stipulatione, siue ex alia causa qualibet cōpetat æstimari rē oporteat inspecto præcisè tēpore litis contestatæ, Aliud tamen in condictione triticaria obseruetur, & speciali quodam iure in ea actione solius condemnationis tempus præcisè spectetur. Quodnam. n. aliud spectare velles, cùm res ipsa non vlla præcedentis tēporis æstimatio deducta sit in iudicium, sitq; liberum debitori conuento, si modò ante condemnationem præstare rē velit, ab æstimationis præstandæ necessitate se liberare? Illud siquidem certissimè ac perpetuò verum est quod Celsus scribit *in l. si Cal. 11. D de re iud.* Ex eo tēpore æstimandum quidque esse quo solui nouissimè potuit, Atqui potuit reus per triticariam conuentus liberari etiam in procinctu ferendæ sententiæ, si rem debitam petitámq; soluisset eo tempore. Ex eodem igitur tempore iniri æstimationem oportere fatendum est. At illud adhuc explicandum superest, quod ex Celso subiungit Vlp. *in d. l. 3. de cond. trit.* sic res per triticariam petita desierit esse in rebus humanis mortis tempus esse spectandū. Nam & hoc quoque nos male explicauimus *l. 16. Coni. c. 4.* cùm diximus intelligendū esse Vlp. de re quæ desierit extare post condemnationem: quòd certè non ita est, Sed de ea quæ ante condemnationem. Cùm enim alia ratio non sit propter quam in triticaria condemnationis tempus spectari oporteat quoties ad ineundam rei debitæ, & in condemnationem deductę ob contumaciam debitoris decurrendum est, quàm quæ à nobis allata iam fuit, quòd nouissimum illud tempus sit, quo solui res ipsa potuit, Fieri autem nequeat, vt soluatur res ipsa quæ petita fuit, si perierit ante condemnationem, licèt post moram & contestationem. Planè consequens est, vt in æstimanda re quæ præstari amplius nequit, non aliud quàm mortis præcisè tempus spectari oporteat, Eadem ipsa quam attulimus ratione, quòd nouissimum tempus illud sit, quo solui res potuit. Non enim possis dicere nouissimum tempus illud fuisse quo lis contestata est, quod nouissimum certè fuisset, si per condictionem certi res petita esset, quia exinde fuisset pecunia debita, & in actionis ac iudicij formulam deducta, non res quæ per contestationem petita erat: Quoties verò petitur res per triticariam sicuti nihil nisi res ipsa petitur quæ debetur, non eius æstimatio, ita & rei soluendæ facultas durat vsque ad tempus condemnationis, si res tamdiu duret, aut si priùs res pereat quàm condemnatio secuta sit, durat saltem ad tempus vsque mortis, duratura diutiùs si res quoque durasset, quomodo licèt in dissimili specie ratiocinatur Pap. *in l. si seruum 31. D. famil. ercisc.* Quodnam igitur aliud tempus eo casu spectare possis, quàm mortis? Dices fortasse id ipsum quod nos aliquando mouebat, Imò verò deberi hoc casu præsentem rei æstimationem, cùm tractemus de re quæ desiit in rebus humanis esse post litem contestatam; & consequentes post moram, quandoquidem vix est, vt non moram semper contrahat qui litem contestatur, *l. 3. vers. tametsi D. de vsur.* Constat. n. moræ effectum ferè præcipuum illum esse vt perpetuet obligationē, ita vt etiam res quæ post morā periit extare adhuc possit *l. si seruum 91. §. sequit. & §. vlt. D de verb. obl.* Vnde illud etiā fit; vt cū ipsa tamen æstimatio sola præstanda sit, quia res quantumconq; debita præstari nullomodo potest, necessariū sit in hoc casu iusiurandū actoris, cū sine delatione iurisiurandi nō possit iudex aut alius vllus æstimare rē quæ non extat, vt eleganter ratiocinatur Marc. *in l. act 5. vers planè D. de in lit. iur.* Præsens scilicet tēporis habita ratione, vt nos interpretati sumus *l. 16. Coni. c. 12.* Cur ergo, inquies mortis tēpus spectari vult Vlp. *in d. l. 3* cū homo per triticariā petitus desiit extare ante condemnationem, si præsens debetur æstimatio, Aut cur voluit, Marc. re post morā perempta præsentē æstimationem deberi, adeóq; taxandā per iusiur. actoris, si verum est, quod nos ab Vlp, dictū volumus *in d. l. 3.* Re per triticariā petita, si ante condēnationē extare desierit, mortis tempus spectandum esse? An potiùs Vlpianum ex Marciano interpretabimur, vt mortis quidem tempus spectari oporteat in æstimanda re quæ per triticariam petebatur, & quæ in reb. humanis ante condemnationem esse desierit, sed actoris iureiurando eam æstimationem fieri sit necesse. Ego verò respondeo illam quidem semper in hac quæstione adhibendam esse distinctionem, vtrum condictione triticaria, an certi condictione qui experiatur, sed aliam quoq; adhiberi oportere an res debita perierit post moram ante litem. contestatam, an verò lite iam contestata. Nā cùm periit post litē contestatā & agitur condictione certi, neq; id obtinet quod ait Marcian. *in d. vers. planè*, neq; quod de triticaria Vlp. *in d. l. 3.* Id est nec præsens æstimatio debetur, quæ fingatur esse tēpore cōdēnationis, nec ea quæ fuit reuera tempore mortis, sed illa præcisè quæ fuit tēpore litis cōtestatæ. Litē. n. iā contestatam fuisse ponendum est, cùm tractamus de condiction. certi, vt & de alia actione qualibet. Siquidem nec actio vlla nisi quæ datur à Prætore, nec datur vlla nisi post litem contestatam. Litis autem contestatione ita nouatur debitum, vt præcedens obligatio perimatur, nouáque contrahatur, quæ proinde non ex alio tempore æstimari rem patitur, quàm quo fuit lis contestata. Itaque sicuti non alterius temporis æstimatio ineunda esset,

quamuis petita species in tempus vsque duraret condemnationis, Ita nec perierit ille post contestationem & ante condemnationem: Quia quo casu non esset inspiciendum tempus condemnationis si res extaret, eo casu neque inspiciendum est tempus mortis, si ante condemnationē res perierit, Cū non alia ratio sistat æstimationem tempore mortis, quā quod post mortem augeri non possit æstimatio eius rei quæ iam nulla est. Cùm vero agitur conditione triticaria, non litis contestatæ tempus spectatur, quod præcessit impetrationem actionis per quam res adhuc ipsa petitur quę extat prę̄starique potest, sed vel tempus condēnationis si tū res adhuc extet, vel tempus mortis, si priùs extare res desierit *d.l.3.* Sed cum species debita periit post moram quidem verum ante litem cōtestatam, neque condemnationis tempus spectari potest, neque mortis quia nec triticaria eligi & exerceri amplius potest, pro ea re quæ per rerum naturam præstari amplius nequit. Quod enim supra diximus, Moræ effectum illū esse non solū vt obligationē ipsā perpetuet, sed etiā vt res ipsa perinde acsi extaret, peti adhuc possit. *d.l.si seru.91 §.sequitur & § vlt. De ver.obl.* ad ius formámque agēdi pertinet, ne aliud petere actor videatur, quam quòd in obligatione est non etiā ad effectū exigēdi, & potestatē soluendi *l.promiss.21 d.promiss. 23. D.const.pe.* vbi dicitur promissorem Stichi post moram defuncto eo hactenus posse teneri ex constituto, vt pretium soluat, siue hominem ipsum siue pretium eius soluturum se constituat. Cúmque eligendæ condictionis triticariæ potius quàm cōdictionis certi ratio non ex alio pendeat quàm ex agentis voluntate malentis aut rem consequi quàm rei æstimationem aut æstimationem futuram, quá præsentem, ridiculus planè is esset, qui re debita iá perempta triticariam eligeret, vt rem ipsam debitā, quæ iam nulla est, non ipsius æstimationem consequeretur. Ac rursum, cùm æstimatio non nisi in pecunia numerata possit consistere, prorsus consequēs est, vt etiamsi res petatur, quæ post moram & ante litem contestatam, impetratámque actionem peremptaest, cùm tamen non alia mente nèque alia spe petatur, quam vt sola æstimatio omnimodo præstetur, non alia vtique actione peti possit aut debeat, quàm certi condictione, in qua dicendum sit consequenter ineundam esse rei debitæ æstimationem ex tempore contestationis. Non enim sicuti rei debitæ interitus omnem triticariæ quandocunque proponēdæ spem & potestatem excludit propter impossibilitatem ipsius rei præstandæ, cuius scilicet solius præstatio petitur per triticariam, Ita & præripit facultatem exercendæ cōdictionis certi, Cuius necessitatem potius inducit, vel ob id solùm quòd nihil amplius consequi & sperare actor possit, nisi pecuniam & æstimationem. Proinde magis mirum in hoc casu videri illud possit, Cur litis contestatæ tēpus spectemus in æstimanda ea re, quæ eo tempore quo contestatio fit nulla amplius sit, ac non potius tempus illud quo res extare desiit, Maximè, si verū illud est quod pro vero posuimus, Rei peremptæ æstimationem augeri nunquam posse. Sed ratio petenda est ex eo quod etiam diximus, Rem quæ post debitoris moram perempta fuit peti adhuc posse, non minùs quā si adhuc extaret propterea quòd fictione iuris extare adhuc videatur. Quidni ergo eādem æstimationem recipiet, quam reciperet, si extaret, id est eam quæ constituatur in specto præcisè tempore litis contestatæ? Atqui quænam sit illa æstimatio neque per viros probos sciri potest, neque alia v[illegible] quam per actoris iusiurandum: Vera enim æstimatio quærenda est eius rei quæ sine vero effectu esse neque potest, neque debet Quomodo ratio illa Marciani explicanda est *in d. l.in actionibus §.vers.pland De in lit.iur.* Ergo quoties debita res post moram periit ante litem contestatam non aliud ius est, quàm si res adhuc extaret, siue de actionis competentis iure quæramus quia vtroque casu condictio certi competit, Nisi quòd hoc casu prorsus necessaria illa est, cùm si res extaret, eligi posset triticaria, Siue de ineunda [illegible] æstimatione tractemus, quoniam vtroque casu æstimanda res est inspecto præcisè tempore litis cōtestatæ, Ex generali illa iuris regula quæ vult, quale quid est, cū petitur tale dari oportere *l.2.D.de vsur.* In eo solo hi casus differunt, quòd cùm res extat tempore litis contestatæ siue pereat posteà siue extet adhuc tempore condemnationis, facilè sciri potest quanti tùm fuerit, licèt non nisi per sententiam ineunda sit æstimatio, eiúsque ratio iniri commodè potest per viros probos qui meminerint videre rem, qualis, quantique fuerit tempore contestationis. Cùm autem iam eo tempore extare res desierat, neque iudicis neque alterius hominis vllius est eam æstimare, nisi oblato actori iureiurando. Ex quo intelligimus id quod suprà diximus, Ideò decurri necessariò in hac specie ad iusiurandum quòd rei non extantis præsens æstimatio debeatur, non sic esse accipiendum quasi eius temporis ratio habenda sit quo iuratur, quomodo intelligere videbimur cùm ad Marcianum scribebamus supradicto Coniecturarum nostrarum loco sed eius demum quo res petitur, scilicet per litis contestationem. Quia omne tempus quod contestationem sequitur, aliud tempus est quàm petitionis sicut & quod præcedit, mota iam controuersia *leg.sed etsi 25.§.si ante de petit.heredit.* quandoquidem qui controuersiam iam mouit, necdum litem contestatus est, non tam petit, quàm petere vult, *leg.amplius 15.D.rat.rem haber.* Cur ergo, inquies, litis contestatæ tempus inspicimus non de quo iuratur, cùm res quæ perempta est per actoris iusiurandum æstimatur. Tam enim facile hoc esset quàm illud, parúmque referre videtur vtrius temporis ratio habeatur, cùm arbitrio & sola religione iurantis fit rei æstimatio. Imò verò, inquam, multum interest, cùm immutatis pro temporum varietate rerum pretiis aliam atque aliam æstimationem vtique constituturus sit vir probus, qui sic iurare volet vt nolit peierare, Quòd etsi non esset, adhuc tamen ratio iuris faceret, vt in æstimanda etiam per actoris iusiurandum re perempta litis contestatæ tempus præcisè spectari oporteret. Quoniam cùm non alio colore duret petitio rei post moram peremptæ, quàm quòd fictione iuris in pœnam moræ adhuc extare res existimatur, absurdum certè fuerit alio iure censeri condictionem certi, quæ post rem peremptam competit, quàm quo censeretur si res adhuc extaret. In qua specie fatendum esset debere inspici præcisè tempus litis contestatæ, tametsi eo tempore quo adhuc extaret, iuraretur. Quòd si quis cum interpretibus contra nos sentiret, post contractam moram tanti æstimandam rem esse, quanti plurimi vnquā fuisset. Equidē posset ille eodē errore admittere, Etiā iurisiurandi tēpus inspiciendum esse si ex aliarum rerum extantium comparatione possit coniici multò pluris rem futuram esse si tùm extaret, quam fuerit eo tempore quo fiebat litis contestatio. Nec enim vtique difficilius est rē quæ desierit extare iā ante litē contestatā ex religione ac iureiurādo actoris æstimari inspecto tēpore iurisiurandi, quàm inspecto tēpore litis cōtestatæ sicut nec illud absurdius est, vt perempti hominis æstimatio maior minórve sit tempore quo fit æstimatio

te, si neque hoc absurdum est vt in diem vsque litis contestatæ crescat decrescatve eiusdem hominis perempti æstimatio. Quare etsi admitterem in condictione certi obseruandum idem esse hac parte quod obseruaretur in iudicio bonæ fidei, vt rei per condictionem certi petitæ ineunda esset æstimatio inspecto tempore rei iudicandæ, si tum pluris rem esse appareret, quomodo volunt illi qui nullam hac in re differentiam inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris agnoscunt, nisi cùm per iusiurandum in litem res æstimatur, vt idem subiiciunt, Minimè dubitarem quin res perempta etiam quæ ante litem contestatam perempta fuisset, tanti per iusiurandum actoris æstimari deberet, quanti eam esse crederet inspecto præcisè tempore condemnationis.

ERROR X.

Cur in condictione triticaria res quæ perit ante condemnationem æstimetur ex tempore mortis non condemnationis.

HÆc igitur cùm in certi condictione ita se habeant, illud duntaxat quærendum superest, Cur si res per triticariam petita & quæ tempore actionis impetratæ extabat, pendente iudicio perierit, & ante condemnationé, æstimanda sit ex tempore mortis, nó ex tempore condénationis. Ex quo tamen esset omnimodo æstimanda si extaret: cùm non minus extare videatur res quæ post propositam triticariam periit, quam si ante condictioné certi impetratam periisset sola mora præcedéte, Nec difficilius sit in triticaria, quàm in condictione æstimari actoris iureiurando rem quæ licet reuera non extet, pro extante tamen habeatur: Sicut nec difficilius est vt alia sit æstimatio tempore condemnationis licèt res perierit iudicio pendente, & ante condemnationem, quam vt perempta re post moram & ante litem contestatam alia reperiatur æstimatio tempore litis contestatæ, quam fuerit antea tempore mortis vel moræ. Hoc enim sanè est quòd præcipuam mihi dubitationem facit in explicatione *d. lege 3. De condictio tritic.* An fortè fauorabilior est certi condictio, quam triticaria, vt in condictione certi possit etiam res perempta æstimari per iusiurandum in litem, non etiam in triticaria? Atqui hoc dicere absurdum prorsus fuerit. Est enim actio vtraque condictio, & consequenter vtraque stricti iuris, nec minùs odiosa mora, quæ fit post litem contestatam in triticaria, quam quæ fit ante litem ab eo contestatam, qui condictionem certi proponere destinauerit. Quinimò tantò odiosior, quantò esse solet debétque fauorabilior causa eius qui litem contestatus est, quam qui duntaxat mouit controuersiam *d. paragrapho si ante & lege 1. paragrapho* .t. *C. de annal. exception.* Sed nec dubitandum est quin si qua sit inter strictas actiones differentia quod ad hoc vt aliæ aliis fauorabiliores videri possint, longè fauorabilior censeri possit triticaria, quam certi condictio, siquidem per triticariam persequitur actor solutionem & præstationem eius ipsius rei quæ debetur: at per condictionem certi, non rem ipsam quæ ab initio fuit tempore litis contestatæ, & quæ non nisi ex eo die cœpit esse in noua obligatione per contestationem ipsam quasi contracta *lege 3. paragrapho idem scribit D. de pecul. lege delegare 11. lege fundum vigesimaoctaua, & sequentibus Digest. de nouation.* Ratio igitur tam obscura iuris huius certissimi ex eo petenda fortasse videatur, quod homine ante condemnationem mortuo qui per triticariam petebatur, quemadmodum facultas eiusdem vnquam præstandi exinde prorsus intercidit, Ita & potestatem triticariæ actionis, quæ alioqui etiam in posterum tempus ad condemnationem vsque duratura fuerat, statim finiri necesse sit, & litem æstimari per sententiam, cùm nihil aliud sit, quòd expectari amplius possit, aut quod triticariæ actionis naturam retinere debeat, & ad æstimationem rei iam peremptæ vlterius extendendam. An non enim satis est, vt propter triticariam actionem propositam potuerit crescere æstimatio ex die litis contestatæ in diem vsque mortis, Cùm si proposita fuisset certi condictio, ea æstimatio neque crescere, neque decrescere ex die contestatæ litis potuisset? Vt enim possit crescere aut decrescere æstimatio rei petitæ per triticariam in id vsque tempus quo res iudicanda sit, non ex alio fit quàm quòd in id vsque tempus petatur res ipsa & solui adhuc possit: Cui omnino consequens est, vt à quo tempore res ipsa neque peti, neque præstari amplius potest, finiatur priuilegium triticariæ, & ad cæterarum condictionum atque actionum stricti iuris omnium naturam & conditionem redigatur in quibus generale est vt ex die litis contestatæ neque crescere vnquam neque decrescere possit æstimatio. Quod ergo in aliis condictionibus facit litis contestatio, hoc ipsum in triticaria facit mors hominis petiti & ante sententiam defuncti, quia vt suprà diximus, nouissimum id tempus fuit quo præstari res potuit, cuius præstationem vrgebat actor, fuitque idem finiendi iudicij tempus, Cúmque non nisi perabsurdè dici possit, liberatum esse reum, quòd petita res perierit post litem ab eo improbè ac perfidè contestatam, nec rursus videri queat iudex officio suo functus ante sententiam latam quæ vel absolutionem contineat vel condemnationem *l. 1. l. quod iussit 14. l. iudex posteaquam 55. D. de re iudic.*, fatendum est condemnare reum debere necessariò ad præstandam perempti hominis æstimationem, & quidem quæ fuerit ipso mortis tempore ex natura condictionis triticariæ, cùm si proposita fuisset certi condictio, æstimationem illam ad tempus litis contestatæ, vt toties diximus, referri oporteret, non ad tempus quo actor mortuum hominem iureiurando suo æstimasset. Nil ergo necesse est, vt quis dicat solui hoc casu acceptum triticariæ iudicium, & conuerti triticariam in condictionem certi, nouámque in eam rem formulam, nouúmque iudicem petitum possit sufficere iudicium triticariæ, & durare in tempus vsque latæ sententiæ, licèt priuilegium triticariæ quantum ad rem æstimandam durare post ipsius peremptionem non possit. Sicque haud dubiè accipiendum est, quod scribit Vlp. *in d. l. 3.* in condictione triticaria, si quæratur res quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat condemnationis tempus spectandum esse, si res extet aut mortis si ante sententiam extare desierit, Scilicet vt ea æstimatio in iudicio ipsius triticariæ actionis fiat, & per sententiam in triticaria latam. Quandoquidem etiamsi homo mortuus non esset, qui per triticariam petatur, nihil tamen aliud in sententiam & condemnationem deduci potuisset præter æstimationem. Quid autem interest, quod ad retinendam triticariam pertinet, an huius vel illius temporis ratio habeatur, dum ne ad tempus litis côtestatæ, vt in condictione certi, cæterisque actionibus strictis æstimatio referatur? Ergo etiam post mortuum hominem petitum per triticariam durat nihilominùs actio, hactenus vt ex ea sequi possit condemnatio, & in condemnationem deduci non homo ipse mortuus, quamuis etiam

post mortem extare adhuc intelligatur, quippe qui etiamsi viueret, non ideò tamen in condemnationem deduceretur, sed eius æstimatio quæ condemnationis tempore fuisset. In cuius locum succedit æstimatio quæ mortis tempore fuit, cùm mortuus est homo ante condemnationem. Cùm semper verum sit tempus mortis vltimum illud fuisse quo solui res potuit, quod vnum iam toties diximus esse inspiciendum *d.l. si Kalendis* 11. *De re iud.* Quid? An non etiam perempti post moram hominis æstimatio crescere potest? Vtique potest. Alioqui mortuo post moram homine debito antequam apud Prætorem peteretur, non posset alia ipsius æstimatio peti quàm quæ mortis tempore fuisset. Quid enim attinet aliud tempus posterius spectare pro eadem æstimatione ineunda. Atqui falsum est spectari eo casu tempus mortis. Spectatur enim tempus præsens, Non quidem rei iudicandæ, vt malè aliàs interpretabamur, sed litis contestatæ, & quo res petitur, *l. hominem* 37. *D. mandat. l. fundum* 58. *D. de nouat.* Scilicet per certi condictionem, quandoquidem aliud nihil peti potest quàm pecunia numerata, cùm ante impetratam actionem res debita iam perempta est. Et ob id nimirum necessarium est iusiurandum, vt diximus, actori, per quod res quamuis ex iudicio stricto debita æstimetur. Quod non magis esset necessarium, quàm in actione legis Aquiliæ si ad tempus mortis referenda esset æstimatio. Sed nego posse hominis ante contestationem & post moram mortui æstimationem crescere, nisi in tempus vsque litis contestatæ. Post litem contestatam non posse, si condictione certi aut qua alia quæ stricta sit agatur: Quòd si post litem contestatam mortuus sit, frustra est quærere an crescat post mortem æstimatio, quæ nec cresceret etiamsi extaret homo, quem actor per condictionem certi petiisset. Ad tempus enim litis contestatæ præcisè æstimationem referri oporteret. Sed si per triticariam petitus esset tùm ante condemnationem periisset, sanè cresceret quidem æstimatio etiam à die litis contestatæ in tempus vsque mortis ex natura condictionis triticariæ, sed non magis posset crescere æstimatio post mortem in triticaria quàm post litem contestatam in condictione certi, quoniam exinde præstari homo ipse amplius non potest, licèt possit sequi condemnatio in pecunia scilicet in qua & sententiam concipi oporteret, etiamsi homo viueret. Neque in hoc tantùm differentia est hac parte inter condictionem certi & triticariam, sed & in eo quòd in condictione certi iuratur ex necessitate in litem, ad æstimandam rem quæ post moram periit ante litem contestatam, quoniam aliter æstimari inspecto præcisè tempore litis contestatæ, non potest res, quæ non extat. At in triticaria nunquam iuratur in litem, non magis cùm res periit post litem contestatam & ante sententiam quàm si condemnationis tempore extaret, quia non difficilius vt æstimetur res quæ iam periit, cùm ad præteritum tempus contestationis quo extabat refertur æstimatio, quàm vt æstimetur res quæ adhuc extat, scilicet per viros probos, vt euenit in actione legis Aquiliæ, quemadmodum diximus. Denique in triticaria semper quidem lis æstimatur, quomodo & in certi condictione æstimari eam conuenit, sed aliter quàm in condictione certi, inspecto scilicet præcisè tempore condemnationis, si res adhuc extet eo tempore aut mortis, si ante sententiam res extare desierit, semper verò citra iusiurandum. At in condictione certi inspecto præcisè tempore litis contestatæ omni casu, Adeóque per actoris iusiurandum, si æstimanda sit res quæ post moram & ante litem contestatam extare desierit, *d.l.* 5. *vers. planè D. de in lit. iur. d.l.* 3. & *l. vlt. De condict. tritic.* quarum prior de sola condictione triticaria loquitur, Posterior verò vt suprà monuimus de sola condictione certi.

ANTONII FABRI I.C.

Decas octogesimanona.

ERROR PRIMVS.

De eo quod scriptum est in d.l. 3. de condict. tritic. spectandum tempus mortis eu platei, & de re facta deteriore post moram

COGIMVR ex superioribus fateri & agnoscere grauiter nos errasse *lib.* 16. *Coniect. cap.* 4. & 5. cum docuimus, sic accipiendum esse Vlpianum *in d.l.* 3. *de condict. tritic.* vt mortis tempus spectari voluerit in æstimanda re petita per triticariam, non si res debita perierit ante condemnationem, sed si posteà. Sensit enim proculdubio Vlpianus & tractauit ex Celso de perempta re ante condemnationem: Cùm solus ille casus sit in quo non possit esse Seruij sententiæ locus qui condemnationis tempus in æstimatione rei per triticariam petitæ in eunda spectandum esse affirmabat. Nam si poneres peremptam esse rem post sententiam, quid obsecro impediret quominus inspici posset condemnationis tempus: An eò pluris minorísve res fuit condemnationis tempore, quòd ea postmodum perierit? Aut cur inspiciamus tempus mortis, quoties post condemnationem res perempta est, cùm etsi adhuc extaret, ipsum tamen condemnationis tempus spectari oporteret? Nimirum quia vt in præcedentibus disputauimus per sententiam semper lis æstimatur. Ex sententia verò nascitur & inducitur actio noua iudicati, *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* per quam sicuti pecunia semper petitur *l.* 4. §. *Prætor. De re iudic.* ita nec alia quàm quæ in condemnationem deducta fuit, ac proinde inspecto præcisè tempore condemnationis *l. si fundus* 16. §. *si pluris D. de pign.* Nec quod post condemnationem, nouam & continuam moram facere videatur is qui non satisfacit iudicato, ad rem pertinet: Quia non potest ea mora augere condemnationem, quæ formam suam certam semel & ab initio habuit, *arg. l. centum Capua* 8. *de eo quod cer. loc. l. verò procuratori* 15. §. *pen. De solu.* sed tantum accessiones quas post senten-

tiam

etiam non minùs præstari æquum est quàm si nondum esset iudicatum, Ne alioqui sententia ei noceat pro quo iudicatum fuit *l. 3. in princ. D. de vsur. l. euidenter 16. D. de excess. rei iud.* Ex quo etiam intelligimus quam futiles & inanes sint illæ nostrorum distinctiones licèt à nobis aliquando probatæ, An res debita, & in condemnationem deducta præstari adhuc possit, ita vt pleno iure fiat victoris queat omnimodo danda sit, nec de ipsius æstimatione ineunda tractari oporteat, si verò plenè præstari nõ possit, tum verò decurrendum sit ad ineundam æstimationem præstandámque. Nam præter errorem illum mihi olim cum interpretibus cæteris communem, quòd condictionem triticariam à condictione certi hac parte non distinguunt, & de condictione triticaria sic loquuntur quasi possit illa interdum etiam esse bonæ fidei, cum tamen condictiones omnes sui natura sint strictæ. Errant etiã illi in hoc quòd putant, etiam ex condictione certi condemnari quem ad dandam rem ipsam quæ debetur. Cùm è contrario in hac actione semper facienda sit condemnatio quanti res fuit tempore litis contestatæ *l. vinum 22. D. de reb. cred. l. vlt. De cond. tritic.* Sed grauiùs in eo, quòd volunt, etiam post condemnationem cogi præcisæ illum qui condemnatus est, vt rem ipsam præstet, si possit eam pleno iure facere accipientis. Quod ne quidẽ in triticaria verum est vt ostendimus, licèt ex ea rẽ ipsam in iudicium & actionem deduci necesse sit, Omnimodo enim litem æstimari per sententiam & condemnationem necesse est & actionem conuerti in necessitatem præstandæ pecuniæ siue præstari res possit siue non possit. Nisi quòd in debitoris arbitrio & potestate est satisfaciendo ante acceptum iudicium in condictione certi, & ante sententiam in triticaria euitare pecuniariam condemnationem. Nam post acceptum iudicium factámque nouationem obligationis per cõtestationem, sera est oblatio eius quod debebatur, nisi cùm actum est triticaria. At hic quidem in triticaria oblatio admittatur post sententiã, Ne in condẽnari voluntate maneat, vt electionem habeat præstandi vtrum velit, an rem ipsam quæ in cõdemnationem deducta non est an litis æstimationẽ ad quam fuit condemnatus. Cùm è contrario is qui obtinuit nihil nisi pecuniam ex iudicato petere possit, licet etiam rem ipsam possit consequi si eam dare condemnatus malit, & ipse consentiat. Alioqui sola noxalis actio illa est quæ speciali quodam iure etiam post condemnationem in pecunia factam admittit in iudicati executione noxæ deditionem ex lege 12. tabul. quæ hoc nominatim induxit *in l. miles 6. §. 1. De re iud.* Quare nec distinguendum est, an alienus aut obligatus sit seruus qui dari debuit, an proprius debitoris, Nisi quòd liberatur ante sententiam debitor dando seruum proprium qui pleno iure fieri possit accipientis: nõ liberatur autem si alienum dederit, vel obligatum qui posteà sit euictus, non magis quàm si dedisset ante iudicium acceptum *l. vbi autem 75. §. vlt. D. de verb. oblig.* iunct. *l. cum quis 38. §. qui hominem l. si hominem 59. & l. si mihi alien. 92. l. qui res 98. & pass. D. de solut. l. non videatur data 167.* iunct. *l. quod euincitur 190. De reg. iur.* Cæterum omni casu satisfaciendum est iudicato, & consequenter præstanda necessariò pecunia quæ in condemnatione deducta est. Quæ si non soluatur, tùm verò capiuntur pignora, & distrahuntur ad explicandam per eorum distractionem pecuniam. Ergo vt proxima Decade disputauimus, non eò minus ferenda est sententia in triticaria, quòd pendente iudicio perierit homo qui petebatur. Imò tantò magis quantò maior necessitas est litis æstimandæ cùm homo ipse præstari amplius nequit, perpetuata scilicet non tantum obligatione, sed etiam quodammodo reipsa perempta, si non per moram quæ contestationem præcesserit, saltem per contestationem, quę semper actionis cuiuslibet impetrationem præcedit. Sed ita tamen litis æstimatio ineunda est, vt mortis tempus non condemnationis inspiciatur, quòd nouissimum tempus quo præstari homo potuit tempus illud sit, quo mortuus fuit. Indéque nimirum occasionem sumit Vlp. *in d. l. 3.* monendĩ, Esse hoc latiùs accipiendum, & en platei, Ne aliqui, inquit, ad exiguum pretium æstimatio redigatur in seruo fortè mortiferè vulnerato. In quo tamen mirari quis possit, quod exemplum hoc nominatim Iureconsultus affert: Quasi verò inspecto præcisè mortis tempore pluris videri possit homo qui moritur sine vulnere, quàm qui mortiferè vulneratus fuit: Vterque siquidem viuus moritur, cùm instans mortis vitæ adscribitur, *l. vlt. De cond. Inst. l. qui duos 18. de manum. test.* & eo instanti quo quis moritur certum iam esse incipit, nullius eum pretij & vtilitatis esse, aut vnquam fore. Sed obseruãdum est non ita Vlp. ex Celso scribere, vt dicat instans mortis spectari oportere, sed tempus mortis quod ex pluribus constat instantibus, & quòd ideò facilè possit recipere interpretationem illam en platei, quam instantis angustia non admitteret. Sensus igitur est inspiciendum esse non instans mortis, sed tempus illud quod pręcedit: Quo tempore inspecto si ponas seruum mortiferè vulneratum, certè nullius pretij erit ille prius etiam quàm moriatur ex vulnere, quod tamen non perinde dixeris in seruo qui citra vulnus, & quod licèt rariùs aliquando accidit, nullo lethali morbo correptus moriatur. Non idem in cæteris casibus seruatur, siue contestatæ litis aut moræ spectari oporteat, siuè condemnationis. Tempus enim illud præcisè spectatur non, en platei, cùm non sit verendum ne illo casu æstimatio ad exiguum pretium reducatur, Nisi proponas seruum ipsum, qui alterutro præcisè inspecto tempore æstimandus est, fuisse iam eo tempore vulneratum. Nam & tunc tempore sequeretur absurdum & inconueniens, si hoc etiam casu contestationis aut condemnationis tempus præcisè non, en platei, inspiceremus. Ergo æstimandus erit homo quanti fuit eo instanti præcisè antequam vulneraretur, aut saltem antequàm certum esset tale vulnus esse, ex quo esset ille omnimodo moriturus. Nec enim minor est hominis vulnerati æstimatio, quandiu speratur ex eo vulnere sanari posse, & in pristinum statum restitui. Quid igitur si perierit homo post condemnationem qui condemnationis tempore sanus erat & integer? Non mortis tempus spectabitur, siue præcisè, siue, en platei, sed condemnationis præcisè quamuis tùm pluris fuisse probetur cùm mortuus est, quàm cum in condemnationem deductus: Adeóque licet nihil proponatur, quòd moram excusare possit contractam post sententiam à condemnato: Nempe quia, vt in superioribus diximus, condemnationem nihil augere potest, cùm nihil aliud peti ex iudicato vnquã possit, quàm quòd in condemnationem deductũ fuit, *d. l. si fund. 16. § si pluris D. de pig.* Sequitur apud Vlp. *in d. l. 3. De con. trit. In vtroq; autem si post moram deterior res facta sit, Marcell. scribit libro 20. habendam æstimat. quando deterior res facta sit*, Sensus est, In vtroque casu quo priùs dictum fuerat, Æstimandam scilicet rem esse inspecto præcisè tempore condemnationis. si tum adhuc res extet, vel inspecto, en plateĩ, tempore mortis, si ante condemnationem res in humanis esse desierit, sic æstimationem fieri oportere,

vt ratio habeatur deteriorationis quæ contigit post moram in tempus vsque vel condemnationis vel mortis, Id est vt tanti res æstimetur, quanti æstimanda esset, si deterior ante facta non fuisset. Neque enim æquum est in præiudicium actoris minui æstimationem rei, ob id quòd facta sit ea deterior post moram debitoris: Sed quemadmodum res, quæ post moram tota perempta est, adhuc habetur tota pro extãte. Ita & cùm deterior facta est, id est cùm ex parte periit, sic tamen habenda est quod ad ineundam æstimationem, ac si esset integra, nec vllatenus diminuta. Nam neque præstari posset in eo statu deteriorationis, cùm idquod deterius redditur, reddi nõ videatur. *l.3.§.1.D commod.* Nisi conuenerit vt eadem quidem species omnimodo reddatur, sed habita ratione augmenti & diminutionis. *æstimatis 50. D. solut matr. l. si cater 21. Cod. de iur. dot.* Non igitur illa Vlpiani sententia est, vt rem deteriorem factam post moram æstimari oporteat inspecto tempore moræ, vt vulgo male interpretantur. Fieri siquidem facilè posset vt seruus quamuis factus deterior post moram, plurimis tamen esset tempore condemnationis, quàm fuisset tempore moræ, ante deteriorationem, ve proinde facta esset deterior conditio actoris si ad tempus moræ esset referenda æstimatio. Illud enim semper obseruandum est ne cum interpretibus nomina ista non confundamus, Rei vilioris & deterioris, quæ sunt sanè diligenter distinguenda, Non quæcunque res fit vilior, etiam fit deterior, & contrà non sufficit fieri deteriorem vt vilior fiat. Siquidem euenit plerunque vt res facta deterior, pluris tamen sit hodie quàm fuerit ante deteriorationem. Et e cõtrario, vt fiat vilior quæ facta est melior, Aucto scilicet vel imminuto pretio earum potissimùm rerum, quarum pretia in singula ferè momenta immutantur, puta mercium, & seruorum, *l pretia rerum 63. D. ad leg. Falcid.* Quid enim vetat quominùs frumentum vel vinum etiam quod vetustate deterius factum est, carius tamen hodie sit, quàm superiore anno fuisset? Aut cur non pluris erit seruus licèt eluscatus, quàm esset anteà, si proponas adeò auctam esse seruorum æstimationẽ? Mirúmque sanè est hoc videre & agnoscere non potuisse nostros interpretes & ætate nostra magnos alioquin viros, qui aduersus hanc nostram opinionem scripserunt, contra quos tamen Sciforde ghetus noster tam subtiliter ac copiosè disputauit, vt à nobis aut desiderari aut addi nihil possit, Sic ergo intelligi debet quod ait Vlpianus *in d.l.3.* si post moram res deterior facta sit, habendam æstimationem quantò deterior facta sit, non vt ea præcisè debeatur æstimatio quæ fuit tempore moræ, si fortè fuit res tùm vilior, quàm sit hodie post deteriorationem, sed vt siue vilior sit hodie, siue pretiosior sic ineunda sit eius æstimatio, quomodo iniretur si deterior factus non fuisset. Quo casu haud dubiè pluris esset omnimodo & indistinctè. Nam si ponas non fuisse auctam rerum eius generis, aut speciei æstimationẽ, fieri nequit vt non sit hoc casu facta res vilior, quæ facta est deterior, Siue ponas ita auctam fuisse, vt etiam post deteriorationem pluris res sit, quàm fuerit anteà. Tamen fatendum est minoris eam esse, quàm futura esset si deterior facta non fuisset. Quoties enim diuersorum temporum ratio non habetur, vt quidque deterius sit ita vilius, & cùm augentur pretia rerum, pluris sunt res quæ meliores, vel saltẽ non deteriores factæ sunt, quàm quæ deteriores. Et quo meliores fiunt, eò quoque pretiosiores fieri illas necesse est, quàm futuræ essent si meliores factæ non fuissent. Et consequenter quod subiicit Vlpianus noster *in dicta leg 3. in fine, Et ideo si quis post moram eluscatum seruum dederit non liberari eum: Quare ad tempus moræ in his erit reducenda æstimatio.* Non alium seorsom habere potest, quam hunc, vt æstimari rem oporteat habita ratione ad tempus illud quo mora contracta fuit, scilicet quantum ad qualitatem & substantiam rei. Id est vt in eo statu æstimetur, in quo erat tempore moræ & ante deteriorationem, & quanti seruus esset condemnationis tempore si eluscatus non esset. Sed Non quanti tùm erat si fortè hodie pluris sit seruus eluscatus, quàm esset eo tempore quo mora contracta est. Alioqui quod fauore creditoris receptum est, vt moræ tempus inspiciendum sit in eius maximè odium retorqueretur, & in lucrum debitoris morosi cederet, si ea præcisè deberetur æstimatio quæ moræ tempore, & ante rem deterioratam minor fuisset.

ERROR II.

De sententia l. hominem 37. D. mandat. in 2. resp.

HInc verò intelligimus quantopere iij errent, qui supradicta verba sic accipiunt, quasi velit Vlp. æstimandum esse Stichum quanti plurimi fuit à tempore moræ, Cùm de æstimatione illa quanti plurimi nullum sit verbum apud Vlpian. Et longè aliud sit dicere spectandum esse tempus moræ in re debita æstimanda, Aliud verò spectari debere æstimationem quæ fuerit ab illo tempore moræ, Idémque eorundem error est, cùm idquod ab eodem Vlp. scriptum est in principio d.l. 3. condemnationis tempus spectandum esse, ita illi intelligunt, Si eo condemnationis tempore Stichus plurimi fuit. Contra enim sensus est, Condemnationis tempus præcisè spectari oportere, tametsi minoris sit Stichus eo tempore quàm fuerit tempore moræ vel litis contestatæ, quia sibi debet imputare actor quòd maluerit eligere triticariam, quàm certi condictionem, cuius beneficio consecutus fuerat, quanti litis contestatæ tempore res fuisset, sibique proculdubio & Prætori, Iudicique legem dixit cum elegit triticariam, vt ad rem quæ deberetur præstandam æstimationem præcisè eius condemnaretur, inspectu tempore condemnationis, nec vllius æstimationis quæcunque antea fuisset præstatione liberaretur. Magisque miror sic istos sentire, quoties de speciei debitę æstimatione ineunda tractatur, cùm aliud existiment, si non de specie, sed de merce æstimanda quæratur. Cur enim aliud in merce, aliud in specie debita obseruabimus, cùm nuspiam huius distinctionis mentio fiat, At neque æstimationis quanti plurimi, nisi cùm vel de furtiua condictione agitur, vel de actione legis Aquiliæ, vt alibi tam sæpe disputauimus. Nam quod addunt idipsum Africano placuisse *in l. hominem 37. D mandat.* in secundo responso magis ridiculum est, Cùm eo loco tractet Africanus de homine qui certo die dari debuerat, nec tamen datus fuerat. Quo casu non solum contracta mora fuit per lapsum diei, sed etiam ita contracta vt non alia speciei debitæ possit iniri æstimatio quàm quæ illo die præcisè fuit, *l vinum 22. de rebus creditis, dict. l. vltim. De condiction. triticar. l. quoties 59. De verborum obligation.* Nimirum quia dies ille nouissimum tempus fuit quo solui res potuit *l. si Calendis 11. D. de re iudic.* Idque sine dubio Africani sensus est *in dict. l. hominem*, vt speciei in diem certam debitæ æstimatio sumenda sit non ex tempore litis contestatæ, vt aliàs in actione ex stipulatu seruari solere eadem

lex

lex ait, sed ea illo die præcisè qui stipulationi inserta fuit, & quo dari res debuit. Ratione illa quam idem Africanus subiicit, quòd non debeat frustratori sua prodesse frustratio, quod sanè contingeret si res debita nec suo tempore soluta æstimaretur ex die litis contestatæ, si fortè minoris tùm res esset, quàm die stipulationis adueniente fuisset contracta per debitorem mora. Aut si fortè pluris, cùm per creditorem factum esset, quominus speciem debitam sua die acciperet. Dices non esse bonam rationem cùm è contrario futurum sit, vt prosit debitori sua frustratio, si ponas ex euentu post eius moram creuisse æstimationem rei debitæ. Et è contrario vt prosit creditori sua, si fingas decreuisse. Maior enim erit conditio hoc casu illius qui contraxerit moram, ita posito iure vt inspiciatur ea æstimatio, quæ fuit eo præcisè tempore quo dari res debuit, quàm si ea tempore litis contestatæ ratio æstimationis poneretur. Deinde an non saltem hodie dandum est quod iam olim dari oportuit, vt Paulus ratiocinatur *in l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem. D. de action. empt.* Cur non ergo præsentis quoque temporis ratio habebitur, si pluris hodie res sit, quàm fuerit eo die quo mora facta est per debitorem. Nam & sic argumentantur illi contra quos disputauimus. Respondeo primùm, Semper & omni casu bonam esse rationem Africani, tùm quoque cùm post moram debitoris, qui certo die rem dare debuit, aucta fuit rei debitæ æstimatio, vel cùm diminuta post moram creditoris, Quia sc. imputare sibi vterque contrahentium debet, cur in stipulatione diem adiecerit. Cujus quippe adiectio facit, vt eius præcisè temporis æstimationem omnimodo inire voluisse videantur, siue æstimationem post diem crescere, siue quod in dubio positum fuit, decrescere contingeret. Quæ res facit vt eo casu nunquam possit esse locus condictioni triticariæ sicuti pluribus è nobis ad Errorem 4. Dec 84. disputatum est. Si enim triticaria hoc quoque casu competeret, planè stultus esset creditor qui moram passus est, si mallet condictionem certi exercere quàm triticariam. Nec enim alia huius vel illius eligendæ vtilitas ex alio pendet quàm ex aucta vel imminuta post contractam moram æstimatione, vel ea spe quam creditor tempore litis contestatæ conceperit augendæ in futurum æstimationis vel minuendæ. Itaque si videret creditor auctam esse æstimationem ab eo tempore quo dari res debuit ea lege dictæ stipulationi, vel futurum vt augeretur adhuc condemnationem, posset ille agendo triticaria, non de condictione certi effugere damnum illud quod incurreret, si ea æstimatione quæ minor antea fuit, contentus esse cogeretur. Quòd si contra videret imminutam esse æstimationem à tempore moræ per diei lapsum contractæ, aut prospiceret facile futurum, vt à die litis contestatio in diem vsque condemnationis augeretur, posset eligere condictionem certi, potiùs quàm triticariam, cuius electione se obstringeret, ne aliam æstimationé consequi posset, quàm quæ condemnationis tempore, quantumuis minima interueniretur. Quomodo obseruari debere suprà diximus cùm in stipulatione dies apposita non est. Sed ne fieri hoc possit illud impedit, quòd triticaria hoc casu non cõpetit. Prius enim est vt competat, quã vt eligi possit. Et ad hunc certè casũ coarctari omnino debet, quod African. ait, si per promissoré mora facta sit aut per creditorem quominus sua die solueretur, moræ tempus spectandum esse, Neutri enim suam frustrationem prodesse debere, Scilicet vt huic sententiæ ita demum locus sit si mora contracta fuerit a debitore non per interpellationem, vt alias solet *lege mora 32. De vsur.* sed per lapsum diei certæ, quæ in stipulatione posita fuerit. Cuius diei maior vtique vis est, quàm interpellationis, ad contrahendam moram, cùm sufficiat dies ad eam inducendam, tum quoque cùm interpellatio fieri nulla potest defectu personæ quæ interpelletur *l. ad diem 77. De verb. obligat. l. vltim. D. de leg. commiss.* Nec abs re, quoniam dies posita in stipulatione pars est stipulationis *l. 1. § editiones D. de edend.* Vnde est quòd licèt fructus non aliter ex stipulatione deberi possint, quàm si deducti sint in stipulationem *l. 3. §. 1. D. de action. empt.* peti tamen possint actione ex stipulatu quoties fundus ad certam diem promissus, nec sua die solutus fuit. *l. si fundum certo die 114. De verb. obligat.* Quis ergo miretur. Adiecta die in stipulatione, qua homo promissus sit æstimari hominem, quanti fuit eo die præcisè, siue pluris tum fuerit, siue minoris. Nulla verò die adiecta, quanti sit tempore litis contestatæ, non quãti fuerit tempore moræ per interpellationé contractæ? Nimirum quia in contractibus & iudiciis strictis quale est iudicium, Ex stipulatu nulla interpellationis præcedentis & extraiudicialis ratio haberi potest, Sicuti nec moræ per eam contractæ, In quo maximè differunt actiones strictæ à bonæ fidei actionibus. Hoc igitur solùm ad inducendam Africani sententiam requiritur, vt dies apposita sit in stipulatione, At non etiam illud, vt æstimatio maior fuerit eo die, quam tempore litis contestatæ, cùm etiamsi minor fuerit, ea contentus esse actor debeat, qui talem tantamque stipulatus esse intelligitur. Neque vt cõdictionem certi elegerit stipulator, potiùs quàm triticariam, quam scilicet eligere etiamsi maximè vellet, tamen non posset tanquam minimè competentem. Quid? An non saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit? *dict. §. cùm per venditorem.* Sed aliud est deberi hodiè, Aliud verò deberi secundum hodiernam æstimationem: Debetur quidem adhuc hodie, sed in ea æstimatione quæ fuit eo ipso die quo dari res ex stipulatione debuit. Nec tamen de illo dubitandum est, quin eum casum tractet Africanus, quo rei æstimatio post diem solutioni dictam, & post debitoris moram decreuerit, aut post creditoris moram creuerit, vt ratio illa subiecta ostendit, quòd nemini frustatio sua prodesse debeat. Quamuis illo etiam casu, quo in contrarium euenisset auctam fuisse, vel auctum iri æstimationem, non eo minùs eidem Africani sententiæ locus esset de inspicienda tempore stipulationis in æstimanda re debita, & quidem præcisè. Sed negotiatione illa quam affert Africanus, quòd nemini frustratio sua debeat prodesse. At ita potiùs quàm attulimus iam *ex dict. leg. si Calendis.* quod nouissimum tempus illud fuerit quo solui res potuit. Cæterum etiamsi admitterem quod aduersarij falsò contendunt, Ex stipulatione quæ diem certam habuerit, etiam æstimationem præsentem peti posse, id est quæ post debitoris moram creuerit, vel post moram creditoris diminuta sit, Eo nimirum casu quo mora per diei lapsum commissa esset. Non tamen fieret consequens quòd illi volunt, vt æstimationem Quanti plurimi induci oporteret. Sed tantum vt spectari deberet vtro tempore pluris res fuisset, an moræ an condemnationis. Quomodo in bonæ fidei iudiciis loquitur Pomponius *in lege 3. §. vltim. de actio. empt.* Quod ipsum planè nihil aliud est quàm ita spectari alterutrum tempus, vt medij temporis ratio nulla habeatur. Quam tamen isti omnes sine lege & sine ratione vlla habendam esse volunt, Non videntes ita fieri vt melior sit conditio actionum stricti iuris, quàm earum quæ sunt bonæ fidei, ex quibus numquam præstatur æstimatio Quanti plurimi.

ERROR

ERROR III.

De differentia quam nonnulli ponunt inter speciem & mercem debitam in condictione triticaria.

SEd quod addunt, hoc se affirmare illo tantùm casu quo species non etiam quo merx debeatur, Deus bone, quàm absurdius & intolerabilius est: Non possunt ferre aut videre, inquiunt, Quomodo illud quanti plurimi affingi Iuliano possit tractanti de merce debita *in d. l. quoties 59. de verborum obligat.* & Vlpiano *in l. vinum 22. de reb. credit.* & Caio *in dict. l. vltim. De condict. tritic.* quibus locis volunt æstimari vinum *quanti tunc cùm petitum esset*, aut quod idem est, *quanti tunc cùm iudicium acciperetur.* Et tamen affirmant quod scriptum est initio *dict. l. 3. condemnationis tempus spectandum esse*, & in fine eiusdem legis *ad tempus moræ reducendam æstimationem*, ita debere accipi vt æstimetur homo debitus quanti plurimi fuerit à tempore moræ, Aut vt spectetur tempus condemnationis, si eo tempore Stichus plurimi fuit. Quid verò est *in d. l. 3.* amplius quàm in aliis legibus quòd huiusmodi interpretationem vel suadere, vel recipere faciliùs possit? Aut cur prima illa legis verba *in hac actione si quæratur res quæ petita est cuius temporis æstimationē recipiat, Seruius ait condemnationis tempus spectandum esse*, quæ vt nemo non videt sunt generalia ad rem quamlibet quæ per triticariam peti possit, coangustant illi ad speciem aliquam debitam, vt eum casum excludant quo non species sed merx debeatur? Fateor tractari in sequentibus de specie debita, cùm lex ait, mortis tempus inspiciendum esse, en placet, si fortè seruus debitus, inquit lex, mortiferæ vulneratus sit, Et ad tempus moræ reducendam æstimationem si seruus post moram eluscatus fuerit. Neque enim merx aut aliud quicquam quod in genere consistat, mori & perire potest vt neque deterius fieri nisi cùm vilius fit, quæ omnia in specie debita sunt diuersa, & ob eam causam specialiter notanda & exprimenda fuerunt. Sed non facit ea res, quominùs generaliter accipi debeat prima pars legis, cum eo quod ad condemnationem pertinet rei per triticariam petitæ & extantis temporis rei iudicatæ nulla sit inter speciem & mercem debitam differentia. Et tamen hoc vnum est quod in tota quæstione ista De inuenda rei debitæ æstimatione dubitationem facit, inexplicabilem sanè illis qui condictionis triticariæ vim & potestatem non intellexerunt, nec animaduerterunt, quod primi nos obseruauimus, in cæteris legibus omnibus quæ litis contestatę tempus præcisè spectari volunt, non agi de condictione triticaria, quæ specialem quandam naturam habet, sed de condictione certi. Nam in condictione triticaria perpetuò & generaliter verum est condemnationis tempus spectandum esse suppositis tamen terminis habilibus, id est dummodò eo tempore res extet, neque aut in totum aut ex parte vlla perierit, id est facta deterior non sit. Nam quæ fit deterior ex parte perit, vt iam diximus, ideóque æstimatur inspecto quidem præcisè tempore condemnationis, sed in ea tamen qualitate quæ fuit tempore moræ, vt supra explicauimus. Et falsum est quod isti comminiscuntur afferri ad Vlpiano eam explicationem *nimirum si tempore condemnationis Stichus plurimi fuit.* Nihil enim talem video vel audio apud Vlpianum, Nec de Sticho aut alia specie debita, sed generaliter de alia re qualibet per triticariā petita debere esse explicatio, sicuti fuit generalis propositio. Secundum quod euenitet vt contrà quàm illi velint, non minùs in merce quam in specie per triticariam quanti plurimi æstimationem induci oporteret. Sunt ergo iidem suaues dum se torquent in quærenda ratione differentiæ inter speciē & mercē debitā inter quas tamē differentia nulla est. Hanc tamē differētiæ huius commentitiæ rationem afferunt & quidem vt aiunt manifestā, Quod in specie debita detrimentū post morā debitoris cōtingens in re ipsa & in ipso corpore contingat, vt cùm eluscatur seruus, cùm pars ædiū incendio corripitur. Et ideò, inquiunt, hoc si post morā contigerit, ab ipso qui morā fecit sarciri æquum est, & debet præstari res qualis ante moram fuit, quoniam quale quidque est cùm petitur, tale dari debet. Porrò qui deteriorem factam rem soluit minùs soluit, quando per ipsum factum est sicut qui melius factum soluit, plus soluit *l. qui exceptionem 40. §. 1. D. de condict. indeb.* At in tritico & alia merce detrimentum non tam in re quàm in tempore contingit. Qui enim triticum debet, & triticum eiusdem bonitatis soluit, quamuis vilius factum soluit totum quod debet. Excipitur, inquiunt, Nisi debitor moram fecerit. Sed hoc casu alterutrius tantùm temporis non etiam medij temporis rationem haberi, & actori electionem dari æquum est. Sic illi. Sed in omnibus vt ex præcedentibus apparet, parùm probabiliter. Nam detrimentum quod in specie debita contingit post moram, facit quidem vt moræ rationem haberi oporteat, sed non ad hoc vt ea æstimatio sumatur, quæ fuit moræ tempore, at potiùs vt talis res æstimetur, qualis erat ante moram contractam & ante deteriorationem quę post moram superuenit, sed quanti tamen est tempore condemnationis, id est quanti esset eo tempore si post moram deterioratio nulla superuenisset. Si enim ponas seruum qui post moram eluscatus fuit, pluris esse tempore condemnationis quam fuerit tempore morę non liberabitur debitor præstando æstimationem quæ fuit tempore moræ, Ne prosit ei & moram fecisse & seruum ipse fortassis eluscasse: Sed condemnandus erit non solum quanti seruus est eo tempore quo res iudicatur, sed quanti esset eo ipso die si eluscatus non fuisset. Hoc ipsum autem ideò, non quia quale quidque est cùm petitur tale dari debeat *d. l. 3. de vsur.* (non enim ad eam petitionem id pertinet quæ fit per interpellationem extraiudicialem, sed ad eam demùm quæ per litis contestationem *l. amplius 15. D. rat. rem haber.* Sed quia etiam si ea contractu stricto quid debeatur, moræ tamen effectus perpetuus ille est, vt & obligationē & rem ipsam licèt in totum peremptam perpetuet, quasi adhuc extantem, *l. si seruum 91. §. sequitur & §. vltim. De verborum obligat.* Quātò magis rem factā deteriorem, vt ne ex parte quidem periisse videatur? Rursum quod addunt detrimentum in tritico & alia merce qualibet non tā in re quá in tempore contingere æquè falsum est. Nam quemadmodum merx nunquam perire potest vti nec aliud genus quodlibet cú recipiat functionem in suo genere, Ita nec deterior fieri potest, si quidem quicquid deterius fit, ex parte perit. Et qui pro bono frumento soluit frumentum minoris bonitatis ideò liberari non potest, non quia minùs soluit, sed quoniam aliud soluit. Non enim frumentum recipit functionem in suo genere nisi frumentum quod soluitur sit eiusdem bonitatis & qualitatis. Alioqui ferè est vt nec eiusdem generis esse videatur. Nec quod frumētum debitum factum sit vtilius post moram efficere potest vt ideirco deterius factum dici possit cùm fieri possit pro temporum varietate vt triticum Africum optimum hodie minoris sit quàm

fuerit

fuerit anno superiore, Romanum triticum vilissimum. Quis enim ob id dixerit triticum Africum optimum quod hodie soluitur, deterius solui? Quid nl ergo liberabitur debitor, talis tritici solutione, maxime si per triticariam conuentus est? Nam & si condictione certi vrgeretur, non tamen eam deberet æstimationem, qui fuisset moræ tempore, sed illam demùm & præcisè quæ tempore litis contestatæ nulla temporis præcedentis habita ratione. Cur non igitur idem obtinebit in triticaria? An forte minùs stricta est condictio triticaria quàm condictio certi? vt moræ rationem aliquam ad augendam condemnationem possit admittere? Concludamus ergo in hoc etiam casu tanti æstimandum esse triticum quanti sit tempore condemnationis, non quanti fuerit tempore moræ. Illa namque Vlpiani distinctio quæ sequitur *in dict. l. 3. de condict. tritic.* an res debita perierit ante condemnationem, aut debitor post moram sit non ad mercem, sed ad speciem debitam pertinet, quæ sola & perire & deterior fieri potest. Et hoc quoque ad æstimandam rem inspecto tempore condemnationis, scilicet quanti futura erat illo tempore si deterior facta non fuisset, non autem quanti fuerit moræ. Tantum abest vt alterutrius temporis electionem, quomodo isti volunt, actori dari æquum sit. Sed istorum error ex eo nascitur, quòd Rem factam viliorem, & factam deteriorem pro synonimis accipiunt, Nec distinguunt an dicamus, Rem talem æstimari qualis fuit tempore moræ ante deteriorationem quod verum est, An verò tanti æstimari quanti fuit tempore moræ vt iidem volunt, quod certè falsissimum est. Æstimari enim illam oportet, qualis quidem fuit moræ tempore, sed quanti tempore condemnationis.

ERROR IV.

De actionibus arbitrariis.

DIximus quantum satis est condictione certi, & triticaria: quibus proxima illa est, quæ De eo quod certo loco appellatur, quam proprio & speciali quodam nomine Iureconsulti arbitrariam vocarunt. Ideóque ratio postulat vt de actionibus omnibus arbitrariis subiiciamus. Est enim tractatus sanè & vtilis & perobscurus, in quo non magis recentiores quàm priscos interpretes video sibi satisfecisse, Adeò vt non puduerit Iasonem post multa ìo piosè magis quàm subtiliter vt solet, de hoc genere actionum tractata, concludere, Malle se in hac quæstione ab aliis doceri, quàm alios docere. Etsi autem nostris Coniecturarum libris tam multa iam de iis scripsimus, vt non magis posthac dubitari possit quid de actionibus istis arbitrariis sentiendum sit ab omnibus, quàm quid nos ipsi sentimus. Cogitur tamé eandem tractationem repetere vt nouos errores, qui à recentioribus nonnullis post Coniecturas nostras editas inuecti sunt, refellamus. Sunt enim illi tantò periculosiores quantò subtiliores, & Magni Iureconsulti authoritate comprobati. Putat ille actiones arbitrarias nullas esse nisi Prætorias: Ciuiles omnes aut bonæ fidei esse aut stricti iuris nullas penitus arbitrarias. Itaque nec ciuilem rei vindicationem quam interpretes cæteri omnes hucusque primam nominarent inter arbitrarias, neque actionem de seruitute confessoriam & negatoriam, & alias si quæ sont eius generis arbitrarias esse patitur, sed strictas esse volt. Quod nos nec admittere possumus, nec ferre. Mihi in eo conuenit cum viro doctissimo, quod nobiscum ille sentit, Actiones arbitrarias æstimari ex formula, sicut & eas quæ vel bonæ fidei vel stricti iuris appellantur. Etsi enim aliud est sempérque fuit Actionem dicere, Aliud actionis formulam, vt ea eo apparet, quòd cùm hodie actionum impetrationes & formulas à posterioribus Imperatoribus sublatas fuisse constet *l. 1. & 2. Cod. de formul. & impetr. actionum sublat.* actiones tamen ipsas sublatas esse nemo beoè dixerit: Non aliunde tamen veteres illę tam multæ actionum differentiæ fluxerunt, quàm ex diuersitate formularum, vt iam à nobis aliu, nec vno loco demonstratum est. Nam in bonæ fidei iudiciis addi solebant verba illa *ex bona fide*, aut vt in actione rei vxoriæ *quanto æquius melius*, quemadmodum refert Cicero *lib. 3. De offic.* & Iauolenus noster innuit *in l. penultim. in fin. D. solut. matrim.* & Proculus *in l. si cùm Cornelius 82. in fin. De solut.* aut quod effectu idem est *ex bono & æquo. l. etsi quis 14 § hac actio D. de relig. & sumpt. funer* In strictis nihil tale addebatur, ob idque stricta vocabantur, quòd formulam habeerent præcisam, per quam iudex nihil aliud facere iubebatur, nisi vt condemnaret, nulla ei data potestate vt hoc potiùs quàm illud faceret prætextu æquitatis. Cuius scilicet nulla in huiusmodi iudiciorum genere ratio haberi poterat, sed in iis tantùm quæ erant bonæ fidei, ste dicta non quasi aliqua sint malæ fidei (bonā enim fidem quæ dolo & malæ fidei opponitur in omnibus contractibus desideraei certum est *l. bonam fidem 4. Cod. de obligat. & action.*) sed quòd in cæteris nulla æquitatis ratio condemnationem augere ac dilatare possit, siue stricta illa sint, siue arbitraria. Non enim existimandum est arbitraria sic dicta esse, quòd in iis arbitrio iudicis fiat condemnatio ex bono & æquo, licèt ita videatur sensisse Tribonianus *in §. præterea Instit. de action.* Sed quia pendent ex arbitrio iudicis, vt ibidem Tribonianus fatetur, cùm nulla ex illis possit sequi condemnatio nisi arbitrio iudicis præcedente, nec aliter quàm si arbitrio petere noluerit is qui aliquid facere iussus est, per totum illud tempus quod liberum habet ad parendum, id est à die redditi arbitrij ad diem vsque sententiæ & condemnationis *Iatem si cùm 14. §. in hac actione & seqq. D. quod met. caus.* Cæterùm nulla actio arbitraria est in qua liceat iudici dato condemnationem facere pro arbitrio, & ex bono & æquo, siquidem habent omnes suam propriam naturam, certámque condemnationis formam & legem à qua non magis licet iudici recedere, quàm in iudiciis strictis à præscripto formulæ, Vt puta in actione De eo quod metus causa, Si res per metum aut per vim extorta non restituatur arbitrio iudicis, cogetur omnimodo iudex quadrupli condemnationem infligere, nec aliam poterit etiamsi maximè velit, quoniam ea pœna edicto Prætoris cōstituta est *dict. l. isē si cù 14. §. 1.* In actione quoque de dolo arbitrio iudicis restitutio comprehenditur, Et nisi fiat restitutio, sequitur necessariò condemnatio quanti ea res est *l. arbitrio 18. D. de dolo.* In directa rei vindicatione & in Publiciana quæ nihil nisi vtilis, & prætoria vindicatio est, arbitrium quoque præcedit de restituenda re petita, vbi pronunciatum est rem esse petitoris vel fuisse ab eo bona fide possessam: Cui arbitrio si non pareatur, condemnatio facienda necessariò est quanti actor in litem iurauerit. Nisi quod Tribonianus totum hoc ius peruertit inducta necessitate restituendi rem & parendi arbitrio si restituendæ rei habeat facultatem, *in l. qui restituere 68. D. de rei vindic.* de qua iam scripsimus tam multa & de cæteris ad hunc tractatum pertinentibus *lib. 16. Coniectur.* Iure enim veteri ita fuisse vt etiamsi res petita præsens fuisset ei ùsque restituendæ facultatem actor habuis-

secù-

set, condemnari tamen reum oporteret quanti actor in litem iurasset, apparet manifestè ex *l. eius rei 46. cum sequent. D. eodem titul. D. de rei vindicat.* vbi scriptum est, Eius rei quæ per vindicationem petita tanti æstimata est quanti actor in litem iurauerit dominium statim ad possessorem pertinere, quasi cum domino transegisse & decidisse videatur eo pretio quod ipse constituit, Nimirum si res præsens sit. Quæ tamen non potest esse præsens quin eius restituendæ habeat possessor facultatem, ita vt nec manu militari vlla in id opus sit, sufficiente scilicet sola iudicis authoritate. Nam & inde est quod qui rem mobilem de qua sit controuersia vindicari quidem à se passus non videtur ius dicenti non obtemperasse quasi non fecerit quod extremum est in iurisdictione, sed is demùm qui rem duci vel ferri passus non est *l. vnic. D. si quis ius dicent. non obtem.* Rem enim vbi præsentem habet Prætor, vel iudex à Prætore datus, non indiget vtique litigantium voluntate vt de re illa decernat & faciat quicquid velit. Sed & si res perit & per iusiurandum actoris post adiudicationem æstimata absens sit. Scribit tamen Paulus supradicto loco tunc fieri dominum eius rei possessorem, cùm possessionem possessor nactus fuerit ex voluntate actoris. Et ideò non est alienum, inquit, non aliter rem æstimari à iudice quàm si cauerit actor per se non fieri possessionem eius rei non traditum iri. Quid enim opus esset ea cautione ad iusiurandum in litem vllo, si manu militari cogendus esset actor rem restituere? Nam & nihil vetat rem esse absentem & nihilominùs restituendæ illius facultatem superesse possessori. Nisi ponas rem non modò absentem sed etiam peremptam esse. quo tamen casu non nisi absurdè & ridiculè interponeretur illa cautio, quam interponi vult Iurisconsultus. Sed etsi ius verus tale olim fuisset, quale nobis finxit Tribonian. *in dict. l. qui restituere*, vt in rei vindicatione non iureiurando actoris æstimanda lis esset sed manu militari cogendus reus ad restituendam rem cuius restituendæ haberet facultatem, Tantò magis tamen verum esset quod volumus in arbitrariis actionibus non permitti arbitrio iudicis condemnationem, sed certis finibus concludi quos transilire iudex nullomodo possit, Sed quibus tamen aliquid aliud contineri necesse sit quàm rei petitæ adiudicationem, & restitutionem. Alioqui sanè superuacuum, & derisorium esset ante sententiam adiudicari rem à iudice ferrique arbitrium de re restituenda si post tale arbitrium redditum nihil ei tanquam iudici faciendum superesset, nisi quod quasi arbiter iam fecisset. Atqui certum est in huiusmodi actionibus, quemadmodum necesse erat ferri arbitrium de petita re restituenda priusquàm ad diffinitiuam sententiam & condemnationem perueniretur, Ita & debuisse pronunciari rem esse petitoris priusquàm arbitrium vllum de ea restituenda sequi posset. Quoniam enim iure aut iuris colore arbitraretur iudex tanquam vir bonus, Debere me tibi restituere rem petitam, quam nondum pronunciasset tuam esse? Idque apertè Paulus scribit *in l. & ex diuerso 35. §. 1. D. de rei vindicat.* vbi quod ait *& iudex sententia declarauit meum esse*, non ad sententiam diffinitiuam referendum est quæ plenissimam condemnationem irrogasset, quippe post quàm nullus arbitrio iudicis locus reliquus esse posset qui semel officio suo siue bene, siue malè functus esset *l. iudex 55. De re iudic.* Præter id quòd stultus esset iudex, bonique arbitrij inops, qui post plenissimam condemnationem irrogatam adhuc agere virum bonum, & arbitrio tantùm committeret id, quod sententia diffinitiua in exequendi necessitatem transtulisset. Neque verò sic ferretur arbitrium vt iudex rem petitam & quam petitoris esse iam pronunciauit, iubeat omnimodo restitui actori, Sed vt arbitretur debere restitui. Aut iubeat quidem (nam & arbitrium illud iussum etiam appellatur) sed non præcise ac omnimodo irrogata parendi necessitate. At causatiuè, vt nostri loquuntur, id est si malit condemnationem illam pleniorem, & absolutam quæ iamiam immineat, euitare. Huiúsque iuris ratio illa fuit, quòd cum Restituere sit facti, (nihil enim aliud est restituere, quam possessorem facere, fructúsque reddere *l. plus est a a de verborum significat.*) nemo autem præcisè cogi possit ad factum, ne quidem per Prætorem, quoniam ea res fieri nequeat citra vim & impressionem quæ ciuis Romani libertatem infringeret Consequens fuit, vt ea restitutio quam fieri oporteret ei cuius rem esse pronunciatum esset, non per sententiam diffinitiuam à iudice tanquam à iudice omnimodo imperaretur, sed per modum arbitrij, id est tanquam de arbitrio & viro bono, vt si per contumaciam arbitrio parêre reus nollet, non tam Prætoris maiestas, vel iudicis dati authoritas neglecta videretur, quàm grauioris irrogandæ condemnationis data occasio. Alioqui adiudicationem & arbitrium præcessisse sufficeret, nec aliam vllam condẽnationem sequi necesse esset, si exequendæ restitutionis necessitas ex adiudicatione & arbitrio inferri posset. Quod nec dissimulare Tribonianus potest *in dicta l. qui restituere*, cùm sub nomine Vlpiani ait, Post translatam manu militari possessionem officio iudicis ab eo qui restituere iussus parêre noluit, non nisi fructuum duntaxat omnisque causæ nomine condẽnationem faciendam superesse. Ad quid enim aliud condemnari possit is qui iam rem restituisset? Imò nec Tribonianus dicere ausus est, cogendum eum manu militari parêre arbitrio, & rem restituere quod sine vi & coactione fieri nullomodo posset, sed hoc tantùm, Auferendam ab eo manu militari possessionem: quæ res patientiam condemnati solam exigit, non etiam factum. Illa igitur Pauli verba *in dict. § 1. l. & ex diuersa, & iudex sententia sua declarauit meum esse*, non de sententia diffinitiua intelligi debent, sed de interlocutoria duntaxat quæ nec propriè sententia est cùm finem liti non imponat, tanquam quæ nec absolutionem continent, nec condemnationem *l. 1. l. quod iussit 14. & pass. D. de re iudic. & titul. Cod. de sentent. & interloc. omn. iudic.* Declaratio enim illa, si per se sola spectetur, neque absolutio, neque condemnatio est, nec aliud quicquam quod simile videri possit. At neque illa adiudicatio est quam Vlpianus recenset inter sex illos veteres modos acquirendi iure Quiritium dominij in *Fragment. Titul. 19. De acquisit. rer.* Cuius exemplum idem Vlpianus ponit in adiudicationibus quas officio arbitri fieri necesse est in actionibus Finium regundorum, Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo, vt quod anteà vel commune, vel proprium vnius fuerat, alterius fiat. Extra quam causam nunquam per sententiam siue arbitri, siue iudicis ante iudicati executionem transferri, aut acquiri dominium potest vt alio commodiore loco aduersus communem interpretum nostrorum traditionem hac ipsa Chiliade ostendemus. Hæc namque pronunciatio quæ fit in iudicario vindicationis tantùm abest vt fiat ad transferendum dominium in actorem, vt nec aliud sit quàm declaratio quòd dominium pertineat ad actorem *dict. §. 1.* qui si iam est dominus, magis dominus fieri non potest *l. non vt ex pluribus, 139. de regul. iur. §. si itaque Instit. de action.* Sed ridiculi fortasse videamur qui de ciuili & directa rei vindicatione sic tractamus quasi sit illa arbitraria, Cùm tamen dispu-

tationem

tationem aduersus eos suscepimus qui hoc ipsum negant nullamque ciuilem actionem arbitrariam esse volunt, Esséque hoc nomen earum duntaxat actionum quas Prætoris iurisdictio introduxit: Quod ex iis quæ iam hoc capite De actionibus arbitrariis generatim disseruimus, non erit difficile refellere.

ERROR V.

De actionum arbitrariarum definitione. Ad §. præterea 31. Instit. de action.

FAtentur illi contra quos disputamus, actionum differentias pendère ex differentiis formularum, quod certè verissimum est. Neque tamen volūt admittere æstimandas esse arbitrarias ex formula, sed ex sola æquitate Prætoris, cui visum est, inquiunt, hanc clausulam *arbitrio tuo* certis tantùm actionibus suis addere & permittere Iudici vt in illa causa arbitretur, de qua est iudex, quod regulariter non licet. Non magis quàm vt in qua causa iudex aliquis est in eadem vel testis, vel Aduocatus esse possit. Itaque non negant hanc esse propriam & essentialem notam arbitrariarū actionum, vt nulla sit actio cum hac clausula *arbitrio tuo* quæ non sit arbitraria, Nullam arbitrariam, quæ hanc clausulam non habeat: Sed negant in omnibus actionibus in quibus petitur rei restitutio solitum Prætorem adiicere mentionem arbitrij, at in quibusdam duntaxat, iis scilicet quæ essent Prætoriæ, nec in iis tamen tamen omnibus, sed in iis solis quæ propositæ sint eo edicto quòd arbitrij iudicis fecerit mentionem: vt in edictis De eo quod metus causa, De dolo, De Publiciana, & De eo quod certo loco. Itaque alias actiones etiam Prætorias aut ædilitas in quibus ex edicto Prætoris si res non restituatur, condemnatio fit, negant esse arbitrarias. Qualis illa, quæ in duplum aduersus publicanos ex edicto de quo *in l. 1. De public. & vectig.* Non tamē quæ ab Ædilibus proposita est redhibitoria de qua *in l. redhibere 21. §. idem Pomponius l. redhibitoria 45. & pass. D. de ædilit. edict.* Hanc enim volunt arbitrariam esse, itémque æstimatoriam. Quarūò minoris ex *l. bauem 43. §. penultim. eodem.* Rursúmque Caluisianam & Fauianam ex *l. 1. §. si quis in fraudem & §. si seruo D. si quid in fraud. patron.* & Paulianum *l. vltim. §. si à socero D. quæ in fraud. credit.* Denique actionem illam in factum quam dat Prætor ex edicto de alienatione iudicij mutandi causa, Ex *l. 4 §. vltim. l. ex hac edicta 8. D. de alien iudic. mut. caus. fact.* Præter cæteras illas omnes quas Iustinianus expressit *in §. præterea Instit. de act.* In summa sic isti arbitrarias actiones definiunt aut potiùs describunt vt sint illæ quarum formulæ ex edicto Prætoris infertur arbitrium iudicis, & per hoc permittitur iudici vt æstimet quomodo actoris satisfieri oporteat, vt si reus ad sententiam vsque paruerit arbitrio, condemnationem vitet. Ego verò miror primùm eorum ingenium, qui nouam nobis afferunt arbitrariarum actionum definitionem, Non contēti ea quam Tribonianus attulit *in d. §. præterea*, quæ sanè, si rectè intelligatur, est quàm optima. Actiones si quidem arbitrarias interpretatur, id est inquit, ex arbitrio iudicis pendentes, quod vnum sufficeret ad actionum arbitrariarum vim bene percipiendam. Pendent enim proculdubio ex arbitrio iudicis dati. At non eo sensu qui vulgaribus interpretibus placet. Quasi sit in arbitrio & potestate iudicis, quam & qualem velit infligere condemnationem, quod nos capite superiore refutauimus. Sed quia vt sequitur *in eodem §.* in potestate & arbitrio iudicis est vt ex bono & æquo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam æstimet quemadmodum actori satisfieri oporteat, Scilicet antequàm veniat ad condemnationem vel absolutionem. Si enim arbitrio non pareatur sequetur condemnatio. Si pareatur, sequi absolutionem necesse est. Vnde apparet quàm parùm subtiliter isti verba supradicta sic interpretentur, vt huiusmodi actiones arbitrariæ sint in pendenti quasi conditione, quodammodo suspensæ, nec priùs actiones dici possint, quàm conditioni in iis appositæ paritum non sit. Sunt, inquiunt, arbitraria primùm, etsi arbitrio pareatur non sunt actiones, nec ex iis sequitur infamis *l. furti 6. §. qui iussu D. de his qui not. infam.* nec dupli nec quadrupli condemnatio *dict. l. redhibitoria 45 de ædilit. edict. dict. l. item si cùm 14. §. 1. & § in hac actione D. quod met. caus.* Addunt *nec cætera omnia quæ propria sunt actionis cuiusque, Et ita demùm sunt actiones tales si non pareatur arbitrio iudicis.* Prorsus improbabiliter nec satis verè. Non enim actionis cuiusque proprium est vt ex ea omnimodo sequi debeat condemnatio, sed vt alterutrum vel condemnatio, vel absolutio. Solius quidem condemnationis mentio fit in formula non etiam absolutionis, quia formularum omnium verba sic ad iudicem datum diriguntur, *si paret, &c. tu eum condemnato.* Sed quia nemo potest condemnare qui non possit etiam absoluere, vt scriptum est *in l. 3. de re iudic.* consequens est vt absoluendi facultatem iudex non minùs habeat quàm condemnandi. Eiúsque iuris ratio non aliunde, quàm ex ipsius formulæ verbis petenda est. Non enim per formulam iubetur præcisè iudex reum condemnare, sed ita demùm *si paret* benè fundatam scilicet actoris intentionem. Quam proinde si non possit actor probare plenissimè nihil aliud facere iudex potest nisi vt reum absoluat *l. qui accusare 4. C. de edend. l. vlt. C. de rei vindic.* Nam nec petitor condemnari vnquam potest: sed quod casu succumbit nec obtinere potest, summoueri dicitur, non condemnari, reus autem absolui. Isque verus & germanus esse videtur sensus eius, quod veteres dicebant, Iudicia omnia esse absolutoria *§. vltim. Instit. de perpet. & tempor. action.* non qualem eo loco fingit Tribonianus, Vt si ante rem iudicatam is cum quo actum est, actori satisfacias, officio iudicis conueniat eum absoluere, licèt in ea causa fuerit iudicij accipiendi tempore vt damnari deberet. Id enim cùm fit, non fit vi formulæ, vt Tribonianus ipse fatetur, sed officio tantùm iudicis, Nec proinde potestate, & vt loquuntur calore iudicij, cuius ea ratio est vt in inuitum reddi debeat *l. inter stipulantem 83. §. 1 De verb. oblig.* Sed potiùs ex voluntate & consensu litigantium, cùm ponamus actori satisfactum esse. Quemadmodum & quoties conuenit inter litigatores quid pronuncietur, non aliam quàm huiusmodi sententiam proferre iudex potest *l. si conuenerit 26. D. de re iudic.* Quid enim aliud iam petere actor possit, cui satisfactum esse eo modo quo voluit siue per veram solutionē, siue per satisfactionem quæ solutionis loco sit? *l. si rem 9. § cùm is D de pig. act. l. item liberatur 6. §. 1. D. quibus mod. pig. vel hypothec. soluit. l. satisfactio 56. D. de solut.* Aut quid aliud agebat Prætor cùm daret actori formulam, aut iudex datus, cùm inciperet de facto cognoscere, quā vt controuersias litigantium dirimeret? A quibus si sponte recesserint, quid ratum id habere & Prætor & iudex debeat? *l. 5. inde quæritur D. de oper. noui nunciat.* Cæterùm etiamsi neque satisfacere, neque quicquam præstare reus velit, non eò minùs absolutorium

erit iudicium quodlibet si modò intentionem suam actor non impleat. Nec officio tantùm iudicis id continebitur, sed ex necessitate formulæ, vel inuito vt dicam iudice sic euenire necesse est, Tanquam deficiente conditione sub qua iussus fuerat iudex reum condemnare. Est enim id proprium conditionum omnium vt suspendant actum cui inseruntur, & deficientes faciant deficere dispositionem. Conditio autem illa *si non paret* quæ inseritur formulis omnium actionum non donationi actionis inseritur, quod maximè obseruandum est, sed condemnationi. Non enim dat Prætor actionem & formulam sub conditione sed purè. Neque rursus præcipit iudici vt condemnationem irroget conditionalem, quod nec fieri potest, siquidem vitium est condemnationis si conditionem aliquam habeat, aut quam aliam incertitudinem *l. 3. & 4. C. de sent. quæ sin. cert. quant. profer.* Sed iubet sub conditione vt puta fiat condẽnatio. Et consequenter vt si conditio deficiet sub qua iudex purè condemnare iussus est actore scilicet non probante, reum absoluat, quem iam condemnare nullomodo potest, tametsi nihil ipse præstet *dict. l. qui accusare 4. Cod. de edend.* Nulla siquidem esset sententia, quæ nec absolutionem contineret, nec condemnationem *l. 1. D. de re iudic.* Falsum igitur est quod aduersarij affirmant actiones arbitrarias esse ipsas in pendenti propter arbitrium iudicis quasi quodammodo conditione suspensas. Pendent quidem ex arbitrio iudicis, hactenus vt permittatur iudici ex bono & æquo æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat ad euitandam condemnationem, postquam plenè actor probauit suam intentionem: Sed non idcirco remaneat in suspenso, quasi non sint priùs actiones quàm conditioni in iis appositæ partium nõ sit. Sunt enim actiones ex quo primùm instanti data est formula, Nec quod conditio aliqua implenda est antequàm ad condemnationem peruenire possit actionem ipsam suspendit, sed condemnationem tantùm. Ideò enim formulis omnibus actionum cõditionem illam adiici necesse est *si paret*, quoniam de facto cognoscere Prætor pro imperij sui dignitate nec potest, nec debet, mandátque eam cognitionem iudici, quem sanè absurdum esset ac inciuile priùs de iure litigatorum pronunciare quàm de facti fide & veritate cognouisset: Itaque non arbitrariarũ actionum proprium hoc est vt conditionem illam habeant *si paret* sed commune omnibus actionibus siue bonæ fidei illæ sint, siue stricti iuris. Sed hoc in actionibus arbitrariis dissimile, & amplius est, quòd earum formula sicut duas habet partes ita & duas conditiones, & quidem diuersis temporibus implendas, priorem illam communem omnibus actionibus cæteris, *si paret verum esse quod actor intendit.* Posteriorem vero hanc, *Neque res arbitrio tuo restituetur.* Prior constituit iudicium absolutorium duntaxat in eum scilicet casum quo actor intentionem suam implere non potuerit: quia eo casu non solùm condemnatio sequi nulla potest, sed neque arbitrium vllum. Quid enim iudex siue tanquam iudex siue tanquam vir bonus arbitrari possit restituendum præstandúmve ei, qui in suis probationibus, aut nullus aut mancus fuit? Itaque licet Prætor conceperit actionem in formulam actionis arbitrariæ, quia negotij propositi qualitas & natura id exigebat. Et euentu tamen apparet non solum actionem arbitrariam non esse, in qua scilicet nullus arbitrio locus esse potest, sed neque actionem vllam datam videri à Prætore, qui dicèt hanc dederit ex suppositione, quasi vera essent omnia quæ actor proponebat, Nunc tamen cùm vera non probantur vult haberi actionem quodammodo pro non data, non vt iudex datus sententiam ferre non possit aut non debeat, sed vt reum absoluat, & actorem summoueat, nec quasi agentem sine actione, quod fieri nullomodo potest *l. si pupilli 6. §. vltim. D. de negot gest. l. quoties 9. §. si tutor D. de admin. tutor.* Sed tanquam agentem nullo iure, cùm ex facto ius oriatur *l. vt responsum 15. Cod. de transact.* At posterior hæc conditio *neque res arbitrio tuo restituetur* facit & constituit iudicium non absolutorium præcisè & omnimodo, sed arbitrarium, & indifferenter dispositum ad condemnationem & absolutionem: Ad condemnationem si arbitrio iudicis res non restituatur, Ad absolutionẽ verò si restituatur. Prior conditio implenda est ante omnia, vt pronunciari possit rem petitam esse petitoris aut ei extortam per vim vel metum aut dolum aut aliud quid simile & deinde arbitrium sequi de ipsa restituenda. Quonam enim colore posset iudex tanquam vir bonus arbitrari rem restitui actori debere, nisi priùs discussa tota facti quæstione cognouisset priùs rem esse aut extortam ei per vim vel per metum vel per dolum fuisse? Cùm autem de eo cognitum & pronunciatum est, ob eámque causam secutum arbitrium de facienda rei restitutione, tunc incipit secunda conditio impleri quæ locum facere debeat condemnationi si reus arbitrio parère nolet, aut absolutioni si parebit. Non enim aliter condemnare reum iubetur iudex, quàm si arbitratu eius res non restituetur, Ex quo non tam per argumentum à contrario sensu quàm vi & potestate ipsius formulæ euenit necessariò, vt re arbitratu iudicis restituta, absolutionem sequi oporteat: quomodo scriptum est in iis ferè omnibus locis in quibus agitur de iudiciis arbitrariis *dict. l. item si cùm 14. §. aliquando & §. vltim. D. quod met. caus. l. harum actionum 7. D. si seruit. vindic. d. l. redhibitoria 44. De ædilit. edict.* Non enim priùs iudex officio suo functus videri potest, quàm aut condemnauerit reum aut absoluerit. Quorum cùm neutrum fieri possit ante arbitrium, quoniam & formula repugnat, & iudex qui per condemnationem vel absolutionem officio suo iam functus esset, nullam arbitrandi aut aliud quicquam faciendi potestatem haberet, adeóque nec iudicatum suum exequendi, cùm formula perpetuo illo condemnationis verbo concludatur *d. l. iudex posteaquàm 55. l. à Diuo Pio 15. in princip. D. de re iudicat.* Planè consequens est vt post arbitrium fieri alterutrum oporteat, id est vel absolui reum vel condemnari. Errant igitur isti cùm dicunt, Si arbitrio pareatur in actionibus arbitrariis, nihil sequi eorum quæ sunt propria actionis cuiusque. Fateor non sequi vllam condemnationem nec dupli nec tripli nec quadrupli, nec proinde infamiam quæ non nisi ex condemnatione irrogatur *l. furti 6. & l. 1. D. de his qui not. infam. l. infamem 7. D. de public. iudic.* Sed dico sequi necessariò absolutionem, qui finis est actionis cuiuslibet non minùs quàm condemnatio cùm liti finem imponat *dict. l. 1. D. de re iudic.* Sunt igitur arbitrariæ actiones non ex eo æstimandæ quòd arbitrio non pareatur, sed ex eo solo quòd pendant ex arbitrio siue pareatur ei siue non pareatur, quia in vtrumque casum necessaria est sententia ad reum vel condemnandum si non parebit arbitrio, vel absoluendum si parebit.

* * *

ERROR

ERROR VII.

De necessitate clausulæ Arbitrio tuo *inserendæ in formula actionis arbitrariæ & componendæ formulæ ex verbis edicti Prætoris.*

SEd & falsum illud est quod volunt iidem illi contra quos decertamus, Non alias censendas esse arbitrarias actiones quàm eas quarum formulis inseritur clausula *arbitrio tuo* vel *arbitratu tuo.* Etsi enim verissimum est quod proximo capite diximus cum Iustiniano *in §. præterea De action.* pendere illas omnes ex arbitrio iudicis, nec alias posse dici arbitrarias, quàm in quibus arbitrium iudicis præcedere necesse est vt sequi possit vel condemnatio vel absolutio. Nego tamen esse illud necessarium, vt arbitrij præcisè, ac omnimodo mentio fiat. Sed dico sufficere vt in formula sic concipiatur secunda illa conditio, cuius adiectionem necessariam esse diximus *neque res rectè restituatur.* Quid enim aliud est rectè rem restitui, quàm restitutionem eius fieri arbitrio boni viri *l. hac verb. 73. De verb. signif.* Imò & sublata dictione illa *rectè* poterat sufficere, vt in formula scriptum esset *neque res restituetur.* Cùm enim verba formulæ ad iudicē sint directa, facilè est videre non de alia restitutione, Prætorem sentire potuisse quàm quæ fieret iussu & arbitrio ipsius iudicis, & quidem tanquam viri boni potiùs quàm quasi iudicis, cùm in conditione tantùm ponatur, non etiam in dispositione & condemnatione, Satis igitur Prætor ponit in arbitrio iudicis, non solùm vt rem restitui iubeat, sed etiam quemadmodum restitui aut aliter satisfieri actori velit, cùm ei præcipit vt condemnet reum si res petita, quam apparuerit esse petitoris, aut fuisse ab eo possessam bona fide, ad causam vsucapionis non restituetur. Quomodo enim posset iudex reum condemnare ob rem non restitutam, quam nec restitui priùs iussisset? Aut quomodo iubere ille mitiùs quàm arbitrando? Non possunt igitur illa verba formulę *neque res restituetur* alium sensum habere quàm si esset additum *arbitratu tuo*, cùm nō possint accipi de restitutione facienda post sententiam & in executione iudicati, quandoquidem non aliam ob causam in huiusmodi actionibus sequi potest cōdemnatio, quàm quod restitutio facta non sit. Tantùm abest vt verum esse possit quod idē isti volunt, Requiri etiam illud ad constituendas & discernēdas actiones arbitrarias, vt ex edicto Prætoris totā rē arbitrio iudicis committi oporteat. Quasi non potuerit Prætor in concipienda formula verba illi addere *arbitrio tuo* nisi quoties idipsum verbis edicti cōtineretur. Nimirū id agunt quantū possunt vt nobis persuadeant, non alias esse arbitrarias actiones quàm prætorias, quia neque de aliis actionibus vllis edictum propositum est quàm de prætoriis, quæ & aliam ob causam prætoriæ appellantur, quod ex Prætoris edicto & iurisdictione descendant. Sed si verum illud esset, vt non aliæ actiones essent arbitrariæ, quàm quæ & ex Prætoris edicto comparatæ essent, & ex ipsis edicti verbis sic compositæ, vt clausulam illam haberent *arbitrio tuo*, Non solùm illud absurdum sequeretur, vt vindicatio directa, itémque confessoria & negatoria, noxalésque actiones ea legibus duodecim tabularum, aut ex lege Aquilia descendentes quæ prorsus ciuiles actiones sunt, arbitrariæ dici non possent, quod tamē falsissimū esse in sequētibus ostendemus. Sed hęc etiā vt actiones ipsæ Prætoriæ, quas fatentur isti nec possunt negare esse arbitrarias neque essent arbitrariæ. Exēplū esto in redhibitoria quam volunt illi arbitrariam esse (verène an falsò posteà tractabimus) *ex d. l. redhibit. 45. De ædilit. edict.* Debet enim res vendita quæ vitium aliquod latens habuit, redhiberi venditori, & vicissim à venditore reddi emptori quicquid ex causa venditionis habuit ille ab emptore vt eadem lex ait, Et quidem arbitrio iudicis qui de ædilitia huiusmodi actione cognoscit, vt scriptum est *in l. bonum 43. §. si sub condit. eod. tit.* Neque tamen reperias in toto edicto ædilitio ex quo inducta est actio illa redhibitoria, & cuius verba omnia extant *in l. 1. ill. tit.* factā esse mentionem vllam arbitrij iudicis, adeóque nec restitutionis faciendæ arbitrio iudicis. Quid ergo? Concepta est illius actionis formula vt & aliarum omnium actionum tam ciuilium quam prætoriarum ex arte & consilio prudentum, quorum præcipua cura ea fuit & industria vt actiones de quaque re componerent, vndecunque tandem illæ descenderent, accōmodatè scil. ad naturam cuiusque negotij, & prout vel iuris ratio stricta suggerere videbatur, vt in iis actionibus quas ea de causa strictas aut stricti iuris nuncuparunt, Vel etiam æquitas si quando ita exigebat negotium, vt æquitatis potissimùm rationem haberi oporteret, quemadmodum in actionibus bonæ fidei & arbitrariis. Sed & in actionibus Fauiana Caluisiana, & Pauliana quas non magis negare possunt esse arbitrarias. Quomodo probabunt illi si negō edicto Prætoris qui eas introduxit expressam aliquid fuisse de arbitrio iudicis, id est de re ipsis arbitratu restituēda (Possunt quidem illi si velint, comminisci pro arbitrio, & qualia velint verba quæ non habemus Edicti, si quid in fraudē patroni. Sed non immutabunt illa quę habemus De rebus alienatis in fraudē creditorum *in l. 1. & l. ait Prætor 10. & pass. D. quæ in fraud. cred.* vbi de tali arbitrio nihil prorsus. Sicut neque in edicto quo proposita est actio De dolo de qua *in l. 1. D. de dolo*, in qua tamen arbitrio iudicis locum esse vt non minùs arbitraria sit ea actio quàm actio De eo quod vi metúsve causa, nemo dubitat *ex l. arbitr. 18. D. ill. eod. tit.* Idem tractari potest, De alienatione iudicij mutuandi causa facta quam perinde arbitrariam esse constat *ex d. l. 4. §. vlt. & l. 8. ill. tit. De alien. iudic. mut. caus. fact.* quia rei persecutionem continet non per se & sua natura, sed arbitrio & officio iudicis *l. quia 7. eod.* Si enim per se non autem arbitrio tantùm & officio iudicis rei persecutionem contineret, non vnius anni finibus concluderetur, quomodo scriptum est *in l. 5. & 6. eod.* sed esset perpetua, vt cęterę omnes Prętorię quę rei persecutionē ex se cōtinēt. Ex regula *l. in honor. 35 D. de obl. & act.* Et tamē nullo iuris loco probari possit, aut in edicto Prętoris, aut in formulis quę in hoc actionis genere vsitata erat, arbitrij mētionē factā esse: Népe, quia sufficit rei restitutionem poni in cōditione vt appareat esse actionem arbitrariam, & in qua restitutionem fieri oporteat arbitrio iudicis non tantùm ad euitandam condemnationem, sed etiam ad promerendam absolutionem. Nec ad rem pertinet, quod isti obiciunt, non esse in potestate iudicis dati, vt omissa iudicis personas induat persōnam arbitri, sicut nec Aduocatus in ea causa esse potest, nec testis, *l. sed in seruum 9 §. si quis l. non distinguemus 32. §. quæsitum D. de recept. qui arbitr. recept.* Ne alioqui suæ affectionis vel arbitrij memor incorruptis Iudicis nomen perferre non possit *arg. l. vit. Cod. de Adsess.* Nam nihil simile aut commune habet arbitrium iudicis quod interuenit in actionibus arbitrariis, cum arbitrio illo quod sibi adrogare iudex datus prohibetur, legibus supradictis. Cæteri arbitri solent ideò interuenire, vt experiantur an consilio vel authoritate litem discuti patiantur litigatores *l. Pomponius 13. § recepisse ill. tit. De recept. qui arbitr.*

arbitr. recep. vt si fieri possit illos cum bona gratia sine lite dimittant. An iudex datus in actione arbitraria non sic induit personam iudicis, id est non tanquam nudus arbiter, sed tanquam is qui & iam fuerit iudex & adhuc talis sit, & breui eandem iudicis personam gesturus, cùm post redditum arbitriũ sententiam diffinitiuam omnimodo laturus est, vel reum condemnando si arbitrio non pareat vel absolnendo, si pareat Itaque non induit personam arbitri nisi in ordine, vt ita dicam, ad cõdemnationem vel absolutionem, Ergo non nisi tanquam iudex cùm iudicis solius sit non etiam arbitri vllius vel absoluere vel condemnare. Et falsum est vt iam in superioribus probanimus, quod aduersarij præsuppon unt, Iudicem datum in actione arbitraria, si arbitrio pareatur nihil aliud facere posse quàm vt eos cum bona gratia sine lite dimittat. Nam imò verò non priùs officio suo functus videri potest, aut Iudicis partes deposuisse, quàm reum absoluerit, qui arbitrio paruit, idque non solùm ex natura & æquitate negotij, sed etiam ex præscripto formulæ, & ob hoc ipsum, quod Prætor ei præceperat, vt reum condemnaret si arbitrio non pareretur: cùm quisquis potest condemnare eo casu quo aliquid factum non sit idem debeat absoluere in contrarium euentum si illud ipsum factum sit *l. 3. D. de re iud. l. nemo qui condemnare 37. De regul. iur.*

ERROR VII.

De ratione & sententia l. penult. D. de confess.

Excipienda est vna illa duntaxat species quam tractat Africanus *in l. pen. D. de confess.* si tamen exceptio illa dici debet quæ ad hanc iuris regulam sanè si verum amamus nil pertinet. Tractat ea lex de arbitrio dato à Prętore ad restitutionem fideicommissi, quòd hæres à fideicommissario conuentus fuerat confessus se debere. Et cùm quæreretur an si arbiter ille comperisset nihil deberi posset hæredẽ absoluere, Respondet Africanus cum distinctione, Posse interesse qua ex causa nihil debeatur: Nam si ob id quod nullum fideicommissum fuerit non debere arbitrium, eum absoluere. Si verò quia fortè testator soluendo non erat, aut quòd hæres omne solutũ esse apud Prætorem dixerat, & cùm controuersia & computatio difficilior esset, arbiter datus fuerit, Saluo officio eum absoluturum. Has enim partes eius esse vt si in cõputatione nihil inueniatur possit absoluere, Sed & ex superiore casu remittere ad Prætorem debere vt absoluatur. Quænam verò distinctionis huius ratio esse potest? Illa scilicet quòd arbiter datus non fuerat à Prætore ad cognoscendum de iure fideicommissi vtrum deberetur, sed tantùm ad restituendum fideicommissum, & ad computandum quid & quantum esset in fideicommisso, Proinde quamuis comperisset fideicommissum nullum deberi, non tamen poterat saluo officio hæredem absoluere, cùm ita faciendo vtrique mandati fines excessisset, quod saluo officio fieri nunquam potest. Ideò autem datus non fuerat vt de fideicommissi iure cognosceret, quòd hæres iam eo nomine conuentus apud Prætorem confessus fuerat se debere atque Ita per suam quodammodo sententiam damnatus fuerat. Id enim est quod dicimus. Confessum pro iudicato esse qui sua quodammodo sententia damnatur *l. 1. eod. tit.* Itaque cùm esset hæres iam condemnatus fieri non poterat vt magis condemnaretur ab arbitrio, aut vt ad eum condemnandum arbiter à Prætore daretur. Cui consequens est vt ex ea ipsa iuris regula quam diximus, nec absoluere possit arbiter hunc hæredem quem non potest condemnare. Sed & alia ratione prohibebatur hic arbiter ne de fideicommissi iure cognosceret, Quia scilicet non solùm datus in eam rem non fuerat à Prætore, sed neque dari potuerat cùm fideicommissi persecutio iuris ordinarij executionem non haberet *l. pecunia 178. §. actionis De verbor. signific.* id est non per formulam & dationem iudicis, quòd in cæteris causis erat iuris ordinarij, sed cognitione Prætoria expediretur *l. mulier 22. §. non est dubitandum & pass. D. ad SC. Trebell. § 1. Inst. de fideic. hered.* Quo igitur iure potuisset ille omnimodo hæredem absoluere quem nullo penitus casu condemnare potuisset? Planè fideicommissi etiam confessi aut adiudicati restitutio multas plerúmque & magnas habet moras si computatio ineunda sit siue patrimonij, quod in restitutionem venit, siue æris alieni quod ante omnia ex fideicommisso detrahendum est *l. in imponenda 6. l. irritum 8 C. ad leg. falcid.* siue aliarum rerum quarum similiter detractio permissa est, & à Prætoris maiestate alienum videtur, vt de his facti quæstionibus cognoscat ipse, & pronunciet, Eo nimirum iure quod olim Africani temporibus obtineat, & obtinuit semper vsque *ad l. 5. Cod. de pedan. iudic.* vt extra causam fideicommissi & alias nonnullas quæ fauorabiliores videbãtur, de quib. *in d. l. 2. & in l. vlt. Cod. vbi & apud quos cognit. in integr. rest. agit. fi. & tit. D. de extraord. cognit.* Prætores cæterique magistratus etiam Ædiles de facto ipsi nunquam cognoscerẽt, sed iudices pedaneos & iudicium darent *dict. l. 5. & l. 1. De edilit. edict.* Necessarium erat ita obseruari, vt posteaquam cognitum erat de fideicommisso per Prętorem, qui ob eam causam fideicommissarius dicebatur siue pronunciasset fideicommissum deberi siue conuentus hæres nulla expectata pronunciatione fideicommissum se debere confessus esset, vt in specie Africani, daretur arbiter à Prætore ad eum duntaxat finem, vt fideicommissum restitueretur, factis scilicet imputationibus illis omnibus, & computationibus quas ante restitutionem fieri oporteret. Ob eámque causam arbitrum eum Africanus vocat non iudicem, qua iudex dici non potest, qui condemnare non iubetur, quique non datur nisi post factam condemnationem. Et quamuis possint hæc nomina Arbitri & Iudicis confundi, vt in iudiciis Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum, aliisque bonæ fidei iudiciis, itémque in arbitrariis, quòd in iis multa iudicis etiam tamquam iudicis arbitrio permittantur *leg. quia tantundem 7. D. de negot. gest. l. arbitrum 43. lege vltima & pass. D. famil. erciscund. lege prima D. de vsur. l. vltim. D. rem pupil. sal. fer.* Alia tamen est arbitri, alia Iudicis significatio, & quemadmodum potest quis esse Iudex qui non sit arbiter, vt euenit in Iudiciis strictis. Ita è contrario verum est non omnem qui sit arbiter esse iudicem, sed eum duntaxat qui arbiter datus sit, non modò ad cognoscendum de facto, verùm etiam ad pronunciandum: Nec tantùm ad pronunciandum, sed ad eam ferendam pronunciationem quæ vel absolutionem contineat vel condemnationem. Ergo arbiter datus à Prætore ad restituendum fideicommissum quod hæres apud Prætoré & in iure confessus fuerat se debere, arbiter quidem dici potest, & verè arbiter est, sed iudex, neque est, neque dici potest. Ac multò minùs quàm ille qui ex litigatorum compromisso arbiter factus recepit in se arbitriũ. Hic enim ferre sententiam & potest & debet, non quidem quæ rei iudicatæ vel actionem vel exceptionem parere possit, cùm iudex non sit, sed quæ tamen metu pœnę possit eundem effectum habere quem res iudicata vt imponat finem liti per pronunciationem

quæ

quæ similiter reum vel condemnet, vel absoluat. Et rursum longè alius est arbiter compromissarius, à quo non placet appellari posse, sed standum esse eius sententiæ siue æqua sit, siue iniqua, cùm imputare sibi debeat qui compromisit *l. diem proferre 27 § stari De recept. qui arbitr. recept.* Alij verò arbitri illi quos Prætor dare solebat ad restitutionem fideicommissi, vt *in dict. l. penultim. De conf.* aut ad probandos fideiussores, vt *in leg. arbitro 9. D. qui satisd. cogant.* vbi scriptum est ab huiusmodi arbitris appellari posse perinde atque à iudicibus si arbitrium eorum iniquum videatur: Licet hoc commune habeant cum arbitris compromissariis quòd iudices non sunt. Ex quo intelligimus Arbitros dictos esse quòd eorum arbitrio & æquitati res à Prætore committeretur, Nec id sine formula, vt solebant omnia expediri per formulas, Cùm passim quæri oporteret, An arbiter saluo officio arbitrium tulisset. Quod ipsum nihil aliud erat quàm quærere an salua formula arbitratus fuisset, *dict. l penultim. De confess.* Totum enim siue iudicis, siue arbitri officium in eo versatur, vt omnia ex formulæ præscripto faciat, nec ipsius fines vnquam transiliat. Illud magis mirum est cur in specie & quæstione *dict. l. penultim.* possit arbiter absoluere cùm non possit condemnare, Eiúsque demùm sit absoluere, qui condemnare etiam potest, vt diximus. Sed facilis responsio est si benè Africanus intelligatur. Non potest arbiter absoluere hæredem à persecutione fideicommissi pronunciando fideicommissum non deberi, quod iam confessus fuit hæres se debere, Quia nec condemnare potest hæredem in eo vt pronunciet fideicommissum deberi. Et quia iam condemnatus per sententiam suam hæres, amplius ad idipsum condemnari non potest, Et quia nec datus in eam rem fuit iudex à Prætore, nec dari potuit, vt explicauimus. Potest tamen hæredem absoluere hactenus, vt pronunciet nihil eum ex causa fideicommissi debere si ita ferat computatio earum rerum quæ ex fideicommisso detrahi potuerunt, & debuerunt. Etsi enim totum id in calculo positum est qui sine iudicio, vt plurimùm dirimi solet, quomodo legendum esse *in leg. furti 6. §. vltim. De his qui notant. infam.* alibi docuimus, interdum tamen, id est cùm ad eam computationem ineundam causæ cognitio necessaria est, nihil vetat dari iudicem. Sicut & in cæteris causis ad exequendum iudicatum dari solebat *lege à Diuo Pio 15. §. si rerum §. si post addictum & sequent. & paragrapho sic quoque iudic. D. de reindic.* & quidem cum formuls, & potestate pronunciandi, Non quidem de ea ipsa re de qua iam pronunciatum sit per sententiam quam exequuntur? sed de eo tantùm de quo superest cognoscendum & pronunciandum in executione iudicati *§. sed si emptor & §. si rerum d. l. à Diuo Pio.* Quemadmodum autem potest hic arbiter ad exequendum datus absoluere hæredem si reperiat nihil superesse in fideicommisso quod solui debeat, Ita eundem hæredem condemnare vt quod facta computatione in fideicommisso superesse compererit, iubeat eum præstare fideicommissario. Sic fit vt absoluere possit eo demùm casu quo potest etiam condemnare, Et contrà vt quo casu condemnare non potest, nec possit absoluere. At neque illud mirum est, quod Africanus subiungit, Eo quoque casu quo arbiter ad restituendum fideicommissum datus nullum fideicommissum deberi compererit, debere illum remittere hæredem ad Prætorem vt è Prætore ipso absoluatur. Etsi enim iam erat ille propter suam confessionem sua quodammodo sententia damnatus, non tamen habet ea ficta condemnatio tantùm potestatis & authoritatis, quantum haberet pronunciatio Prætoris si is de fideicommisso cognouisset ac pronunciasset. Tunc enim Prætoris dignitas faceret rerúmque ab eo decretarum authoritas vt fideicommissum restitui omnimodo necesse esset, Tametsi per sordes aut per gratiam, aut per imperitiam pro fideicommissario malè pronunciasse probaretur *l. seruus vetante 62. §. cùm Prætor D. ad SC. Trebell.* At cùm nihil Prætor pronunciauit, licèt dici soleat nullas iudicis partes esse in confitentem nisi in condemnando, integrum tamen ei est hæredem absoluere si comperiat fideicommissum nullum deberi, Siue quòd ad eius curam & cognitionem non minùs pertineat vt fideicommissum nullum contra testatoris voluntatem peti patiatur, quàm vt fideicommissa omnia quæ relicta sunt conseruet, siue quòd vltimarum voluntatum fauor id omnino exigat, vt nihil ex iis peti præstarique possit quod non à defuncto relictum vere fuerit, Ne alioqui contra voluntatem fiat quod ex voluntate proficiscitur *lege vltima Codice de reb. cred. & iureiur.*

ERROR VIII.

De potestate arbitrij in actionibus arbitrariis, Et ex quo arbitrio sint æstimandæ actiones arbitrariæ.

ETiam ex supradictis intelligimus non vbicunque arbiter à Prætore datus est, adeóque nec vbicunque arbitrium iudicis dati intercessit, fieri statim actionem arbitrariam. Sed eo tantùm casu quo arbitrium tale intercedit, cui si non pareatur omnimodo sequi debeat condemnatio, si pareatur, facienda sit absolutio. Alioqui admittendum esset actiones omnes bonæ fidei in quibus perinde versatur arbitrium iudicis *lege prima in pr. D. de vsur. l. vltim D. rem pupill. saln. for.* & formulas itidem omnes iudicium in executionem iudicati datorū esse arbitrarias, quod euidenter falsum est. Illud tamen in omnibus actionibus arbitrariis diligenter obseruandum est, non esse in iis locum arbitrio iudicis nisi post aliquam pronunciationem, quæ primam formulæ conditionem impleuerit, & quam plena causæ factique cognitio præcedere debuerit. Vt putà, si de ciuili, & directa rei vindicatione tractemus non priùs poterit datus in ea iudex arbitrari & iubere vt res restituatur, quā pronunciatū sit rem esse petitoris, Nec rursus de eo priùs pronunciare, quàm de facto, déque toto dominij iure plenissimè cognouerit, *l. Pompeius 40. §. sed & is qui D. de procur.* in illis verbis *quid enim si in hoc iudicio rem meam esse pronuncietur & l. & ex diuerso 35. §. 1.* ibi, *& iudex sententia declarauit meum esse D. de rei vindic.* Si agatur actione De eo quod metus causa vel De dolo vel De alien. iudic. mut. caus. fact. priùs debet iudex pronunciare rem de qua agitur extortā esse per vim aut per dolum, vel alienationem iudicij mutandi causa factam fuisse. Deinde arbitrari & iubere vt restituatur, Tum si vt pareatur arbitrio condemnationem illam irrogare quæ ex edicto prætoris in causas illas singulas constituta est. Idque nimirum est, quod interpretes antiquiores decepit, vt dixerint in iudiciis arbitrariis duas ferri sententias, Vnam antè arbitrium, alteram posteà. Quod verum equidē est si sententiæ appellatione intelligas pronunciationem quæ de petitoris, vel re iure facta sit quomodo haud dubiè intellexit Paulus *in dict. leg. & ex diuerso 35. §. 1. De rei vindic.* vbi & sententiæ meminit. & pronunciationis. Non etiam si sententiam magis propriè accipias eam quæ sit verè diffinitiua,

id est quæ institutam litem vel absolutione vel condemnatione finiat, vt *in leg. 1. D. de re iudic.* Nam & cùm pronunciatum est meam esse rem quam petebam per vindicationem, Aut mihi per vim aut metum extortam fuisse rem illam quam petebam per restitutionem in integrum ex Edicto quod metus causa, nondum finita lis est, non quia res mihi adhuc restituta non sit (hoc enim non ad litis causam, sed ad rei iudicatæ executionem pertineret, si iam secuta esset condemnatio vel absolutio, atque ita lis finita proponeretur.) Sed quoniam verum est nullam adhuc secutam esse absolutionem, vel condemnationem, & consequenter durare adhuc actionem & formulam cuius finis alius non est quàm condemnatio, aut absolutio. Ergo non est verè diffinitiua sententia illa per quam pronunciatur rem meam esse, aut mihi per vim dolúmve extortam fuisse. Ideóque grauiùs errant recentiores, qui volunt arbitrium illud quod in ciuili directáque vindicatione sequitur pronunciationem factam de iure dominij, non aliud arbitrium esse quàm quòd sententiam diffinitiuam, & rem iudicatam sequi solet, quoties, inquiunt, lis æstimanda est post condemnationem, vt sciatur quomodo iudicati executio fieri possit, & debeat. Nam neque verum est arbitrium iudicis iubentis rem restitui, quam pronunciatio fiat citra vllam condemnationem, Iudicati autem executio fieri ante condemnationem nulla possit (alioqui ad Prætorem redeundum esset qui iudicum omnium à se datorum sententias exequi debet ex rescripto illo Diui Pij, de quo *in leg. a Diuo Pio 15. De re iudic.* Non autem ad iudicem redire qui per condemnationem officio suo functus fuisset *dict. leg. iudex posteaquàm 55. De re iudic.*) Neque rursus defendi potest in alio vllo actionis genere vnquam euenire, vt post sententiam & condemnationem lis æstimetur. Quomodo enim posset lis æstimari in executione iudicati, cùm per rem iudicatam lis esse desinat? *dict. leg. 1. eodem.* Imò verò lis æstimanda est per sententiam tùm quoque cùm fundus petitur aut quid aliud extra pecuniam numeratam, siue per triticariam petatur, siue per condictionem certi *leg. vinum 22. D. de reb. credit. leg. vltim. D. de condict. tritic.* Quò fortasse pertinet quod dici solet stipulationem Iudicatum solui quæ in omnibus iudiciis olim interponebatur habere expeditam quantitatem. In tantum enim committi in quantum iudex pronunciauerit *l. 9 D. iudic. solui* Quomodo enim verum hoc esset si non semper certa & expedita quantitas in pronunciationem deduceretur? Alioqui constat ea stipulatione sicut & aliis prætoriis ferè omnibus incertam quantitatem ab initio contineri *l. 2. §. incertam D. de prætor. stipulat.* Nempe quia incertum est ante sententiam quid & quantum iudex in sententiam & condemnationem sit deducturus. Illud tamen verum est, pronunciationem illam per quam iudex diffiniuit rem meam esse, aut mihi per vim extortam fuisse, diffinire hac parte quæstionem principalem, quæ inter litigatores de iure dominij vertebatur, cùm exinde disputari amplius non possit, an eius res sit, cuius esse pronunciatum est. Sed non tamen diffiniuit litem, quoniam adhuc superest lis, non solùm propter arbitrium, quod sequi necesse est, verum etiam quoadusque secuta fuerit absolutio vel condemnatio: Reo scilicet parente iudicis arbitrio, vel non parente. Non enim qui rem quasi suam vindicat, aut repetit per in integrum restitutionem quasi dolo aut vi vel metu extortam, id tantùm agit vt non pronuncietur dominium ad eum pertinere aut metum vel dolum illatum esse, sed id potius vt rem quam petit consequatur, eóque nomine aduersarius condemnetur. Reliqua vero media sunt actionis potiùs quàm finis aut actionis aut litis.

ERROR IX.

De eo quòd quidam putant in actionibus arbitrariis tractari omnia mitiùs.

GRauior autem eorundem recentiorum error ille est quòd putant, In actionibus arbitrariis eam arbitrij potestatem esse, vt omnia mitiùs tractari oporteat, Circa impensas, inquiunt, deducendas, Circa fructus ac causam rei restituendam, Circa iusiurandum in litem quod ex arbitrio iudicis nunquam defertur, Et circa inducias temporis ad restituendum concedendi. Quæ omnia certè falsa sunt, Excepto eo quòd aiunt de iureiurando in litem, nunquam per arbitrium deferendo. Cuius iuris illa ratio est, quod nunquam defertur iusiurandum in litem nisi per condemnationem & in pœnam doli atque contumaciæ illius, qui ab arbitro rem restituere iussus parere noluit *leg. 1. & tot. tit. D de in lit. iur. leg. qui restituere 68. D. de rei vindic.* Cúmque sit illa grauissima condemnatio quæ victori potestatem facit rei æstimandæ pro suo arbitrio *leg. 1. D. de in lit. iurand. leg. vltim. D. de fideiuss.* Non soleat autem præcedere arbitrium nisi vt licentia reo detur parendi arbitrio, atque ita effugiendi grauiorem condemnationem, *d. leg. item si cum 14. § 1. & sequent. De de eo quod met. caus.* Quænam obsecro grauior posset infligi condemnatio ei qui ab arbitrio iussus præstare quanti actor in litem iurasset parere adhuc nollet? At in cæteris omnibus, id est circa fructus & accessiones rei restituendæ sumptúsque litis aut circa deductionem sumptuum in rem peritam factorum falsum est mitiorē arbitrij quàm condemnationis causam esse debere. Quid enim aliud facere potest arbitrium iudicis quā vt rectè, id est arbitrio viri boni res quæ petitur restituatur? *d. l. hæc verba 73. De verborum signific. lege ipsi 19. D. de rei vindic.* Atqui nunquam vir bonus arbitrabitur. Rectè fundum restitui nisi restituatur cum fructibus & omni causa. Nam & hoc per se nomen ipsum restitutionis sonat, quod ideò plenissimam dicitur habere significationem *in l. videamus 38. §. in Fauiana & seq. D. de vsur. l. restituere 75. iunct. l plus est 22. l. cùm Prætor 81. l. vult. in fin. De verbor. signific. l. in condemnatione 173 §. 1. De regul. iur.* Ergo in arbitrio iudicis De re restituenda fructuum quoque restitutionem necessariò cōtineri dicendum est. Idque adeò verò dicitur, vt si per errorem iudex siue sordes, siue per gratiam pronunciauerit rem meam esse aut mihi per vim vel metum extortam, eodem errore debeat etiam de fructibus pronunciare, Vt scilicet arbitretur etiam fructus mihi restitui debere, cum re ipsa. Alioquin nec rem ipsam restitui mihi debere arbitraretur, vt eleganter ex Mauriciano Paulus noster ratiocinatur *in d. l. & ex diuerso §. 1* vbi licèt vtatur & sententiæ & condemnationis nomine, vtroque tamen nihil nisi arbitrium significare eum voluisse ostendunt sequentia quæ subiicit ex Mauriciano, Non quasi arbitrium possit absolutè dici aut sententia aut condemnatio, cùm in potestate maneat eius qui conuenitur vt arbitrio non parere nolit: Iudicium autem & condemnatio reddatur in vitium *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. obligat.* Sed quia cùm ex contrario euenit vt reus arbitrio parēre malit metu grauioris condemnationis, qui casus est quem Paulus eo loco tractat, Arbitrium pro condemnatione est.

est, cùm nullæ amplius iudicis partes sint in condemnando, quinimò absoluendi necessitas ei immineat, postquam arbitrio eius obtemperatum fuit. Rursum quod ad litis sumptus pertinet in tempus vsque arbitrij factos, ab actore circa cognitionem facti ad probandam causam dominij, quis credat tale officiũ arbitri esse debere, vt nihil dicat de sumptibus? Quis enim vir bonus non arbitrabitur reum qui se vindicationis iudicio conueniri passus est, ac per longum fortasse tempus temerè litigauit, omnes sumptus ted lere oportere *l. eum quem temere 79. D. de iudic. l. vlt. D. de procurat. vulg. l. properandum 13 §. sine autem alterutra Cod. de iudic.* Nam & iudex quilibet ad expensas condemnare debet eum qui litem siue per calumniam & tergiuersationem, siue temerè frustratus est, non ex præscripto formulæ in qua nihil vnquam de expensis dicitur, sed ex officio suo tamen si actio in qua datur est, stricta esse proponatur *§. 1. Instit. de pœn. temer. litig.* Quod igitur in iudiciis omnibus etiam strictis facere bonus iudex potest & debet, cur non poterit facere per arbitrium is qui datus est in actione arbitraria? Aut quomodo aliter videri debebit functus officio viri boni si nihil de sumptibus litis arbitratus sit: Fateor, quòd isti aiunt parci sumptibus litis si arbitrin pateatur, Nempe quia statim eo casu sequitur absolutio, vt diximus, ideóque minores sumptus fieri necesse est quàm si ob rei contumaciam diutiùs litigaretur. Nam quo longior lis est eo pluribus se onerat sumptibus is qui tandem condemnatur. *l. 5. D. de inoffic. testam. l. 1. C. de admin. tutor l. qui solidum 78. §. etiam de legat. 2.* Sed tamen non magna esse potest hæc vtilitas, quia nec magni sumptus esse possunt, qui fiunt post arbitrium etiam tùm cùm arbitrio non paretur. Siquidem nihil aliud faciendum superest nisi vt qui arbitrio non paruit condemnetur in quo non multò maior impensa fieri solet, quàm si absolueretur post cæteras omnes impensas iam exsolutas: Facti enim cognitio quæ præcedit pronunciationem de iure dominij, illa est, quæ maiorem sicut litis ita & sumptuum materiam præbet, Non ea pars litis quæ & pronunciationem & iudicis arbitrium sequitur. Simile est quod iidẽ addunt, si arbitrio pareatur longitudinem iudiciorum & molestiam vitari, quæ tamẽ post arbitrium nulla est, aut certè minor quàm si arbitrio pareretur. Arbitrij enim executio sicut & iudicij & iudicati suas mor as habet. *l. etiam 15 in princip. D. vt legat. seu fideicomiss. seruand. caus. cau.* cùm non sit semper expeditum aut rem ipsam restituere, quæ restitui debet aut explorare qui i & quantum veniat in restitutionem fructuum & causæ Non minùs quàm si qood deductum est in arbitrium, deductum esset in condemnationem. Quod verò subiiciunt pacem, tranquillitatem & concordiam per arbitrium magis foueri, quod bono Prætori hoc est iuris, ac æquitatis custodi propositum esse debet adhuc leuius est. Quid enim potest interesse illius qui, arbitraria actione conuenitur, an rem de qua controuertitur amittat per arbitrium, an per condemnationem? An non par & æqnale damnum sentit siue hoc, siue illo modo actor suum consequatur? Aut quid non videt litis iacturam à reo factam esse iam eo tempore quo pronunciatum est rem esse petitoris, aut ei per vim vel metum exortam fuisse? Quicquid enim postea fit siue per arbitrium, siue per condemnationem, totum id fit in consequentiam necessariam illius pronunciationis, quam idcirco diximus, licèt condemnatio non sit quia nec in personam concipitur nec liti finem imponit, condemnationis tamen cuiusdam vim habere. Nec sanè quæ ex litibus inter ciues nascuntur dissordiæ causam vllam præcipuam habent, nisi dãnum quod ex iis & timetur & incurritur Cùi consequenter dicendum est vbi par damnum eadémque damni causa est, parem quoque dissordiarum subesse metum, neque huius incommodi euitandi gratia esse aptiorem viam arbitrij quàm condemnationis. Ad arbitria quæ vocant arbitratoria id pertinet quæ in id maximè comparata sunt, vt siue iam inchoatæ, siue futuræ lites citius expediatur arbitrorum authoritate magis quàm imperio, vt non solum dispendia & commoda cætera litium euitentur, sed etiam amicitiæ aliquid indulgeatur. Cæterum etiam in arbitriis compromissariis, quoniam ad instar iudiciorum redacta sunt, perindéque sententiam exigant quæ finem controuersiis omnibus imponat, non aliud iuris est quàm in iudiciis *l. Pomponius 13. §. recepisse D. de recept. qui arbitr. recep. iunct. l. societatem 76. in fin. & seq. D. pro socio.* Iam vero quod iidem subiiciunt de sumptibus ab eo qui ex arbitrio rem restituit in rem petitam factis, quasi eorum quoque nomine mitius tractetur per formam arbitrij quàm condemnationis, nihilo subtilius aut verius est. Nam & in rei vindicatione directa, & aliis arbitriis similibus constat sumptus in prędium quod alienum esse apparuit à bonæ fidei possessore factos, neque ab eo qui prædium donauit aut vendidit, neque à domino peti posse, verùm exceptione doli opposita æquitatis ratione seruare, vt disertè & eleganter à Papiniano responsum est in *leg. sumptus 47. D. de rei vindication.* vbi quod additur *per officium iudicis*, aliàs docuimus ineptitium esse, nec tantummodò superuacuum, sed etiam falsum, cùm nullus officio iudicis locus relinquatur in iis quæ cogitur ille facere vi oppositæ exceptionis doli, & ex necessitate formulæ. Quamquam quod ad rem nostram pertinet, nihil interest an ea verba deleas an retineas. Quod enim æquitatis ratione seruatur siue doli exceptione opposita, siue per officium iudicis, Cur non etiam seruabitur arbitrio boni viri? Ac proinde cur non veniet etiam in arbitrariis iudiciis? Falsum igitur est, Circa impensas dedocendas meliorem esse conuenti rei conditionem si per arbitrium quàm si per sententiam & condemnationem lis expediatur: Nimisque euidenter iniquum esset arbitrium illud quo possessor bonæ fidei rem petitam nulla impensarum ab eo factarum habita ratione victori restituere iuberetur: cùm non tam ratio iuris hoc ius suadeat, quàm æquitas, quæ abitrio separari nunquam potest.

ERROR X.

De induciis ad parendum iudicato vel arbitrio dandis. Et quantum intersit an iudicati executio facienda sit, an arbitrij.

IDem est circa Inducias temporis ad restituendum concedendi, Scilicet non esse breuiores illas quæ in executione iudicati dantur, quàm quæ in executione arbitrij, quinimò plerumque longiores. Et si enim qui pro tribunali cognoscit cogendus non est vt semper iudicati tempus seruet, sed nonnunquam arctat nonnunquam prorogat pro causæ qualitate & quantitate, vel personarũ obsequio, aut contumacia. Rarò tamen euenit vt ante tempus constitutum iubeat exequi iudicatum, putà si alimẽta constituantur, vel minori annis vigintiquinque subueniatur *l 2. D. de re iudic.* Nam & modicum tempus illud esse dicitur quod condemnatis ex humanitate indulgetur *l. si debitori 21. D. de iud l. cùm militi 16. in fin. D. de compens.* At tempus quod ex arbitrio ad rem restituen

restituendum datur plerunque breuius est, quippe cùm eo quoque casu quo res præsens est, restitutio ex arbitrio fieri debeat *l. hac si res præsens sit 46. cum l. præced. De rei vindic.* quo tamen casu nemo dixerit sine iudicis, sine arbitri & viri boni tale officium esse debere vt tanti temporis dilationem det, ad restituendam rem, quæ etiam adiudicata sit, & confestim quia præsens est, restitui possit. Quomodo dicimus etiam hodie bona dotalia si immobilia sint statim restituenda esse, scilicet quia eorum restitutio nullos sumptus habet, nullámque difficultatem, cùm semper sint præsentia, hactenus saltem, vt verbo si non reipsa possint restitui, Quamuis mobilia non nisi post annũ restituantur *l. vnic. Cod. de rei vxor. act.* in quo numero etiam pecuniaria dos continetur. Nec sane alia ratio fuit indulgendi temporis in executione iudicati, quàm quia si condemnatus nolit satisfacere, necesse sit condemnationem quæ semper pecuniaria esse debet mandari executioni captis distractisque pignoribus. Sic enim habet edicti verba *condemnatam ni pecuniam soluat. l. 4 §. ait Prætor De re iudic.* Nempe quia pecuniæ numeratio non semper est in expedito *l. si dubitet 10 in princ. D. de fideiuss.* At qui non similiter de arbitrio dici potest, Si iudex arbitratus fuerit restitui mihi debere rem quam pronunciauerit meam esse aut mihi per vim aut dolum extortam fuisse, Debere æstimari rem & in pecunia arbitrio satisfieri. Nam illud ipsum omnimodo præstandum est, quod arbitratus est iudex. Alioqui condemnatio pecuniaria necessariò sequetur, ob hoc ipsum grauior, quòd per contumaciam actori fiat vt rem ipsam quæ petita & restituenda fuit, consequi actor non possit. In quo maxima & insignis quædam elucet differentia executionem iudicati & executionem arbitrij. Iudicati enim executio semper fit in pecunia: Arbitrij verò vel eo ipso modo quo arbitratus est iudex, id est in re ipsa petita, vel prorsus nulla. Vnde fit vt non possim non mirari valde quod scriptum est *in dict. l. item si cum 14. §. quatenus vers. quid si homo D. quod met. caus.* homine qui per vim extortus fuerat defuncto sine vlla rei culpa, dummodo intra tempora iudicati, sic, vt ex arbitrio restitui non possit, liberari tamen reum quòd ad simplum, nec condemnandum esse nisi vt tripliciel pœnam præstet. Quænam enim possunt esse illa iudicati tempora, vt incipiant currere, priusquàm vlla sit secuta condemnatio? Deinde quantumuis homo petitus moriatur citra culpam possessoris, an non moritur semper post culpam illius qui vim fecit? Cur non ergo perinde tenebitur etiam post mortem atque alius quilibet debitor hominis post moram perempti? *l. si ex legati a 3. l. si seruum 91. §. sequitur & §. vltim. De verb. oblig.* Aut qui nescit in omnibus malæ fidei possessoribus generale illud esse, vt rei petitæ interitu quantumuis naturali nunquam liberetur *l. illud 40. D de hered. petit.* Denique cùm in actione illa quod metus causa condemnatio fiat in quadruplum, in eóque quadruplo simplum contineatur, Quænam afferri ratio potest ob quam debeat condemnari ad triplum pœnæ nomine is qui iam a simplo liberatus est? Nam nec alia pœnæ irrogandæ ratio est, quàm quòd res petita non ex iudicis arbitrio restituitur, In quo tamen nulla esse cõtumatia tantæ pœnę odio digna si reus à simpli præstatione liberatus esset? Verùm ista non mirabitur quisquis nobiscum animaduerterit quod nos in nostris ad illum locum Rationalibus obseruauimus, totum eum §. non tam Vlpiani esse, quàm Triboniani respicientis ad ius illud quod contra veterem iurisprudentiam inductum ille voluit, immutata arbitrariarum actionum omnium natura, vt quisquis arbitrio iudicis iussus est rem restituere, cogatur omnimodo arbitrio parêre, ita vt ad manum militarem decurrendum potiòs sit si restituendæ rei facultatẽ reus habeat, quam permittendum vt possit ille arbitrium eludere prætextu grauioris subeundæ condemnationis *d. l. qui restituere 68. De rei vindic.* Ergo vt redeamus ad rationem iuris veteris de qua disputamus, Nihilne proderit reo quòd paratus sit arbitrio iudicis satisfacere? Nihil penitus quòd adeo de quibus diximus, id est quantum ad fructus & causam rei restituendæ, ad sumptus litis, & inducias temporis ad restituendum indulgenti. Sed tantùm quòd ad hoc vt parendo arbitrio euitet condemnationem grauiorem imminentem, siue sit illa infamiæ vt in actione De dolo malo, siue in duplum vt in actione redhibitoria *l. redhibitoria 34. de ædilit. edict.* Siue in quadruplum, vt in actione Quod metus causa *dicta l. item si cum 14. §. hæc autem actio D. quod met. caus.* Siue iurisiurandi in litem vt in rei vindicatione aliísque similibus *dict. l. qui restituere iunct. l. eius rei 46. cum seq. De rei vindic.* Nihil enim horum tale accidit, cùm arbitrio paretur, quia nec vlla sequi potest cõndemnatio quæ sola & infamiam & supradictas alias pœnas irrogare potest. Sola namque sententia illa est quæ infamem facit non arbitrium *l. 1. l. furti 6. §. si quis alieno & pass. D. his qui not. infam. l. infamem 7. D. de public. iudic.* Ex quo tantò magis intelligimus quàm verum sit, quod dicimus neque pronunciationem illam quæ arbitrium præcedit, neque arbitrium ipsum sententiæ diffinitiuæ & condemnationis vim habere, Alioqui notaretur infamia reus quem pronunciatum esset dolo rem extorsisse. Nec ei esset integrum infamiam euitare, tametsi post illam pronunciationẽ paratus esset rem ex arbitrio reddere, Quod tamen euidenter falsum est, cùm is qui iussu iudicis rem restituit non solùm dolo nihil faciat *§. qui iussu l. non videntur 167. de regul. iur.* sed etiam dolum præteritum purget, tanquam qui ad id sit amissus per arbitrium: Quomodo dicimus infamia non notari eum qui à prætore iussus id fecit, quod si Prætore non iubente factum esset infamiam irrogaret *d. l. furti 6. qui iussu De his qui not. infam.*

ANTONII

ANTONII FABRI I.C.

Decas nonagesima.

ERROR PRIMVS.

De arbitrio iudicis in actione De eo quod certo loco.

Si vera sunt, vt proculdubio sunt ea quæ de actionibus arbitrariis hucusque scripsimus, non abs re quis miretur, quod tamen æquè certissimum est, Actionem de eo quod certo loco non solùm in arbitrariarum numero recenseri, sed etiam, quod magis mirum videre debeat, præcipuo quodam iure, ac per emphasim arbitrariam dici, Adeò vt cùm arbitrariæ actoris mentio fit à prudentibus nostris, non alia quàm hæc actio ab iis intelligatur *l.1.& 3.& pass.D.de quod cert.loc.* Constat siquidem in huiusmodi actione nullum præcedere arbitrium De re restituenda, ideóque nec vllam sequi grauiorem condemnationem, quæ alicuius arbitrij respectu grauior dici possit. Sed ea Præscripto formulæ iudex datus id tantùm curandum habet, vt quoties alio loco res petitur, quàm quo dari ea stipulatione debuit, condemnet reum habita ratione loci in gratiam & vtilitatem eius, per quem factum non est quominus suo loco daretur siue reus ille sit, siue actor. Id enim est quod dicere solemus, etiam actionem non solius actoris vtilitatem continere, sed etiam rei conuenti, nec alterius litigatum, sed alterutrius, aut si manis, dummodò eundem sensum retineas, vtriusque *dict. l. 1. & 2.l. vnic. Cod. eod. vbi conuen. qui cert. loc. dar. promiss.* Ratio nàque actionis illius inducendæ, non alia fuit, quam quòd alioqui facilè accideret vt nunquam conueniri & nusquam posset ille qui certo loco dare promisisset, si fortè nollet ille ad destinatum locum vnquam venire, siue data opera id faceret, siue aliis districtus & impeditus negotiis *dict. l. 1.* Proinde quamuis per debitorem factum non sit, quominus sua die suóque loco solueret, putà si in eum locum venerit, statim atque veniri potuit, Creditor autem abfuerit, ita vt neque ipsi, neque alij vlli ipsius nomine solutio fieri potuerit, Non ideò tamen prohibendus est creditor, ne vbique possit agere, id est in quocumque tandem loco inueniat debitorem. Licèt non similiter è contrario possit ille cog vt alio loco accipiat solutionem *l. 2. §. idem Iulianus, l. penultim. eodem tit.* Nempe quia debitori nulla fit iniuria etiamsi alio loco quàm in quem collata & destinata solutio est, soluere prohibeatur, cum debeat sibi imputare, cur ad faciendam eo loco solutionem se obligauerit. Adeò vt etiamsi alibi contraxerit, tamen in eo ipso loco contraxisse videatur in quo vt solueret se obligauit *leg. contraxisse 21. D. de obligat. & actionibus lege omnem 20. Digest. de iudiciis* At fieret iniuria creditori si alio loco quàm in quem contulit solutionem, agere prohiberetur, quia sic facilè contingeret vt debiti sui iacturam facere cogeretur, essétque in potestate debitoris nunquam soluere, nunquam accedendo ad locum destinatum. Cùm tamen neque possis ei imputare, cur certum solutioni locum dixerit, quandoquidem poterat ipsius interesse vno loco solui potiùs quàm alio, Neque cur eo loco non soluat debitor si per contumaciam ipsiùs tantùm fiat ne soluat. Quòd si creditor in mora fuisse proponatur quominùs suo loco solutionem fortassis oblatam acciperet, quamuis sit quod ei imputetur, moraque ipsi sua nocere debeat. Non vsque adeò tamen in pœnam & odium moræ plectendus est, vt debito carere sit cogendus, quod eueniret si propter moram alio loco agendi facultatem non haberet. Dum enim velles reo ius suum conseruare, aufferres actori suam actionem ratiocinatur Vlpianus *in l. 2 §. Scæuola in fin D. eo quod cert. loc.* Fateor si meram iuris rationem spectes nihil hac parte inter debitorem & creditorem interesse, nec magis creditori permittendum esse vt alio loco experiatur inuito promissore, quàm vt promissor alio loco soluat inuito stipulatore. Ob idque nimirum actio illa arbitraria, per quam petitur vno loco quod alij dari debuit, non directa est, quia ex verbis non datur imò contra verba stipulationis sed vtilis *dict. l. 1. de eo quod cert. loc.* At si æquitatem spectes, ea qua omnes vtiles actiones æstimantur, melior proculdubio esse debet causa creditoris, quàm debitoris ob eam diuersitatis rationem quam attulimus. Sicque accipiẽdum est quod *in l. continuus 137. §. cùm ita De verborum obligat.* Venuleius scribit, Debitorem qui certo loco dare promisit posse vbique soluere, Scilicet si offerat solutionem alibi priusquàm perueniri possit in locum solutio destinatum vt *in l. qui Romæ 122. in princip. De verborum obligat.* quemadmodum interpretati sumus *lib. 1. Coniectur. cap. 1.* quia non priùs certo loco debetur quàm præterierit totum tempus intra quod perueniri ad eum locum potuit *dict. §. cùm ita & l. 2. §. quod si Ephesi de eo quod cert. loc.* quod autem nullo certo loco debetur, cùm vbique debeatur, etiam vbique solui potest, Aut potiùs, quia cùm inuito debitore possit creditor vbique agere per vtilem arbitrariam, necessariò etiam consequens est, vt vbique possit debitor soluere, Non quidem inuito creditore, quod iam negauimus, sed ea ipsius voluntate, quæ alia esse non potest quàm vt ibi soluatur vbi agitur *dict. lege 2. paragrapho idem Iulianus versic. Marcellus De eo quod cert. loc.* Apparet igitur inductam esse hanc actionem arbitrariam De eo quod certo loco, non in pœnam & odium debitoris vt ea arbitrio iudicis aliquid facere iuberetur, aut vt si arbitrio non pareret, grauior ei condemnatio irrogaretur, sed ex natura & necessitate negotij. Et fauere quidem creditoris, ne cogeretur expectare vt ad locum destinatum veniret debitor, quod fortasse nunquam facturus esset: Sed tamen in pœnam damnúmque ipsius etiam creditoris, si per eum fortè factum probaretur, quominus suo loco facta solutio esset. Quamquam enim illo quoque casu condemnatur debitor, vt Romæ soluat, quod Ephesi dari debuerat, hoc tamen casu condemnatur in minorem quantitatem detracta scilicet vtilitate loci, cùm

ipsius

ipsius interesset Ephesi soluere ex lege stipulationis, potiùs quàm Romæ per arbitrariam. Et consequenter fatendum est longè diuersam rationem esse huius actionis, & aliarum quæ idem nomen habent arbitrariarum actionum. Illæ enim ideò arbitrariæ sunt & dicuntur, quòd pendeant ex arbitrio iudicis, cui si pareatur absolutio sequi debeat. Si verò non pareatur, condemnatio, eaque grauior, nec tamen arbitrio iudicis irroganda, sed qualis quantáque ex bono & æquo constituta est vel edicto Prætoris, vel authoritate prudentum. Hæc autem non quòd ex arbitrio vllo pendeat, cùm sit mera personalis & in personam non in rem scripta, in qua proinde nihil est quod de restitutione tractari possit, sed quia condemnatio ex ea fit arbitrio iudicis, & quidem omni casu, idest, quod magis mirere, tum quoque cùm debitor ante moram suam conuentus alio loco soluere paratus est detracta tamen, vt æquum est vtilitate loci cuius detractioni nolit creditor consentire. Quid enim aliud hic faciat iudex, nisi vt debitorem quantumuis extra culpam & in bona fide constitutum creditori condemnet. Vel ob hoc ipsum, vt in eo condemnando creditoris moram puniat, detrahendo ex summa debita quanti debitoris interest alio loco soluere quam in quo conuenitur, quòd alioqui non detractum semper in obligatione remaneret. Ergo condemnandus est omnimodo reus, quia non negat se deberè, sed tantùm allegat alio se loco soluere debere, quod non sufficit ad merendum absolutionem. Ne si tunc absoluatur, non magis alio vnquam loco possit condemnari dummodo abstineat se ab eo loco in quem collata solutio est. Alioqui tollis actori actionem dum reo vis reseruare optionem *dict. §. Scæuola in fin.* Sed tamen in ipsa condemnatione interdum id agere iudex debet, vt grauiorem eam faciat, id est in maiorem quantitatem eum condemnet, quàm quæ sit in obligatione, Nempe si per eum steterit ne suo loco soluat, Interdum vero vt faciat leuiorem, puta si intersit rei qui nondum fuerit ipse in mora. Idque est quod ait Vlpianus *in dict. lege 2. in principibus* arbitrariam actionem vtriusque vtilitatem continere tam actoris quàm rei. Quòd si rei interest, minoris fieri pecuniæ condemnationem, quam intentatum est, Aut si actoris, fieri maioris.

ERROR II.

De eo quod Africanus scribit in l. centum 8. De eo quod cert. loc. rationem æstimationis arbitrio iudicis committi.

ITemque quod Africanus *in l. centum Capua 8. eodem titul.* in hac arbitraria actione tanti litem æstimari quanti vel promissoris vel actoris interfuerit, posséque ex promissoris mora ipsius obligationem augeri, non etiam fideiussoris. Denique circa executionem obligationis pecuniæ creditæ rationem æstimationis arbitrio iudicis, committi. Sensus est, In cæteris actionibus, non dico arbitrariis, sed ex stipulatione competentibus, quæ omnes sui natura strictæ sunt, nulla penitus præter hanc arbitraria, sic obseruari ex iuris ratione vt iudex promissorem condemnare debeat præcisè ad eam ipsam quantitatem quæ deducta est in stipulationem, ita vt neque addere quicquam possit, neque detrahere *vulg. l. quicquid adstringendæ 98. De verbor. obligat.* Ideò namque dicitur stipulatio contractus strictus & actio quæ ex stipulatione nascitur, stricti iuris, quia nullam æquitatis, nullam arbitrij rationem admittit *l. quia tantumdem 7. De neg. gest.* At in actione arbitraria De eo quod certo loco quæ potissimum ob stipulationes inducta est. *d. l. 1. & 2. §. 1. de eo quod cert. loc.* licèt ex testamento quoque locum habet *l. si hæres 5. eod.* nulla certa quantitas continetur, quæ in condemnationem præcise ac omnimodo deducenda sit. Sed totum iudicis arbitrio relinquitur, ad cuius officium pertinet vt æstimet quanti intersit actoris vt ea quantitate adiecta obligationi augeat condemnationem si per reum factum sit ne destinato loco soluerit, Aut quāti intersit rei si alio loco ante morā conueniatur vt eo detracto condemnet quidem reum, sed in minorem quantitatem quàm quæ ea stipulatione debeatur. Proinde si stipulatio fuit centum aureorum, condemnabit reum iudex datus in actione arbitraria nunc ad maiorem, nunc ad minorem quantitatem, Nunquam ad centum præcisè, quia fieri nunquam potest vt non alterutrius intersit solui suo loco potiùs quàm alio, neque rursum vt ratio haberi non debeat eius vtilitatis. Nec rursus fieri potest, vt in hoc iudicio iudex condemnet reum ad quantitatem debitam, ac præterea in id omne quod intererit actoris si mora per reum facta sit. Nulla enim ratio est rei condemnandi ad soluendum alio loco, quàm in quo debet nisi confugiat ad rationem æquitatis: quæ porrò non patitur vt liberari reus debeat condemnatione & præstatione quantitatis debitæ, sed exigit potiùs vt augeatur obligatio per adiectionem eius, quod interest stipulatoris: Quemadmodum ex contrario si nulla rei mora & culpa fuerit, nulla ratio est condemnandi eius ad totam quantitatem ex stipulatione debitam. Nec si pariter, eâdémque sententia velit iudex actorem in id omnes condemnare quod intersit rei alio loco conueniri quàm in quo solui oportuit. Cur enim condemnetur ad soluendum in eo loco in quo nihil debet soluere, quin vtilitatis eius ratio habeatur? Aut quomodo eius vtilitatis ratio haberi potest, quin debitor in minorem quàm quæ debita est quantitatem condemnatur An non ipsius interest non soluere potiùs quàm solutum repetere *vulg. l. 3. De compens. leg. si stipulatus 15. D. de fideiuss.* Itaque nec ita iudex pronunciare potest vt condemnet reum ad quantitatem debitam, detracto tamen quanti eius interesse posteà apparebit. Debet enim ipse per suam sententiam litem æstimare, ac proinde an & quatenus rei intersit cognoscere & post factam taxationem, illam ipsam quantitatem quæ taxata est in condemnationem deducere, vt *in l. si traditio 4. Cod. de action. empt.* Non condemnando actorem ad eam quantitatem qua sit æstimatum id quod interest debitoris, sed tantò minùs condemnando debitorem, puta ad sexaginta si debebat centum, ipsiusque interfuerit in quadraginta. Quòd si nihil intersit iam actoris nisi actione loci, puta quòd adiecto solutionis causa alibi solutum sit vt in eleganti specie, de qua *in dict. §. Idem Iulianus* solùm id quod interest petendum erit, & deducendum in condemnationem vt eo loco Vlpianus concludit. Quare non vt in cæteris arbitrariis iudex quicquam arbitratur ante latam sententiam, sed arbitratur tunc cùm profert sententiam, nec tam quid actor aut reus faciendum habeat, quàm quid ipse pronunciādum, ac posteà exequendum. In summa nihil deducit in condemnationem nisi quòd arbitratur ex æquitate præstare debere discussa diligenter facti questione, quæ in eo primùm versatur. An & per quem ex contrahentibus mora facta sit. Deinde an & quatenus intersit eius cui alioquin per actionem arbitrariam iniuria nonnulla fieri videtur.

Consistunt

Consistunt enim omnia hæc in facto magis quàm in iure *l. mora 32. D. de vsur. l. vlt. De prætor. stipulat. l. quatenus 24. De regul. iur.* Et idcirco pertinent ad quæstiones quæ fuot De bono & æquo in quibus maior æquitatis quàm iuris ratio haberi debet ne sub authoritate iuris scientiæ quod sæpe fit perniciosè erretur *l. si seruum 91. §. sequitur De verbor. oblig.* Quò respiciens Vlp. *in l. quod si Ephesi 4. De eo quod cert. loc.* ait eleganter, & generaliter, Æquitatem ante oculos habere semper iudicem qui huic actioni addictus est. Ex quo infert quòd iis quæ hucusque diximus necessariò subiiciendum est, Interdum iudicem qui ex huiusmodi actione cognoscit, cù sit illa arbitraria absoluere rem debere, Sed cautione, inquit, ab eo exacta de pecunia ibi soluenda vbi promissa est. Quid enim si ibi vel oblata actori pecunia dicatur, vel deposita, vel ex facili soluenda? Nónne, inquit, debebit interdum absoluere Ita sanè est, quoniam hoc suadet æquitas: Sed tamen hoc quoque casu non erit tale arbitrium iudicis quale in cæteris arbitrariis. Nam in cæteris arbitrariis ita quidem obtinet, vt si arbitrio parebitur, absolutio sequatur. Sed arbitrium tale esse solet, ac debet vt actori plenissimè satisfiat, si fieri possit (quis enim vir bonus non sic arbitraretur?) Ideóque si reus non satisfiat grauiùs per sententiam condemnatur. At in arbitraria De eo quod certo loco, reus à quo nihil nisi solutio petitur, priùs absoluitur quàm soluerit, quia nec æquitas patitur, vt iudex arbitrari debeat solutionem ab eo faciendam esse in eo loco in quo conuenitur, cùm eam suo loco obtulerit ad eóque deposuerit obsignatam, Aut si facilius in loco destinato pecuniam explicare possit aut conquirere. Tantúmque abest vt his casibus reum cōdemnari æquum sit, vt si eo loco sententiam ad condemnationem accipere paratus esset, vtique in minorem quantitatem condemnari debeset, quàm quæ ab eo esset debita, Deducto scilicet, vt diximus, quanti eius interesset ob id quòd alio loco quàm destinato conueniretur. Igitur si paratus sit cauere de pecunia ibi soluenda sine diminutione vbi promissa est (nam vt inuitus iubeatur cauere si malit soluere detracta vtilitate loci certè dici non potest) vtique audiri debet, Non quasi ea cautio pro solutione, vel satisfactione sit, sed quia æquitas non patiatur, vt ad aliud condemnetur. Imò nec ad præstandam cautionem, quia quod cauere iubetur per arbitrium fit & ad ipsius postulationem non per condemnationem. Alioqui quomodo absolui posteà posse qui iam condemnatus fuisset? Quid ergo si cauere iussus noluerit parêre? Condemnandus erit non absoluendus, sed non ob hoc ipsum condemnandus, quòd parêre noluerit, at potiùs quia debet vtilique arbitraria conueniri vbique poruit vt solueret, Ideóque non in maiorem quàm ab eo debitam quantitatem condemnatur vt in aliis arbitrariis eueniret, sed in minorem deducto scilicet eo quòd ipsius debitoris cōdemnati per quem mora nulla facta fuisset, Interesset. Nihil igitur simile aut commune habet actio hæc cum cæteris arbitrariis, siue pareatur, & siue sequatur absolutio siue condemnatio. Dixi *in casibus quibus arbitrio locus esse potest*. quia extra casus illos de quibus *in dict l. 4.* vix est vt arbitrio quid absolutionem vel condemnationem præcedere debeat, locus esse possit, Quod satis significat Vlpianus, cùm ait interdum posse iudicem in hac actione absoluere debitorem. Et rursum his quoque casibus quos enumerat posse absoluere non semper, sed interdum, Nempe si paratus sit debitor cauere de pecunia ibi soluenda vbi promissa est: Cautionem enim his casibus exigit iudex nec fortasse per modum arbitrij præcedentis (nihil enim tale fateri nos cogunt verba illa Vlpiani *cautione ab eo exacta*) sed per officium suum ita iubendo aut ad postulationem & oblationem ipsius debitoris cui sit commodius ibi cauere vbi conuenitur, quàm soluere, aut ex sola æquitate iudicij, vt euenit in iudicialibus omnibus stipulationibus quæ sic dictæ sunt, quòd iudicis officio non arbitrio interponantur *leg. stipulationum 5. De verbor. oblig.* & apud Iustinianum *tit. De diuis. stipul* & quibus locus est etiam in arbitrariis iudiciis post arbitrium quoque & tunc cùm ob id quòd arbitrio paritum non sit, cogitur iudex venire ad condemnationem vt *in l. hac si res 47. l. is à quo 57 & pass. D. de rei vindicat. l. item si cùm 14. quid si homo D. quod met. caus.* Ac sanè in toto illo *tit. De eo quod cert. loc.* arbitrij illius præcedentis ex quo cæteriæ arbitrariæ æstimantur nusquam mentionem fieri video, sed tantùm officij iudicis, & arbitrij quod in ipsa condemnatione non ante condemnationem interuenire necesse sit *l. 2. §. nunc de officio l. 2. dict. l. 4. centum Capuæ 8 ill. tit.* Vtcunque sit, etiamsi admittas cautionem istam interponi arbitrio illo iudicis, quod debeat præcedere absolutionem, nunquam verò condemnationem, non erit arbitrium De soluendo aut aliter satisfaciendo, quale est & esse debet in aliis arbitrariis, sed tantùm de cauendo, Cui arbitrio si non pareatur, sequitur quidem condemnatio, sed non grauior quàm si arbitrium nullum præcessisset nec proinde ob id quòd arbitrio non sit obtemperatum, sed quoniam actionis ipsius natura ita postulet, vt iam diximus. Ex quo apparet tantò clariùs non interponi hanc cautionem per modum arbitrij præcedētis, sed mero iudicis officio æquitatē ante oculos habentis. Nec proinde posse hác actionē dici arbitrariā eo sensu, quo aliæ arbitrariæ dicuntur, quod ex arbitrio pēdeat. Sed quòd arbitrio iudicis fiat in ea condemnatio, quod in aliis ita est, Neque verò æstimantur arbitrariæ actiones vt nec cæteræ actionum species ex absolutione sed ex condemnatione, quoniam & in omnibus actionum formulis condemnationis tantùm mentio fit, non etiam absolutionis. Ideóque Iustinian. *in § præterea De action.* arbitrarias actiones ait esse non illas in quibus si arbitrio iudicis satisfiat sequi debeat absolutio, sed in quibus nisi is cum quo agitur arbitrio iudicis satisfiat, sequi debeat condemnatio.

ERROR III.

De formula quàm adstruunt actionis arbitrariæ De eo quod certo loco.

Pergibamus ad cæteras actiones arbitrarias tam ciuiles, quàm Prætorias. Sed vt in hac De eo quod certo loco, quæ specialiori nomine arbitraria dicitur & elegantiorem tractatum habet, diutiùs immorandum nobis sit faciunt errores nostrorum interpretum & veterum & recentiorum à nobis explodendi vt ex iuris ratione omnia quæ ad actionem pertinent benè intelligantur Primus ille est qui circa huius actionis formulam consistit. Sic enim eam illi adstruunt. *Si paret Titium Maeuio centum aureos Capuæ dare oportere neque ea pecunia arbitrio tuo soluatur aut eo nomine satisfiat, condemna eum.* Hoc verò quàm falsum sit intelligitur satis ex iis quæ superiore capite sunt à nobis disputata: Vbi ostendimus in hac specie actionis arbitrariæ nullum præcedere arbitrium iudicis de pecunia vel mercede soluenda vt posteà sequi possit absolutio si pareatur arbitrio, vel condemnatio, si non pareatur, quemadmodum euenit in aliis actionibus arbitrariis: Sed rectè deueniri ad condemnationem non minùs quàm si actione stricta ageretur, & pura intentione, vt loquitur Iustinian. *In §. plus autem De act.* Nisi quòd in actione stricta, & directa ex stipulatio-

condemnare, sed interdum absoluere illum possit & debeat, vt in casu *l. quod si Ephesi 4. §. 1. De eo quod cert.loc.* de cuius sententia iam scripsimus. Atque hæc vna certe ratio est propter quam hæc actio speciali nomine & per emphasim arbitraria vocatur, Nempe quòd in ea fiat sententia & condemnatio arbitrio iudicis, non etiam in cæteris. In quibus permittitur quidem iudici ex bono & æquo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat vt Iustinianus loquitur *in §. præterea De action.* Sed hoc per arbitrium quod præcedit sententiam & condemnationem at non per condemnationem ipsam. Quæ scilicet in cæteris omnibus actionibus arbitrariis certa constituta est vel à lege vel ex edicto Prætoris, vel ex authoritate prudentum, nunquam verò iudicis arbitrio relicta. Esset enim id sanè nimis periculosum cùm in pœnam neglecti arbitrij condemnatio grauior irroganda sit, quàm verisimile est officium iudicem plus æquo grauem inflicturum esse, si arbitrio eius condemnationis quantitas committeretur. At neque in actione arbitraria De eo quod certo loco tale arbitrium iudici permittendum vnquam fuisset, nisi actionis necessitas & æquitas hoc ius vel ab inuito propemodum Prætore extorsisset. Quanquam verendum non fuit, ne seuerior esset iudex in irroganda pœna ob offensam neglecti arbitrij, quod in actione ista nullum, vt diximus, intercedit. Nec rursus adeò vagatur arbitrium iudicis in hac actione, cùm restringendum sit ad id quod reus aut etiam interdum actor probat sua interesse ratione loci. Vnde fit vt quamuis pro pecunia debita non soleat præstari id quod interest ne facilè res eat in infinitum, aliud tamen sit cùm certo loco dari pecunia debuit, quia coarctatum est hoc casu ad circumstantiam loci *dict. l. 3 de eo quod cert. loc. & l. nummis 3. D. de in l. t. ...* Sanè quod recentiores volunt defendi non potest, Dictam esse hanc actionem arbitrariam simpliciter & per emphasim quòd in ea plures æquitatis partes iudex sustineat quàm in aliis in quibus remoto, inquiunt, arbitrio ante sententiam quicquid ipsius actionis & iudicij est, strictum est. Quam in sententiam mouentur ex eo errore quòd putant iudicem huic actioni additum statim & iam ante sententiam æquitatis partes suscipere propter permissum sibi arbitrium. Nec prius iudicare ex formula, quàm res exitum habere per arbitrij viam non possit. Quæ omnia falsa sunt: Nullæ enim sunt partes iudicis vt quicquam ex æquitate decernat in actione ista ante sententiam, sed tantùm vt de facto cognoscat & inquirat per quem ex contrahentibus fiat ne solutio suo loco petatur, Et deinde an & quatenus intersit eius per quem nihil contra legem stipulationis factum est. Tum ergo incipit partes æquitatis sustinere cùm pronunciat, siue absoluendo reum exacta ab eo cautione de soluenda ibi pecunia vbi promissa est si fortè iustam ille causam afferat ob quam non sit æquum cogi eum alibi soluere, vt in *dict. l. quod si Ephesi 4. §. 1.* Siue condemnando eum detracta loci in quo solui debuit vtilitate. Non ergo plures æquitatis partes in actione ista sustinet quàm in cæteris arbitrariis, sed tardiùs æquitatem spectat, In ipsa videlicet ferenda sententia, cùm in aliis actionibus arbitrariis spectare illam deberet in ferendo arbitrio quod præcedere debet rem iudicatam. Sed neque verum est quod aiunt, in aliis arbitrariis remoto arbitrio quod præcedit sententiam quicquid ipsius actionis & iudicij est magis strictum esse quàm in arbitraria De eo quod certo loco. Nam vel ob hoc maximè comparata est actio hæc arbitraria, quòd actio ex stipulatu sua natura esset stricta, nec pati posset vt alio loco res cunueniretur, quàm in quo soluere promisisset. Tolle igitur æquitatem & arbitrium iudicis, si fieri potest vt tollas, remanente actione. Nihil supererit quod strictum non sit. Longèque veriùs quàm in cæteris actionibus arbitrariis, quæ nulla certè sui parte strictæ sunt, vt vulgo malè creditur, sed ab initio & semper arbitrariæ, A quibus non video qua arte vel fictione possis arbitrium separare quin desinant non solùm arbitrariæ, sed etiam actiones esse cùm totæ ex arbitrio pendeant tanquam a propria substantia *dict. §. præterea De action.* Neque rursus verum est in aliis arbitrariis etiam remoto arbitrio quicquid actionis & iudicij est strictum esse. Quænam enim latior & laxior condemnatio esse potest quàm si condemnetur reus per sententiam post arbitrium latam quanti actor in litem iurauerit, & quidem sine vlla taxatione? Atqui iam olim id eueniebat in rei vindicatione *l. eius rei 46. & sequent. D. de rei vindication. l. vltim. D. de fideiuss.* euenitque hodie in omnibus arbitrariis si dolo malo recuset possessor arbitrio parere & rem restituere, Postquam ita Triboniano visum est sub Vlpiani nomine *in l. qui restituere 68. De rei vindic.* Contra verò in arbitraria De eo quod certo loco si remoueas arbitrium iudicis, remanebit actio stricta, nec fieri poterit vt iudex quicquam adijciat vel detrahat summæ debitæ, non magis quàm si eo ipso in loco in quo fieri solutio debuit, peteretur *dict. l. quod si Ephesi in princ.* Sed hæc quoque suppositio de impossibili est, quia non possis arbitrium iudicis ex actione ista tollere quin actionem destruas, Et ex arbitraria atque vtili facias directam, cui locus nullus esse poterit ad petendam pecuniam alio loco, quàm in quem destinata solutio fuit. Agi enim hîc nisi ex stipulatione non potest, neque rursus ex stipulatione nisi ad eum modum qui stipulationis verbis præscriptus est *l. 1. De eo quod cert. loc.*

ERROR V.

De causis ex quibus datur arbitraria De eo quod certo loco.

Vulgo traditum est, Dari hanc actionem arbitrariam De eo quod certo loco ex strictis caosis, stipulationis, testamenti, mutui, & constituti. *Ex l. 1. 5. & 6. D. de eo quod cert. loc. l. si duo 16. §. 1. D. de pecun. const.* Videamus an hoc verum sit. Et quidem quod aiont competere, illam ex causis strictis, si sic intelligunt vt bonæ fidei iudicia excludant, bene sentiunt. Extat enim Pauli sententia *in l. in bonæ fidei 7. ult. tit. De eo quod cert. loc.* In bonæ fidei iudiciis etiamsi conuenit in contrahendo, vt certo loco quid præstetur, exempto vel vendito, vel depositi actionem competere non arbitrariam. Eiúsque iuris euidens ratio illa est, quia in bonæ fidei iudiciis permittitur arbitrio iudicis æstimare omnia ex bona fide ob verba illa aurea *ex bona fide*, quæ in formula huiusmodi actionum semper addebantur *§. in bonæ fidei Inst. de act. l. quia tantundem 7. D. de neg. gest. l. 1. de vsur.* Bona fides autem non patitur, vt quod certo loco dari fieriue promissum est, ob id minùs præstari debeat, quòd ad illum locum accedere debitor nunquam velit, siue data opera id

d-faciat in quo insignis quædam mala fides & perfidia elucet, æquitate iudicij haud dubiè vindicanda, siue aliis negotiis districtus impediatur, ne ad locum destinatum venire possit. Planè si certo loco rem venditam traditurum se emptori venditor per stipulationem promiserit, actio arbitraria necessaria erit, vt Paulus subiicit *in d. l. in bonæ fidei*. Nempe, quoniam eo casu per stipulationem nouatur empti actio, quantum ad id quod in stipulationem venire potest, cùm soleret olim eiusmodi stipulatio interponi animo nouandi *l. 3. paragrapho primo, D. de act. empt. leg. quarta, in princip. D. de vsur.* ac proinde sublata actione ex empto, necesse est agi ex stipulatione, quæ actio licèt pendeat & proficiscatur ex negotio bonæ fidei, semper stricta est. Ideóque nec agi ex ea potest alio loco quàm in quem stipulatus emptor fuit nisi arbitraria *lege prima, De eo quod cert. loc.* Isque Pauli sensus est *in d. l. in bona fidei vers. si tamen*, non ille quem quidam notant vt monere Paulus velit nihil hac parte inter dandi & faciendi obligationes interesse. Quod neque verum est si adeò generaliter intelligatur. Cùm is qui certo loco insulam fieri promisit, si eam alibi fecerit, in nihilum liberetur, nisi consentiente stipulatore fecerit, *l. 2. paragrapho idem Iulianus eodem titul.* vbi addit Vlpianus summæ solutionem hac in re multum distare à fabrica insulæ. Neque ad Pauli mentem vllomodo pertinet, qui nihil aliud agit, nisi vt ostendat quantum intersit an agatur ad rem tradendam actione ex empto, an ex stipulatione quamuis interposita ob causam emptionis. Tractat autem de stipulatione *Rem tradi* non *Rem dari*, quia tradere tantùm venditor tenetur, non rem dare, *dicta lege tertia in princip.* iunct. *l. 1. l. ex empto 11. §. & in primis D. de action. empt.* cùm dandi verbo translatio dominij significetur *l. vbi autem 75 paragrapho vltimo, D. de verb. oblig.* Sed quòd putant omnes interpretes, Dari actionem arbitrariam ex omnibus causis strictis, hoc verò falsum est. Datur enim ex sola stipulatione, vt non obscurè docet Vlpianus *in dict. l. 2. paragrapho primo*, cùm ait hanc actionem ex illa stipulatione venire vbi stipulatus sum à te *Ephesi decem dari*. Itémque Caius *in l. 1. eodem*, cùm hanc rationem reddit propter quam inducenda fuit necessariò vtilis actio arbitraria De eo quod certo loco, Quia, inquit, alio loco quàm in quem sibi dari quisque stipulatus esset non videbatur agendi facultas competere. Nec quòd condictio certi ex mutuo perinde stricta sit; atque condictio certi ex stipulatione aut actio alia quælibet ex stipulatu, facere debet vt perinde fateri necesse sit esse illam arbitrariam. Ratio enim diuersitatis euidens illa est quam pluribus explicauimus *in Error. 4. Decad. 84.* quòd condictio certi ex mutuo nascitur ex sola numeratione, non etiam ex pacto, quod numerationi additum sit de merce illa numerata certo loco reddenda, Adeò vt neque possit extendi condictio certi ex mutuo ad id quod pacto est comprehensum, In quo strictior est, quàm condictio certi ex stipulatione, cùm stipulationi, quæ nihil nisi consensum & verba exigit, possint inesse pacta incontinenti apposita etiam ad producendam, formandam, reformandámque actionem ex stipulatione competentem *vulg. l. lecta 40. De rebus credit.* Ergo sicuti non eò minùs verum est numeratam tibi à me fuisse mercem Romæ, quamuis Capuam tu nunquam velis, vbi merx reddi ex pacto d-[illegible] et. Ita fatendum est perinde posse me eam mercem Romæ petere, ac si Romæ solui deberet, neque [illegible] tibi in eam re in opus esse arbitraria, cùm sufficiat condictio certi ex mutuo directa, In qua non minùs loci ratio habebitur, quàm si arbitraria ageretur, siue pluris ea merx sit Romæ quam Capuæ, siue minoris. Nam cum certi condictio quælibet, id est siue ex mutuo sit, siue ex stipulatione, siue ex alia qualibet causa non detur nisi ad certam pecuniam numeratam *leg. 1. D. de condict. tritic.* ob idque in ea actione semper lis æstimanda sit, vt certa quantitas pecuniæ non res ipsa quæ apud Prætorem petita fuit, in condemnationem deducatur. Apparet manifestè loci quoque rationem haberi commodè posse per iudicem, Scilicet æstimando petitam mercem quanti fuit tempore litis contestatæ, non in eo loco in quo petita est, sed in eo vbi reddi debuit. Sic enim æstimationem ineundam esse prudentes omnes consenserunt, vt constat *ex l. vinum 22. D. de reb. cred. l. vltim. De condict. tritic. l. idem erit 60. D. de verb. oblig.* Quas leges manifestum est loqui de condictione certi ex mutuo, non de actione arbitraria. Cùm tractent etiam casus illos quibus siue purè siue in diem certum reddi merx debuerit. Quibus tamen casibus, nemo dixerit, si vnum Cuiacium & Cuiacianos excipias, posse actionem esse arbitrariam. Ita verò fit vt neque reus neque actor iure conqueri possit, non haberi rationem loci, si alio loco merx petatur, quàm in quo reddi debuit, cùm maior loci ratio haberi non possit, quàm si eius loci æstimatio sumatur. Dices, Imò verò posse & rei & interdum ipsius quoque actoris interesse eam mercis æstimationem qoæ Capuæ est, Capuæ soluere aut accipere potiùs quàm Romæ, si fortè reus paratam habuit pecuniam Capuæ quam Romæ non habuit, *vt in l. quod si Ephesi 4. §. 1. De eo quod cert. loc.* Aut si actor Capuæ pecuniam debuerit sub pœna, aut sub pignoribus quæ subinde distracta sint *vt in l. 2. §. vltim. eod.* Non posse igitur plenissime siue actori siue reo satisfieri vt vtrique vtilitas loci conseruetur per condictionem certi ex mutuo, nec aliter quàm per arbitrariam actionem. Respondeo, sane necesse vt in certi condictione qualis illa sit, hoc est, siue mutuo, siue ex stipulatione, nulla possit haberi ratio vtilitatis, id est eius quod interest, siue actoris, siue rei ob loci adiectionem extra [illegible] debitæ æstimationem, quàm dixi iam ex comparatione illius loci in quo dari debuit, esse ineundam. Sed negomirum hoc aut absurdum videri debere, cùm ea condictio semper sit stricti iuris, nunquam bonæ fidei, nunquam arbitraria. In actionibus autem strictis omnibus generale ac perpetuum sit, vt eius quod interest ratio nulla habeatur, si excipias stipulationes prætorias quæ & ex Prætoris mente interpretationem accipiunt, & plerunque *quanti res est*, id est eius quod interest promissionem habent *lege vltima, De prætor. stipulat. l. quoties quis alium 81. De verb. oblig.* Sed neque excipi huiusmodi stipulationes debuerunt. Tractamus enim de eo quod interest, non quòd sit in obligatione vt in stipulationibus prætoriis, sed quòd sit in obligationis accessione, quale illud est quod in actionibus bonæ fidei & ex testamento deberi præstarique solet ex mora. Nullæ enim accessiones debentur ex iudicio stricti iuris, præterquam fructus, quos placuit officio iudicis venire in condemnationem post litem contestatam si ea res petatur, quæ fuerit aliquando actoris quia sunt accessiones naturales non ciuiles *l. indeb. 15. De cond. indeb. l. videamus 38. §. si actionem D. de vsur.* Sibi ergo imputet actor qui mercem crediturus Romæ reddendam sibi Capuæ maluit habere debitorem obligatum ex mutuo quàm ex stipulatione. Nam si cogitabat

cogitabat de consequendo eo quòd sua intereffet si Capuæ non solueretur, debebat non solùm mutuum Romæ mercem dare, sed etiam stipulari reddendam sibi eam Capuæ, vt facerer debitam ex stipulatione, potiùs quàm ex mutuo vt *in l. cum enim 6. iunct. §. 1. l. praced. D. de nouat.* atque ita induceret necessitatem actionis arbitrariæ, per quam haud dubiè potuisset consequi quanti sua interfuisset. Id verò cùm non fecerit, boni consulere debet, quòd adiecti tamen loci ratio habeatur in æstimanda merce alibi petita, licèt nihil præterea in vicem eius quod sua interest consequatur. Ex parte verò debitoris si aliquam ipse quoque loci vtilitatem velit obtendere, caussatus fortasse non fuisse se ab eo creditore mutuam acceptutum mercem si non conuenisset de ea Capuæ potiùs quàm Romæ reddenda. Est etiam quod ei respondere possimos, satis magnam eum ex loci adiectione vtilitatem cepisse in eo quòd æstimata sit merx, non quanti fuit Romæ vbi petita est, sed quanti fuit Capuæ: Quòd si quid aliud prætereà sua interesse putaret, Capuæ potiùs quàm Romæ soluere, imputare sibi eum debere cur iudicio stricto se obligasset potiùs quàm arbitrario, id est cur non cutasset vt per stipulationem potiùs quàm ex sola numeratione obligaretur, vt haberet actor necessariò agendum arbitraria, quæ loci rationem maximè pro rei vtilitate habendam esse suasisset. Cur enim conqueratur & indignetur, non præstari ei quòd ipsius interest ex actione stricta, ex qua nec actori ob eandem rationem præstatetur?

ERROR VI.

Quæ potissima fuerit ratio inducendæ actionis arbitrariæ De eo quod certo loco. Et ad l. hares absens 19. §. vlt. D. de iudic.

ET verò non illa potissimùm ratione comparata est actio arbitraria De eo quod certo loco, vt vel actoris vel rei indemnitati plenissimè consuleretur, sed ne actor sibi fœx iacturam incurreret, si nullo ei loco alio quàm in quem collata solutio esset, agere permitteretur. Quod cùm non nisi ex æquitate inductum sit, fateor eadem quoque æquitatis ratione debuisse prospici indemnitati vtriusque contrahentium ac potissimùm debitoris, cui grauior sit iniuria si inuito ei nulla ipsius mora culpáque præcedente loci vtilitas auferatur, quam actor sibi præripit volens & lubens. Quid enim cogit eum alio loco experiri? Nisi quòd ipsi quoque parcendum & succurrendum est, nolenti actionem suam differre in id vsque tempus quo velit debitor venire in locum solutioni destinatum, quod fortasse nunquam facturus sit. Sed his omnibus æquitatis rationibus tunc locus esse potest & debet cùm agitur arbitraria, At non etiam vt inducere debeant necessitatem æquitatémque actionis arbitrariæ ob id solum quòd alio loco res petatur, quàm in quo solui debuit, si nulla sit alia ratio ex parte actoris quæ inducat ex necessitate vtilem arbitrariam, id est si qua competat actori ad suum consequendum actio directa: quomodo sanè competit certi condictio ex mutuo ad mercem Romæ petendam, quæ Capuæ solui debuerat. Húcque pertinere videtur, quod Vlpianus noster scribit in *l. heres absens 19. §. vlt. D. de iudic.* eum qui ita fuit obligatus vt in Italia solueret, si in prouincia domicilium habuit vtrobique conueniri posse & hic & ibi, idque & Iuliano & multis aliis videri. Quid enim hoc aliud est, quàm dicere, Nullam hoc casu necessitatem subesse, aut vtilitatem inducendæ actionis arbitrariæ. Quippe cui nunquam locus est, nisi cùm periculum est, ne actionem suam amittat ac si alio quàm destinato loco agere prohibeatur. Atqui tale periculum nullum est, quoties in loco domicilij conueniri debitor potest, in quo scilicet fieri nequit vt non inueniatur, cùm domicilij locus non alius sit, quàm in quo lares quisque fouet, ac fortunarum rerúmque suarum omnium summam constituit, vnde rursus non sit discessurus si nihil auocet, vnde cùm profectus est peregrinari videatur, & quò si redierit, peregrinari iam destiterit, vt loquuntur Imperatores *in l. ciues 7. Cod. de incol. & vbi quis domicil. hab. vid lib. 10. tit. 39.* Quòd si etiam in loco domicilij debitor latitet, vt plerumque fit, expedita nihilominùs creditori via est ad suum consequendum, petita ex Prætoris edicto missione in possessionem & venditione bonorum debitoris, si latitare perseueret, nec à quodam defendatur: quæ ordinaria sunt iuris prætorij remedia aduersus latitantes, qui se in ius vocati non patiuntur, ne qua possit sequi litis contestatio, nec proinde vlla post contestationem formulæ & actionis impetratio *tot. titul. D. quibus ex caus. in poss. eat. & De reb. author. indic. possid. seu venund.* Quoties ergo legimus eum qui sic obligatus fuit vt certo loco & alio quàm domicilij solueret, etiam in domicilio conueniri posse, vt *in dicta l. heres absens § vltim.* Toties fatendum est cessare arbitrariam actionem, nec nisi directæ locum esse. Atqui non potest ea Vlpiani sententia locum habere, si iis qui domicilium habuit in prouincia promiserit stipulanti soluere in Italia. Tunc enim constat inter prudentes necessariam esse arbitrariam De eo quod certo loco: Quæ si hoc casu non esset necessaria, nec alio esset prorsus vllo. Neque verò aliam Iuliani sententiam fuisse putandum est, cuius authoritate Vlpianus nititur, cùm edicti perpetui compositor fuerit Iulianus, qui inter cæteras edicti partes hanc quoque non omisit, quæ actionem illam arbitrariam proponit De eo quod certo loco, & de qua tam multa idem Vlpianus ex ipso etiam Iuliano *in l. secunda, & pass. ill. tit.* Multò minùs dici potest intelligendam esse Vlpiani sententiam de eo qui ex bonæ fidei contractu obligatus in prouincia fuit vt in Italia solueret. Is enim non tantùm vtrobique conueniri potest, sed etiam vbique, id est quocunque loco inueniatur, Ex natura iudiciorum omnium bonæ fidei haud aliter quàm si arbitraria actione conueniretur. Sic namque accipio quod Paulus scribit *in dicta lege in bona fidei*, Alioqui fatendum esset commodiorem fore actionem arbitrariam De eo quod certo loco quàm actionem bonæ fidei, si ex hac non nisi vtrobique, id est vel in loco domicilij vel in eo qui solutioni destinatus est solui posset, in arbitraria verò vbique posset. Quod tamen absurdum esset. Cùm tantum possit arbitrium iudicis & æquitas actionis in iudicio bonæ fidei quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio *d. l. quia tantundem 7. D. negot. gest. l. vltim. D. rem pupill. saln. for.* Relinquitur ergo vt supradicta Vlpiani sententia ad eum restringi debeat qui fuerit obligatus ex contractu stricti iuris, alio tamen quàm stipulatione. Nam interposita stipula-

tione De soluendo in loco certo, frustra esset quærere an vtrobique posset conueniri qui posset vbique per arbitrariam. Consequens igitur est vt putauerit Vlpianus, Ex pacto adiecto in quolibet contractu mutui vt soluatur certo loco, non fieri actionem arbitrariam. Nisi fortè putamus, Etiam ex actione arbitraria non nisi vtrobique conueniri debitorem posse, id est vel in loco solutioni destinato vel in loco domicilij, Quæ fuit Accursij sententia ab antiquis omnibus excepto Bartolo approbata *in d. l. 1. de eo quod cert. loc.* Falsa tamen & ob id iamiam à nobis explodenda.

ERROR VII.

De actione arbitraria, an vtrobique, an vbique exercenda. Et ad l. si quis legationis 8. D. de iudic. l. 5. §. 1. De constit. pecun.

FEcit ille Vlpiani locus de quo proximè diximus *in l. heres absens 19. §. vltim. D. de iudic.* non solum vt dubitauerint interpretes, An qui certo loco soluere etiam per stipulationē promisit possit vbique locorum conueniri, An verò vtrobique tantum, id est, vel in loco domicilij, vel in eo qui solutioni destinatus fuit, sed etiam quod mirabilius est, vt frequentiore calculo crediderit, Quod tam multis locis scriptum est posse quocunque loco conueniri eum qui certo loco dare promisit, Ita esse accipiendum & restringendum, vt tamen idoneum locum esse oporteat *arg. l. vt gradatim 11. §. etsi lege. De mune. & honest.* Idoneum autem locum non alium esse volunt, quam eum qui sit domicilij, vel in quem destinata & collata solutio fuit, *ex dict. leg. heres absens paragrapho vltimo*, quem textum non aliter cum aliis conciliari posse crediderunt: Id enim est quod Accursius docet *ad l. 1. De eo quod cert. loc.* cuius sententiam à cæteris glossatoribus magis communiter receptam fuisse testatur Bartolus ibid. licèt contrariam Nicolai cuiusdam opinionem secutus, magis esse putet vt permittendum sit agenti arbitraria vbique locorum petere, Monetur *ex l. eum qui 43. De iudic.* vbi Papinianus scribit, Eum qui insulam Capuæ fieri certo tempore stipulatus est, eo finito posse quocunque loco agere in id quod interest. Item *ex l. qui loco 27. De condict. indeb.* vbi ait Paulus, si quis certo loco debere se existimans indebitum eo loco soluerit, posse illum quolibet loco repetere, Non enim, inquit, existimationem soluentis eadem species repetitionis sequitur. Postremò *ex l. si duo 16. paragrapho primo, De constit. pecun.* vbi scriptum est eum qui se certo loco soluturum se constituit, exemplo arbitrariæ actionis conueniri vbique posse. Et certè hic vnus locus omnium apertissimus est quo probari possit eum qui agit arbitraria, vbique agendi ius habere. Neque video quid hic cauillari aut Accursius, aut pro Accursio quisquam possit. Nam *vbique* accipere pro *vtrobique* perinde ridiculum est acsi *semper* pro *bis* dictum quis vellet. Nec quòd verba generalia recipere solent interpretationem ab habilitate & idoneitate subiecti vt vulgo iactatur *ex d. §. etsi lege, ad rem facit.* Omnis enim locus habilis & idoneus est ad conueniendum eum qui nullo certo loco dare promisit, dummodo ibi inueniatur vbi conuenitur. Nam & hoc necessario supponendum est, quoties legimus aliquem alicubi conueniatur. Alioqui non de conueniendo, & in ius vocando eo tractandum est, sed de bonis ipsius distrahendis, quoties latitat, nec à quoquam defenditur *leg. 2. & 3. De reb. author. iudic. possid.* vbi dicitur venire bona ibi oportere vbi quisque defendi debet, id est vbi domicilium habet aut vbi contraxerit. Ita tamen vt contraxisse vtique intelligatur, non in eo loco in quo negotium est, sed in quo soluenda est pecunia. In quo differentia illa elucet an persona quæ debet, an bona ipsius conueniantur, quòd cum persona quæ nullo certo loco dare debuit, quocunque loco inueniatur, conueniri in eo possit, bona tamen non vbi inueniuntur distrahi possunt, sed vbi defendi debeat is ad quem bona pertinent, Quia scilicet ius & conditionem personæ sequuntur, licet non ex alterius authoritate distractio bonorum fieri possit, quàm eius ad quem loci cura & iurisdictio pertinet *l. cùm vnus 12. §. penultim. eod. tit.* Nam quemadmodum quòd dicimus, eum qui purè aliquid debet nullo adiecto loco, posse inuito creditori vbique soluere *l. penult. D. eo quod cert. loc. l. qui Romæ 122. in princ. l. continuus 137. §. cùm ita De verb. oblig.* sic debet accipi, si modò in eo loco in quo soluere paratus est, inueniat creditorem aut alium qui solutionis pro creditore accipiendæ ius habeat, vt in specie *l. 2. §. idem Iulianus De eo quod cert. loc.* (quomodo enim solueret ei quem non inueniret?) ita & quod *in dict. l. si duo §. 1.* Vlpianus ait ex arbitraria actione vbique agi posse, sic haud dubiè accipiendum est, si is qui conueniendus est in eo loco reperiatur, Vt eadem hac parte sit ratio actionis, & solutionis. Nec enim putandum est eum qui arbitraria conuenitur sicut conueniri vbique repertus potest, ita & absentem quoque cogendum vbique se defendere. Quid enim posset iniquius dici? In ea præsertim actione quàm æquitas sola induxerit? Et verò qua fronte possit recusare debitor quominus in quolibet loco vbi repertus est, conueniatur, de ea re quam vbique debet, nec vllo certo loco? Aut quis vnquam ex prudentibus nostris scripsit alium non esse locum idoneum, quàm domicilij vel contractus? Fateor non debere aliis locis defendi debitorem ne bona ipsius distrahantur, nec rursus aliis locis posse fieri bonorum eius venditionem. Neque addo exceptionem, Nisi alio loco soluturum se promiserit, quia nec alio loco contraxisse quis intelligitur, quàm in quo vt solueret se obligauit *d. l. 3. de reb. author. iud. poss. l. contraxisse 21. De oblig. & act.* Sed dico non posse debitorem recusare, si nullo certo loco se soluturum promiserit, quominus vbicunque reperietur, & iudicium accipere & consequenter soluere cogatur. Soli ij excipiuntur qui priuilegium habent reuocandi domum, nec alibi etiamsi inueniatur, iudicium accipere compelluntur, puta Legatus qui Romæ est legationis causa. Hic enim quandiu legatione fungitur conueniri Romæ non potest, non solùm de eo quòd promisit dum esset adhuc in prouincia, sed neque de eo quod promisit Romæ pro debito in prouincia contracto *leg. si quis legationis 8. l. non alias vigesimaquarta, paragrapho sed si postulatur cum quatuor, legibus sequentibus, D. de iudic.* Ex quibus locis vt hoc obiter addamus, mirum videri posset quod quasi ex Ioliano scriptum ab Vlpiano legimus *in l. eum qui 5. §. primo, De constit. pecun.* Legatum Romæ constituentem quod in prouincia acceperat conueniri Romæ debere. Repugnare enim videtur iuris ratio sumpta ex priuilegio legationis, Sed & ipsius Iuliani authoritas qui præter cæteros omnes Iureconsultos

etiam

etiam contra Cassium, cuius alioqui scholam sequebatur indistinctè semper credidit denegandam Romæ actionem contra legatum, ne ab officio legationis suspecto auocaretur, vt Paulus refert *in d. § sed si postulatur.* Denique quod apud eundem Vlpianum sequitur *in d. l. 5. § 1. Sed etsi cùm non Romæ esset legatus, sed adhuc in prouincia constituerit se Romæ soluturum denegari in eum actionem De constituta.* Innuit enim hæc clausula sicut prioris sententiam ampliar, ita & in priore specie Iulianum eandem actionem aduersus legatum denegasse. Ideóque in præcedentibus putaut quidam legendum esse addita negatione, *putat conueniri* non *debere* huc sensu, vt abstinendum sit ab eo conueniendo. Alioqui scribendum fuisse *conueniri posse* non *debere*, quo verbo iuris necessitas quædam, potiùs quàm facultas significatur. Sed tamen probabilius est sic accipiendos, & conciliandos locos istos, vt Iulianus & Vlpianus *in d. l. 5. 1. de constit. pecun.* de eo legato sentiant qui non tantùm constituerit Romæ, quod in prouincia acceperat, sed etiam constituerit se soluturum idipsum Romæ, Caius verò *in d. l. si quis legationis*, de eo qui Romæ quidem constituerat se soluturum, sed simpliciter non addito loco Romæ, vt nos in Rationalibus nostris pluribus tractauimus ad illum locum. Nullum enim priuilegium habet legatus, si conueniatur Romæ ex contractu quem inierit in ipsa legatione *l. 2. § omnes autem l. cùm furiosus 39 §. 1. eodem titul. De iudic.* Extra hanc causam habet priuilegium, vt quamuis inueniatur Romæ, non tamen possit ibi conueniri.

ERROR VIII.

De sententia l. hæres absens 19. in princ. & l. eum qui insulam 43. D. de iudic.

Sicque accipio quod idem Vlpianus ait *in d. l. hæres absens in princip. eodem*, hæredem absentem ibi defendendum esse vbi defunctus domicilium habuit, si ibi inueniatur, nullóque suo priuilegio excusetur, vt intelligamus potiorem fore hoc casu priuilegij, quàm iuris communis rationem, Non quomodo Bartolus intelligit, qui putat hæredem vsque adeò sequi forum defuncti, vt nec vllum proprium priuilegium allegare possit. Quod certè falsum est. Nam etsi legatus adierit hæreditatem alicuam Romæ ipso etiam legationis tempore, constat tamen neque à creditoribus neque à legatariis conueniri eum posse quamdiu durat legatio *l. de eo 26. l. sed etsi 28. eod.* Neque de hoc aut Bartolus ipse, aut quisquam alius vnquam dubitasset si legisset *excusetur* pro *excusatur.* Quamquam ne hanc quidem literulam mutare necesse est, si modò articulum si qui præcedit, repetas vt duplex conditio requiratur ad conueniendum hæredem in eo loco in quo defunctus domicilium habuit. Prima est, si hæres ibi inueniatur, Altera si nullo proprio suo priuilegio excusatur. Extra hunc casum quo quis habeat priuilegium reuocandi domum, Dico posse conueniri quocunque loco inueniatur, eum qui purè, id est nullo certo loco soluere se obligauit. Licèt absens non debeat defendi in quocunque loco vbi inueniantur bona ipsius, sed tantùm in loco domicilij vel contractus *d. l. 1. 2. & 3. De reb. auth. iud. pos.* vel in domicilio defuncti si tanquam hæres vrgeatur, *d. l. hæres absens in princ. & l. si is qui Romæ 34. eod. tit. De iudic.* Quare ad rem non pertinet quod in contrarium obiicit Paulus Castrensis, & cæteri qui Accursij errorem sequuntur, Absurdum esse vt pluribus locis conueniatur is qui certo loco, quàm qui nullo dare promisit. Etsi enim hoc verum est, non æquè tamen illud quod iidem assumunt, Non posse vbique conueniri eum qui nullo adiecto loco se obligauit, sed tantùm vtrobique, id est vel in loco destinato, vel in loco domicilij: Nam imò verò potest conueniri quocunque loco vbi inuenietur, licèt non debeat quocunque loco se defendere. Sunt enim ista differentia, & facilius est vt quis conueniri aliquo loco possit, quàm vt in eo defendi debeat. Excepto casu illo *d. l. heres absens in princip.* id est cùm tractatur de hærede qui licèt absit, defendendus tamen ibi est, vbi defunctus domicilium habuit, quamuis non aliter conueniri possit in eo loco, quàm si in eo reperiatur. Quomodo enim conuenire illum possis quem non inuenias? Verum igitur est quod contendimus omnem locum esse idoneum in quo inuenitur is qui nullo certo loco soluere obligatus est. Neque facessit negotium quod Vlpianus scribit *in d. l. heres absens*, vbi disertè loquitur de illo qui sic obligatus fuit in prouincia vt in Italia solueret, quem sanè certum est vtrobique tantùm conueniri debere, id est vel in prouincia vbi domicilium habet, vel in Italia, vbi ex conuentione soluere debuit, non etiam alibi tametsi alio loco inueniatur. Nempe quia certo loco soluere se obligauit, hoc est in Italia. At eum qui nullo certo loco debeat quocunque loco posse conueniri apertè scriptum est *in d. l. eum qui quadragesimaterna, D. de iudic.* & in *l. qui loco certo 27. D. de condict. indeb.* Quibus tamen legibus euidenter abutitur Bartolus vt probet, quod maximè est in controuersia, Ex arbitraria actione quocunque loco agi posse. Non enim de actione arbitraria iis locis agitur, sed de pura & directa, cuius nihil prohiberet aliam esse rationem quàm arbitrariæ. Et quidem quod attinet ad *d. l. qui loco certo*, res clara est: Loquitur enim ibi Paulus de condictione indebiti, quæ semper actio stricta est, nunquam arbitraria, quia nec propriè descendit ex conuentione, licèt aliqua ex parte propè accedat ad condictionem certi ex mutuo, *l. si quis absentis 5. §. is quoque D. de oblig. & action.* Et rationem elegantem Paulus affert, quòd existimationem soluentis eadem species repetitionis non sequatur. Sensus est, Non quemadmodum is qui indebitum soluit, putabat se illud debere certo loco, in eo scilicet in quo soluit, Ita & indebiti restitutionem eodem loco debitam videri posse, Nam quod nullo loco debitum fuit, si solutum sit quasi certo loco debitum, id omni loco repeti posse necesse est, Haud aliter quàm si is indebitum soluit, omni loco id se debere existimasset. Directa igitur condictio indebiti in eam rem competit, quæ vbique locorum exerceri poterit, vt cæteræ omnes dummodo ibi inueniatur debitor, vbi conuenietur, non arbitraria. Quod autem pertinet ad Papiani sententiam, quæ extat *in leg. eum qui insulam 43. De iudicat.* Est sanè quòd faciliùs ignoscamus Bartolo qui eam legem de arbitraria actione intellexit. Tractat enim ibi Papinianus de eo qui insulam Capuæ fieri, atque ita certo loco & certo tempore promiserat, atque finito tempore posse stipulatorem quocumque loco agere in id quod sua interest. Et hoc sanè est quod Bartolum fefellit, omnésque interpretes, quòd vident promissam fuisse fabricam insulæ certo loco, (nec enim aliter valeret stipulatio *Insulam fieri*, si certus locus adiectus non esset, *leg. 2. §. si quis insulam De eo* quod

quod certo loco.) Nec animaduertunt, Non idcirco posse induci arbitrariam, nec si in mora fuerit promissor fabricandæ insulæ, tantùmque tempus præterierit, quanto fabricari insula potuit. Nimirum quia post tempus illud præteritum neque conueniri potest vt ædificet insulam alio loco (esset enim illa alia insula, quàm quæ Capuæ fieri debuisset, Vnde est quod etiamsi debito tempore alibi fecisset insulam promissor, in nihilum liberaretur *d. ta leg. 1. §. idem Iulianus eodem titul.*) neque rursus dici potest promissorem obligatum esse ad præstandum id quod interesset actoris, in eo ipso loco, in quo insulam fieri promisisset, Quia licet quisquis promittit insulam fieri certo loco, se hoc ipso etiam obliget ad omne id quod interierit stipulatoris si insula facta non sit, adeò vt nec purgare motam possit, nisi ad tempus litis contestatæ *l. si insulam 84. de verborum obligat.* Non tamen consequens est, vt id quod stipulatoris intererit, eodem loco promisisse videatur: quandoquidem non sicut faciendæ insulæ, ita & præstandi eius, quòd interest obligatio certi loci adiectionem requirit. Nec quemadmodum alia esset insula quæ Ephesi ædificaretur, quam quæ Capuæ ædificari debuisset, Ita & alia videri posset summa Ephesi soluta, quàm si debitor eam Capuæ soluisset *dict. §. idem Iulianus,* vbi eleganter Vlpianus ob hanc causam ait summæ solutionem multum distare a fabrica insulæ, & ideò si summa quæ Capuæ solui debuit, soluta sit Ephesi, non ipsi quidem creditori, quo casu contingeret haud dubiè liberatio, sed alteri puta adiecto solutionis causa, non ex voluntate tamen stipulatoris, quippe qui fuerat stipulatus sibi aut Titio Capuæ dari, solum id petendum esse, quod interfuit actoris Capuæ solui, non etiam quantitatem solutam Ephesi, cuius obligatio per solutionem Titio factam sublata est. Quod ergo Papinianus ait *in dict. l. cum qui*, posse stipulatorem quocunque loco petere id quod sua interfit ob non fabricatam Capuæ insulam, non illam rationem habet, quòd arbitraria De eo quod certo loco in eam rem competat, sed quia De eo quod intereft, pura hoc casu & directa competat actio, quæ ex ratione iuris quocunque loco exerceri potest, itavt nulla sit opus arbitraria.

ERROR IX.

De nostrorum interpretationibus ad l. hares absens 19. §. vlt. D de iudic. l. 1. & vlt. C. de sent. quæ sin. cert. quant. profer.

QVid ergo respondebimus ad Vlp. *in d. l. heres absens §. vlt.* Is enim locus vnus est qui Accursium eiúsque sectatores omnes decipit, quoniam non vbique sed vtrobique conueniendum esse ait eum qui sic in Prouincia obligatus fuerat, vt in Italia solueret. Respondet Bartolus intelligendum esse textum de eo qui velit agere præcisè ad hoc, vt solutio fiat in loco destinato, non etiam in eo loco in quo agitur. Priore casu non putat necessariam esse arbitrariam, quæ posteriore haud dubiè necessaria est: Itaque fatetur priore casu non nisi vtrobique conueniri posse promissorem, id est vel in loco domicilij, vel in eo qui solutioni dictus est, qui tamen vbique conueniri posset, si in loco iudicij & petitionis, solutionem consequi actor vellet. Verùm probabilis responsio non est: Nam præter id quod parum conuenit verbis Vlpiani, quibus nihil exprimit de mente actoris vtro loco consequi solutionem vellet, Non puto verum esse quod sentit Bartolus, Eum qui Capuæ centum dare promisit posse directa actione conueniri Romæ vt soluat Capuæ. Id enim si ita esset, non video quænam potuisset subesse necessitas inducendæ actionis arbitrariæ. Non illa certè, quam affert Caius *in l. 1. De eo quod cert. loco*, quòd alibi quàm vbi dare quis promisisset actio in eum dari posse non videbatur. An non enim satis superque consultum erat creditori quòd posset actione directa expediri & conuenire debitorem in loco domicilij: In quo si non defenderetur, posset mitti in possessionem bonorum debitoris, eorúmque venditionem impetrare. Quid enim aliud egit Prætor cùm arbitrariam proposuit, nisi vt rationem inueniret, per quam creditori consuleret, non aliter suum consecuturo? Quænam verò melior ratio excogitari potuit prospiciendi creditoribus quàm per venditionem bonorum debitoris? Proinde non potest dici quid interfit an stipulator qui agit alio loco quàm in quem destinata solutio est, velit ad hoc agere, vt in eo ipso loco in quo agit, solutionem consequatur, An verò ad hoc vt in destinato loco fiat solutio: Cùm nulla æquitas sit quæ suadeat succurri creditori ad consequendam solutionem alibi, quàm vbi destinata fuit, si modò arte aliqua fieri possit, vt in eo ipso loco destinato soluatur. Cùm igitur arbitraria actio ex mera necessitate & æquitate in id comparata sit, vt quod certo loco debebatur, etiam alio loco peti possit. Apparet iuris ratione pati non potuisse, vt directa actio in domicilij loco exerceri posset, ad hoc vt in alio loco qui solutioni destinatus esset, solueretur. Debuit meo iudicio Bartolus distinguere stipulationem à cæteris contractibus, etiam qui sunt stricti iuris, Et in ipsa quoque stipulatione distinguere, quibus verbis concepta proponatur. Sola stipulatio proculdubio illa est, quæ admitti necessitatem & vtilitatem arbitrariæ actionis, vt iam diximus in præcedentibus, ob hanc ipsam rationem quam attulimus, quòd fieri nequeat, vt qui certo loco dari per stipulationem promisit alio loco vllo conueniatur, ne quidem in loco sui domicilij, adeóque nec ad hoc vt solutio fiat loco destinato. Nempe quia stipulatio tota ex verbis æstimatur, nec vllam nisi verborum obligationem parere potest, cùm nihil aliud ipsa sit, quàm verborum obligatio. Inde namque fit vt qui promisit centum Capuæ dari non alibi ea debeat quàm Capuæ, non solùm si ad soluendi facultatem respicias, sed etsi ad ius ipsum obligationis. Vnica enim verborum conceptio est quæ obligationis substantiæ adeò locum inserit, vt neque obligationis substantia sine loci adiectione concipi, neque loci adiectio sine obligationis substantia vel intellectu percipi possit. Itaque non magis fieri potest, vt qui Capuæ dare promisit, obligatus sit dare Ephesi, aut possit Ephesi conueniri vt soluat Capuæ, quàm vt ex stipulatione si nulla interposita esset, aut hîc aut ibi conueniretur, Obligationis, quæ ex mutuo nascitur, alia ratio est. Cùm enim nascatur ex numeratione, non ex pacto, siue ante, siue post numerationem conuenerit, vt meræ credita certo loco reddatur fatendum est obligatum esse illum qui mercem accepit, vt eam quocunque loco debeat reddere: Nec quod conuenit, vt certo loco reddatur, ad causam obligationis pertinet, sed tantùm ad causam solutionis, quæ ab obligatione distingui hac parte non minùs debet, quam numeratio ex qua mutuum æstimatur, à pacto quod numerationi subiectum est. Quare si me interroges vbi debearis, qui mercem mutuam accepit in prouincia, soluendam in Italia, Respondebo vbi-

quo

quæ debere, & ideò conueniri posse quocunque loco inueniatur, non minùs quàm is qui nullo adiecto loco purè se obligauit. Sed si quæras vbi soluere illum oporteat, respondebo in Italia, Obligatio enim ex contractus substantia, idest ex numeratione nascitur, soluendi autem in Italia necessitas ex pacto. Est igitur conueniens vt in hac specie debitor conueniri possit vtrobique, id est siue in Prouincia vbi domicilium habuit, siue in Italia vbi soluere debuit licet neutribi inueniatur, nempe quia vtroque illo loco defendi debet. Alibi autem conueniri nusquam possit, si non ibi inueniatur, neque directa actione, quia sic obligatus fuit vt certo loco & in Italia solueret, neque arbitraria de eo quod certo loco, quia sufficere creditori debet, quòd actione directa, idest condictione certi ex mutuo possit suum consequi, & conuenire inuitum debitorem aut in loco domicilij, aut in Italia, qui duo loci sunt, in quibus conueniri potest licèt ibi non inueniatur, quia & in iisdem debet, ni bonorum suorum venditionem pati velit, fortè si perpetuò abesse malit & latitare. Cæterùm eo casu quo in domicilij sui loco, siue præsens siue absens conueniatur, Nego illum posse illum aut debere ad hoc conueniri vt soluat in Italia, sed omnimodo condemnandum esse dico, vt soluat in prouincia, verùm habita tamen ratione loci, vt æstimetur merx non quanti sit eo loco in quo petita est, sed quanti eo loco in quo dari debuit *l. vinum 22. D. de reb. cred. l. vlt. D. de condict. tritic.* Neque enim pactum de soluendo in Italia adiectum contractui stricto mutui, potuit firmare actionem stricti iuris ex illo contractu stricto descendentem. Est enim hoc ius proprium contractuum & iudiciorum bonæ fidei *l. iurisgentium 7. §. quinimò D. de pact.* ad differentiam scilicet iudiciorum stricti iuris. Nisi malis cum Paulo contra Vlpianum sentire idem iuris esse in stipulatione, vt pacta incontinenti post stipulationem facta ei insint, formentque & reforment actionem ex stipulatu *l. lect. 40. vers. dicebam D. de reb. credit.* Adeò vt si post mutuam tibi datam mercem aut pecuniam incontinenti conuenerit vt aliquid facias, puta vt pro me Romam eas, danda mihi quidem sit actio ex pacto sine quo non eram crediturus, At non stricta actio condictionis certi ex mutuo, quæ cùm stricta sit, non potest extendi ad id quod pacto comprehensum est, sed præscriptis verbis *l. legem 10 C. de pact. conuen. l. vl. C. de rer. perm. l. si dominus 8. iunct. l. praced. & seq. de praescript. verb. l. frumenti 17. C. de vsur.* Et certè frustra reos conuentus in prouincia condemnaretur ad soluendum in Italia. Quis enim exitus futurus esset iudicij & condemnationis, si condemnatus nunquam venire in Italiam vellet? An fortè ob id magis cogeret eum Prætor venire quòd iam esset condemnatus? Atqui citra vim & impressionem id fieri non posset. Ergo non solùm meliùs, sed etiam prorsus necessarium est, vt vbi quis iure conuenitur ad soluendum, ibi non tantùm condemnetur, sed etiam soluere compellatur. Quid ergo si quis stipulatus sit decem puro nullo adiecto loco, deinde conuenerit incontinenti vt Capuæ soluerentur? Non malè hoc casu stipulatio comparabitur contractui mutui, vt promissor possit actione directa conueniri, non tantùm Capuæ sed etiam in loco domicilij, vt *in d. l. heres absens §. vlt.* quoniam sic concepta stipulatio est, vt vbique cœperit debere, sicut nullo adiecto loco se obligauit. Quod verò promisit soluere Capuæ factum est per pactum incontinenti appositum, quod licèt stipulationi credatur inesse, quantum ad hoc vt loci ratio habenda sit, non tamen eam vim habere potest, vt perinde inducat arbitrariam, atque si Capuæ dari promissum esset, quia semper verum est dicere, simpliciter et dati promissum fuisse, & consequenter ex ea stipulatione directam actionem natam esse ex qua potuerit agi, non quidem vbique propter subiectum pactum quo conuenit vt Capuæ soluatur, sed vtrobique, idest vel in loco domicilij, vel in loco solutioni destinato. Interest igitur cùm de stipulatione tractamus an promiserit quis dare centum Capuæ, an verò simpliciter, subiecto tamen pacto vt Capuæ soluatur. Priore casu locus ab initio inest obligationi, atque ita impedit ne alibi quàm Capuæ conueniri reus possit, nisi per arbitrariam. Posteriore autem casu obligatio pura est, locus autem subinde pacto adiectus ad solutionem non ad obligationem. Obseruandum autem est Vlpianum *in d. l. heres absens §. vltim.* non loqui de eo qui centum in Italia dari promiserit, sed de eo qui sic obligatus fuit vt in Italia solueret, quibus verbis apertè distinguit ille obligationem à solutione, locúmque solutioni dictum esse indicat, non obligationi, vt & *in l. si vt proponitur 61. D. de fideiuss. l. quære 100. D. de solut.* Quæ res excludit arbitrariam cui scilicet non aliter sit locus, quàm si non tam solutio quàm obligatio ipsa in locum certum confertatur. Quantum verò intersit, an obligationis, an solutionis causa quid adiiciatur nemo nescit, & constat *ex d. l. 2. §. idem Iulianus De eo quod cert. loc. l. eum qui 56. §. qui sibi l. si duo rei 128. De verb. oblig. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quæsitum de solut.* Nam & in legatis, multùm refert an adiiciatur dies obligationi, an solutioni, vt constat *ex l. pen. C. quand dies leg ced.*

ERROR X.

De sententia l. vlt. C. de sent. quæ sin. cert. quant. profer. Et de trib. casibus distinguendis cùm quæritur, vbi solutio fieri debeat.

Miror verò quod addit Bartolus pro distinctionis suæ confirmatione, Probari optimè *ex l. vltim. Cod. de sent. quæ sin. cert. quant. pref.* sic posse formari libellum, vt in vno loco conueniatur reus ad soluendum alio loco. Cùm in ea lege verbum nullum sit, quod ad hanc speciem accommodari possit. Tractat enim Gordianus Imperator eo loco de sententia quæ à iudice dato sic prolata fuerat contra maritum à quo dos per mulierem soluto matrimonio repetebatur. *Quæ bona fide accepisti solue* (Sic enim & veteres legerunt, vt apud Bartolum videre est, & legi debet) & ait, sententiam huiusmodi non niti authoritate rei iudicatæ, tanquam incertam & sine certa quantitate prolatam, quod incertum esset quid maritus accepisset, quantumcunque ab eo peteretur. Mox addit *Præsertim cùm ipse qui extra ordinem iudicabat interlocutus sit dotem datam quæ repeteretur, non liquidam esse.* Intelligit meo iudicio de Prætore vel de Præside prouinciæ, qui aditus à litigatoribus ex more, vt lite apud eum contestata vel ipse pronunciaret extra ordinem, quod facere poterat & debebat si is nullam habere videbatur implicitam facti quæstionem, vel iudicem daret qui de facto inquireret & cognosceret, si de facti veritate non satis liquebat, Interlocutus fuerat non esse liquidam dotem quæ repetebatur, & ob id iudicem dederat, qui de facto cognosceret ac pronunciaret. Isque nimirum iudex erat, qui supradictam sententiam tulerat iis verbis conceptam. *Quæ bona fide accepisti solue.* Incertam igitur, cùm ex interlocutione illius qui iudicem dederat incertam

dotem esse appareret. Cui consentaneum est in sequentibus bene scriptum esse, *Cum igitur is qui postea iudicabat contra te certam sententiam protulerit*, nec vt quidam putant, pro *certam* legendum esse *incertam*. Duplex enim sententia lata proponebatur non ab eodem iudice sed à diuersis, & quidem pedaneis datis ad cognoscendum de facto & pronunciandum de iure ex ritu & ordine iudiciorum, sed ex quibus tamen priorem præcesserat interlocutio ius dicentis, qualis præcedere solebat quamlibet iudicis pedanei dationem, Vel ob hoc ipsum vt sciretur, quare Prætor aut Præses prouinciæ iudicem daret, nec ipse pronunciaret, cùm ad ipsius officium pertineret lites quàm citò dirimere nec facile ad iudicium accipiendum eos cogere, quos authoritate iudicij sui posset dimittere *l. quidam 21. D. de reb. credit.* Itaque quod lex ait de eo iudice qui postea iudicabat, ad alium referendum est quàm ad illum ipsum iudicem qui sententiam incertam tulisse dicebatur. Vt enim idem iudex qui sententiam incertam protulit, iterum de eodem negotio aliam sententiam siue certam siue incertam ferre possit, certè ratio iuris est impedimento: quandòquidem statim atque iudex datus tulit sententiam qualem qualem siue bene siue malè officio suo semel functus est *l. iudex posteaquàm 55. D. de re iu.* Sed tamen non eo minùs potest alius posteà iudicare, quando prior sententia est nulla propter incertitudinem, quia tunc etiam sine appellatione denuò retractari lis potest *l. Præses prouinciæ 17. D. de re iudic. l. si expressim 19 in fi. D. de app.* Et verò tractare Gordianum de sententia certa non de incerta quæ nullas ex iure vires habere potuerit, constat satis ex iis verbis quæ in rescripto sequuntur *neque à statutis prouocaueris ipso tuo facto confirmasti iudicatum.* Non enim potuisset fieri vt valeret ea sententia, vimque rei iudicatæ haberet, quæ lata esset sine certa quantitate, tametsi ab eo non fuisset prouocatum *d. l. præses prouinciæ.* Cur enim debuisset, obsecro mulier prouocare ab ea sententia quæ ipso iure non valeret? *d. l. si expressim, l. 1. § item cùm contra D. quæ sent. sin. appell. rescind.* At sibi debebat imputare cur non prouocasset mulier ab ea sententia quæ iure valuisset, si minùs æquam illam esse arbitrabatur. Quod enim iure valet sententiam, non facit quominùs ab ea prouocari possit. Imò facit vt prouocari debeat si non eam facto suo confirmare quis velit. Satis enim confirmat qui prouocare non vult cùm possit. Sed quid hæc omnia ad rem nostram & vt probes pro Bartolo, Posse quem conueniri vno loco vt soluat in alio? Mendum sanè est apud Bartolum, qui non legem vltimam sed primam illius tituli voluit allegare. Ad quam idem Bartolus notat valere sententiam de futuro si dependeat à iure quod de præsenti, Item quod effectu idem est, Ea quæ sunt de futuro si habeant dependentiam à iure de præsenti ad officium iudicis pertinere, si nihil actori possit imputari. Petebatur enim eo loco sors debita, à qua pendebant vsuræ quæ in posterum deberentur. Verum neque id vllomodo ad rem pertinet. Multò enim faciliùs est, vt qui pronunciat de sorte de vsuris quoque pronunciet, quàm vt quod in vno loco pronunciat esse debitum, alio loco soluendum esse pronunciet: Cùm si locus solutioni tantùm, non etiam obligationi dictus sit, melius sit & expeditius condemnare debitorê vt soluat in eo ipso loco in quo fertur sententia, habita tamen ratione quantum fieri potest alterius loci in quo solui debuit, quàm vt alibi soluere condemnetur. Quæ condemnatio non magis exitum & finem habere posset, quàm obligatio qua quis stipulanti promisit *decem Capuæ dari*, si ad locum illum solutioni destinatum nunquam accedere promissor vellet. Distinguendi ergo sunt diligenter tres casus. Primus est cùm locus non solutionis tantùm causa positus est, sed etiam obligationis, quod euenit duntaxat in stipulatione, & quidem sic concepta *Capuæ centum dari*, ex qua demum nascitur arbitraria *d. l. 2. § 1. de eo quod cert. loc.* quæ non nasceretur si directa posset sufficere ad condemnandum debitorem vt solueret in loco destinato. Secundus est, si locus non obligationis sed solutionis tantùm gratia adiectus sit, quod euenire potest siue ex mutuo siue ex stipulatione debeatur. Tertius est si purè nullóque loco adiecto dare quis sit obligatus. Primo casu agi potest directa actione ex stipulatu in eo tantùm loco qui stipulatione comprehensus fuit. Et ideò necessaria est arbitraria & vtilis, per quam possit debitor conueniri vbique, id est quocunque loco inueniatur, quia necesse est vt vel nullibi conueniri possit si nunquam accedat ad eum locum vel vbique possit *d. l. 1. eod. d. l. si duo 16 § . de const. pec.* Et ideò fatendum est verissimum esse, Pluribus locis conueniri posse illum qui per stipulationem promisit *Capuæ dari*, quàm eum qui sic obligatus fuit Romæ vt Capuæ solueret. Hoc enim casu, qui secundus casus est, conueniri non vbique debitor potest, scilicet vt defendi debeat etiam vbi non inueniatur, sed vtrobique tantùm, idest vel in loco domicilij, vel in eo vbi soluere debuit *d. l. hæres absens § vlt. De iud.* quibus locis defendi etiam debet *d. l. 1. 2. & 3. De reb. auth. iud. poss.* At tertio casu cùm locus nullus adiectus est neque ad obligationem neque ad solutionem, potest agi quocunque loco dum in eo inueniatur debitor, *d. l. eum qui insulam 43. eod. l. qui loco certo 27. D. de cond. indeb.* Ex quo etiam intelligimus quàm parum acutè quidam scripserint, huiusmodi stipulationis *Capuæ centum dari* duas esse partes, vnam *centum dari*, alteram *Capuæ dari*, Exemplo eius quod scribit Vlp. *in l. Celsus 23. § 1. De recep qui arbit. rec.* Si arbiter iusserit dari pecuniam intra Calend. duo esse arbitri præcepta, Vnum *dari pecuniam*, Alterum *dari intra Kalendas.* Sunt. n. ista longè dissimilia, & valde dispar hac parte ratio loci temporis, etiam in eadem stipulatione. Locus enim potest inseri stipulationi aut ad solutionem tantùm, vt puta sic concepta stipulatione *centum dari soluenda Capuæ*, aut etiam ad obligationem, vt in illa de qua tractamus *Centum Capuæ dari.* At tempus, quocunque modo stipulationem concipiat, pars equidem obligationis est *l. 1. § editiones D. de edend.* sed tamen nunquam obligationis causa adijcitur, sed solutionis duntaxat, vt ante tempus illud non possit debitor conueniri: Totum verò medium tempus liberum habeat ad soluendum *l. quod certa die 70. D. de solut. l. stipul. ista 38 § inter incertam De verb. obl.* Vnde fit vt obligationis & stipulationis in diem conceptæ dies statim cedat, licet non priùs veniat, quàm tempus præterierit, & quidem totum *l. qui hoc anno 42. l. liber homo 110. § 1. eod. tit.* Cùm tamen id quod certo loco dari promissum est nullomodo debeatur eo loco, priusquam ad eum locùm perueniri possit, *d. l. continuus 137. § cùm ita eod.* ita vt non magis possit videri dies interim cessisse, quàm si sub conditione promissum fuisset *l. interdum 73. eod. l. cedere diem 213. De verb. signif.*

ANTONII FABRI I.C.

Decas nonagesimaprima.

ERROR PRIMVS.

De arbitraria quæ datur pro pecunia mutua certo loco soluenda. Ad l. aut mutua 6. D. de eo quod cert. loc. & ad l. qui Romæ 122. in princ. de verb. oblig.

EI quod diximus in præcedentibus arbitrariam actionem De eo quod certo loco nasci ex illa stipulatione *centum Capuæ dari* quomodo disertè scriptum est *in l. 2. §. 1. D. il. tit. De eo quod cert. loc.* Non autem similiter nasci ex mutuo si fortè mercem quis mutuam dederit soluendam & reddendam certo loco, Valde obstat quod scribit Pomponius *in l. aut mutua 6. eod.* non minùs arbitrariam actionem competere si pecunia sic mutua data fuerit vt certo loco reddatur, quàm si hæres testamento iussus sit certo loco quid dare: quo casu arbitrariam competere scriptum est ex Paulo in lege præcedente. Putabam aliquando restringendam esse illam Pomponij sententiam ad eum casum quo mutua esset data pecunia interueniente stipulatione, Vt nihil differret hic casus ab eo quo stipulatio sola interuenisset ex causa præcedentis mutui. In qua specie diximus non aliam posse actionem competere quàm arbitrariam si alio loco agatur, quàm in quo dari res debuit. Ita enim obseruari olim solebat cùm pecunia mutua dabatur, vt stipulatio de ea reddenda interponeretur. Quod cùm eueniebat, non tam mutui quam stipulationis contractus interuenisse credebatur, Non quasi facta nouatione, translatáque obligatione mutui in causam stipulationis, sed quasi vnico stipulationis contractu inito, cui mutuum causam dedisset. Quomodo idem Pomponius ratiocinatur & cum eo Vlpianus *in l. cùm n. 7. Iunct. §. t. l. praced D. de nou.* Nimirum quia quo strictior eo fortior esse videbatur contractus stipulationis ad obstringendum promissorem quominùs aliquando conuentus recusare solutionem posset. Verùm mihi posteà diligentiùs & subtiliùs intuenti durior visa est hæc interpretatio, quàm vt in ea prestare velim, Non ob id solùm quòd *in d. l. aut mutua*, nulla prorsus mentio stipulationis fiat, sed tantùm pecuniæ creditæ, Verum etiam quòd in ea pecunia quæ ex illa tantùm stipulatione deberetur, *Capuæ centum dari*, res esset apertior, competere ex ea causa arbitrariam, quàm vt specialiter lege illa notari debere videretur. Adde quòd ea quoque interpretatione admissa, vt de illo casu senserit Pomponius, quo ex causa mutui stipulatio interposita esset de mutua pecunia certo loco reddenda, non tamen ea sublata esset difficultas, quæ nunc me remoratur. Non enim de ea stipulatione tractaret Pomponius quæ sic interposita fuisset, *Capuæ centum dari*, ex qua sola diximus nasci arbitrariam, sed de illa in qua locus fuisset adiectus non obligationis, sed solutionis tantum gratia. Loquitur enim de mutuo sic dato vt certo loco redderetur. Et consequenter (si comminisci velis stipulationem interuenisse) de ea stipulatione ex qua promissor qui pecuniam mutuam accepisset, obligatus primum fuisset purè nullo isti obligationi adiecto loco, sed subiecta statim pactione de redditione mutui certo loco facienda. In qua specie diximus non magis ex stipulatione nasci arbitrariam per quam conueniri promissor vbique possit, quam ex mutuo aut alio quolibet contractu stricto. Quia cùm locus ad solutionem tantum non etiam ad obligationem appositus est, potest debitor conueniri, non in eo tantùm loco in quem collata solutio est, & in loco domicilij, licèt neque in hoc neque in illo inueniatur *l. hæres absens 19. § vlt. D. de iudic.* cùm defendi vtrobique debeat, vt missio in possessionem bonorum ipsius eorumque venditio impediatur *l. 1. 2. & 3. D. de reb. author. iudic possid.* sed etiam quocunque alio loco inueniatur, acsi purè promisisset, quamuis vbi non inuenitur, nec se debeat defendere *d. l. hæres absens §. proinde.* Cur non enim vbique conueniri possit qui vbique debet? Itaque ob hoc ipsum conueniri vbique potest, quòd vbique est obligatus, sed actione directa non minùs quàm qui nullo certo loco dare promisit, non arbitraria, vt ille qui certum quidem locum adiecit, sed obligationi ipsi non solutioni: eiúsque rei probatio non obscura peti potest ex eleganti illo responso Scæuolæ quod extat *in l. qui Romæ 121. in princ. De verb. oblig.* vbi manifestum est tractare Scæuolam de eo qui cùm Romæ pecuniam mutuam dedisset soluendam in longinqua prouincia post menses tres, stipulationem de ea re interposuerat, eámque pecuniam sua die ibi soluendam stipulatus fuerat, adiecto proinde loco solutioni tantum, non etiam obligationi, vt postrema illa responsi verba probant *posse stipulatorem sua die ibi vbi soluendam stipulatus est petere.* Quare nec arbitrariam actionem in ea specie dat Scæuola stipulatori, qui si arbitrariam haberet vt ille qui centum Capuæ dari stipulatus est vbique locorum agere non minùs posset quàm vbi pecuniam dari stipulatus esset, sed actionem dat directam in eo loco exercendam, in quem destinata fuit solutio, Non quasi in loco etiam domicilij promissoris exerceri non possit *d. l. hæres absens §. vlt.* Sed vt intelligamus non posse debitorem vbique conueniri quomodo posset, si obligationi non solutioni adiectus locus fuisset. Neque alia videtur mihi esse ratio eius quod Paulus respondit *in l. quæro 100. D. de solut.* tutoribus vel curatoribus in prouincia datis qui pecuniam pupillarem in prouincia fœnerauerant, sic vt ea Romæ solueretur, non eo minùs rectè solui potuisse, quòd alij essent rerum Italicarum tutores, quibus proinde in Italia solui debere videretur. Quis enim miretur posse illos Romæ solutionem accipere, quam & ipsi etiam Romæ vltrò petere ex lege stipulationi dicta, & vrgere potuissent? Aut quænam dubitandi ratio esse potuisset, si ex stipulatione de soluenda certo loco pecunia etiam arbitraria actio nasci posset? Quis enim non æquum

arbitrare

arbitraretur prouincialibus tutoribus aut curatoribus arbitrariam actionem habentibus in eo saltem loco agere in quem collata solutio fuisset. Quidni ergo longè magis in eodem loco solutionem accipere? Etsi non excludit hæc ratio locum domicilij debitoris, vt ibi quoque possit & conueniri si inueniatur, & vltrò soluere si id malit ne conueniatur, grauioribusque sumptibus oneretur. Alia igitur ad Pomponium interpretatio quærenda est, quàm quæ nobis aliquando placebat, Noua itaque & certè subtilior, fortassis etiam nisi me fallo, vera. Attulimus in superioribus differentiam quam nemo ante nos obseruauerat inter contractus illos strictos mutui & stipulationis, quòd in mutuo non potest locus adiici ad obligationem quæ non nisi ex re & traditione ipsa nascitur, sed tantùm ad solutionem. In stipulatione verò potest locus adiici nunc ad solutionem tantùm, vt *in d. l. qui Romæ & d. l. quæro*, Nunc etiam ad obligationem, vt *in d. l. 2. §. 1. De eo quod cert. loc.* Et rursum ostendimus quod non magis ab alio vllo obseruatum est, quantum referat an in stipulatione solutionis tantùm, an etiam obligationis gratia locus adiectus sit, Posteriore namque dumtaxat casu induci actionem arbitrariam vt debitor quocunque loco conueniri non minus possit, quàm si nullo certo loco promisisset, non etiam priore. Tertia nunc nec minùs noua obseruanda nobis differentia est, inter pecuniam & cæteras merces, quæ in causam & contractum mutui cadere possunt, quod ad hoc de quo nunc disputamus, An loci adiectio in contractu mutui faciat actionem arbitrariam. Iam enim diximus, si frumentum, aut vinum vel oleum, aut quid aliud simile extra pecuniam numeratam mutuò datum sit, ea lege vt certo loco reddatur, non nasci ex loci adiectione arbitrariam, sed sufficere directam condictionem certi ex mutuo per quam repetatur quod datum est scilicet etiam in loco domicilij si malit creditor ibi reum conuenire, Ita tamen vt in rei debitæ æstimatione ineunda quæ in condemnationem deduci debet habeatur ratio eius loci in quo solui & reddi merx debuit, id est vt tanti merx æstimetur quanti fuit tempore litis contestatæ non vbi petitum est, sed in eo loco in quo fieri solutio debuit *d. l. vinum 22. De reb. cred. l. vlt. De condict. tritic. l. idem erit 60. D. de verb. oblig.* Quid enim vetat vno in loco æstimari rem, quanti est in alio? At si pecunia mutua data sit, eodem pacto addito, vt certo loco reddatur, Dico non posse condictionem sufficere vt siue actori, siue reo consulatur quod pertinet ad loci adiectionem. Nam cùm pecuniæ certa & perpetua sit vbique locorum æstimatio in republica benè constituta, qualis Romana semper fuit *l. 3. D. de in lit. iur. l. 3. De eo quod cert. loc. l. 1. D de contr. empt.* nec proinde æstimari ipsa possit, cùm ex contrario cæteræ res omnes per eam æstimentur *l. si ita fideiussorem 42. D. de fideiuss.* non potest fieri vt pecunia, quæ alio loco petitur quàm in quo reddi ex conuentione debuit aliam æstimationem recipiat, quam illius in quo petitur, & consequenter inutilis fit adiectio loci, quam tamen cùm sit pars contractus inutilem manere non oportet, siue intersit creditoris, siue debitoris in eo loco potiùs solui pecuniam, in quo conuenerat vt solueretur. Cur enim locum adiectum voluerunt contrahentes, nisi vt appareret voluisse illos rationem haberi eius loci, siue actori, siue rei interesse contingeret. Idque adeò verum est, vt quamuis ex stipulatione nihil possit peti nisi quod verbis stipulationis disertè ac nominatim comprehensum est *vulg. l. quicquid adstringendæ 99. De verb. oblig.* Si tamen vel dies vel locus in stipulatione adiectus sit, non minùs debeatur id quod interest quam si in stipulationem deductum esset *l. si Kalendis 11. D. de re iudic. l. si fundum certa die 114. De verb. oblig.* Nempe quia nunquam debet auferri vtilitas loci & temporis si qua interuenerit *l. quòd si Ephesi 4. in princip. De eo quod cert. l. quoties 59. cum l. seq. De verb. oblig.* Hinc igitur fieri contendo, vt cùm pecunia mutua data est sic vt certo loco reddatur, etiam nulla interueniente stipulatione, non alio loco peti possit quàm in quo solui debuit nisi per arbitrariam. Eámque rationem & sententiam esse *l. aut mutua 6. De eo quod cert. loc.* quia cùm adiectio loci in pecunia credita nullam æstimationis diuersitatem inducere possit, quam in cæteris rebus induceret quæ mercis appellatione continentur, necessariò consequens est vt vel inutilis prorsus sit & inefficax, vel inducat arbitrariam ad inducendam ex alterutra parte præstationem eius, quod interest, vt aliqua loci ratio habeatur, quæ aliter haberi nulla posset. Nunquam enim potest in condictionem certi ex mutuo venire id quod interest, quantumcunque proponas adiectum fuisse solutioni tempus vel locum, scilicet propter naturam actionis quæ non solum stricta est (nam & actio ex stipulatu æquè stricta est) sed etiam tota ex re tradita æstimatur, non ex consensu, non ex verbis, quomodo stipulatio, cui ob eam causam non tantùm inesse dicuntur pacta vt pariant exceptionem adeóque actionem si apposita sint incontinenti, sed etiam vt forment actionem ipsam ex stipulatu, ita vt ex stipulatione agi possit etiam ad id quod pacto conuentum fuit, haud aliter quàm si per stipulationem conuentum fuisset *d. l. lecta l. petens 27. C. de pact.* quam qui cum Cuiacio intelligunt de eo duntaxat pacto quòd stipulationem præcesserit, nescio quid possint respondere ad verba illa *seu post statim interpositum sit.* In quibus ponderari etiam volo dictionem illam *statim* vt alios refellam qui volunt eam esse naturam stipulationis & pacti vt pactum inutiliter stipulationem subsequatur, id est vt quamuis si scripturæ & instrumenti ordinem intueamur pacti narratio & antecedere & subsequi stipulationis narrationem possit, Natura tamen pactum non possit subsequi stipulationem, quasi stipulatio quidem pacto adiecta obliget, at non è conuerso. Si enim de eo pacto per stipulationem firmando tractarent Imperatores, quod siue in ipso stipulationis contractu, siue antè stipulationem narratum fuisset, quid obsecro referret an statim secutum esset an ex interuallo? Aut potéstne dici pactum post interpositum, etiam adiecta dictione *statim* quod tractatum & narratum fuerit ante stipulationem? Denique quis rectè dicat *pactum post statim interpositum* quomodo loquuntur Imperatores, pro eo quod isti interpretantur narratum? Quomodo narrari potest, quin hoc ipso interponatur cùm nihil exigat nisi consensum? Et quid si pactum quod stipulationem subsecutum est, sit contrarium stipulationi? vt *in d. l. lecta.* Poterítne tractatum videri aut narratum fuisse in stipulatione? Fateamur ergo, id quod res est, stipulationem quantumuis stricta sit, formari posse, & reformari per pactum incontinenti appositum: At condictionem certi ex mutuo non posse.

***

ERROR II.

Alia differentia inter mutuum & stipulationem pecuniæ certo loco soluendæ.

VNde alia etiam nec minùs elegans nascitur differentia inter mutuum & stipulationem rùm quoque cùm pecunia debetur, quam certo loco solui conuenerit. Mutua namque data pecunia ideò necessaria est arbitraria, quoniam vt diximus loci ratio haberi aliter non potest, neque ad ineundam æstimationem quæ semper & vbique eadem est pecuniæ, Neque ad præstandum id quod interest quippe quod ex contractu mutui etiamsi dies vel locus solutioni adiectus sit, nunquam debetur. Atsi per stipulationem certa pecunia certo loco soluenda promissa fit, potest creditor ex ea stipulatione & actione directa consequi non modò eam ipsam quantitatem quæ promissa fuit, sed etiam id omne quod ipsius interest siue ratione temporis si sua dic solutum non fit, vt *in d. l. si Kal. & d. l. si fundum*, siue ratione loci si alio loco agere cogatur stipulator, quod facere vtique potest saltem in loco domicilij promissoris vt in superioribus docuimus ex *l. heres absens 19. §. vl. D. de iud.* Nec vlla in eam rem opus est arbitraria, cùm possit sufficere directa actio ex stipulatione, quippe quam nihil prohibet dari etiam ad id quod stipulatoris interest, non minùs ratione loci qui solutionis tantùm non etiam obligationis causa adiectus sit, quam ratione temporis, quod nisi ad causam solutionis nunquam adiicitur. Directa enim actio ex stipulatione competit etiam cùm alio loco agitur quàm in quo fieri solutio debuit, siue domicilij locus ille sit, siue alius quilibet dùm in eo debitor inueniatur, & dum ne obligationi dies adiectus sit potiùs quàm solutioni, secundum ea quæ suprà diximus. Nihilne igitur interest, an directa actione agat stipulator alio loco quàm in quem collata solutio fuerat, an arbitraria? Nihil penitus quod pertinet ad stipulationem. Tantundem enim per illam quantùm per hanc consequetur, id est id omne quod propter loci adiectionem ipsius interest. Sed interest tamen quantum ad promissorem, Cui per directam ex stipulatione actionem consuli non potest etiamsi maximè illius intersit destinato loco conueniri, cùm tamen per arbitrariam non minùs ei quàm stipulatori consulatur, Imò tantò magis quod ex natura arbitrariæ actionis est, vt quemadmodum pro necessitate actoris & conseruandæ actionis graria comparata fuit, ita potissimùm vtilitatem respiciat debitoris, quem iniquum esset alio loco conueniri si non ipsius quoque indemnitati consuleretur. Fateor habendam esse rationem eius quod interest stipulatoris. Sed interdum vt loquitur Vlp. *in l. 2. §. vlt. vers. Iulianus De eo quod cert. loc.* Non igitur semper, neque ex natura actionis. Quid? An non iniquum est eam ex stipulatione actionem directam dari in qua eius duntaxat ratio habeatur quòd stipulatoris intersit ratione loci non etiam eius quod intersit promissoris? An non adiicitur locus æquè gratia vtriusq; Præsertim verò promissoris quem sanè credendum est non tam facilè promissurum fuisse si in alium locum solutionem conferre stipulator voluisset? Respondeo non habere promissorem quod de hac conqueratur. Quia priusquam ad eum locum peruenire potuerit, neque eo loco, neque alibi vspiam conueniri potest, cùm obligatio licèt pura, capiat tamen dilationem ex re ipsa *l. interd. 73. De verb. obl.* quamuis vbique interim deberi videatur, quod nullu adhuc certo loco debetur, vnde est quod interim vbique etiam solui potest *d. l. continuus 137. §. cùm ita De verb. obl.* Postquam verò præterit tempus intra quod ad eum locum peruenire potuit, imputare sibi promissor debet, cur non eo loco soluerit, si fortè creditor quoque adfuit, aut alius, qui eius vice solutionem accipere potuisset. Quòd si nemo fuit, cui solui potuerit, est tamen adhuc quod imputare sibi promissor debeat, cur non illic deposuerit & obsignauerit pecuniam in eo ipso loco solutioni destinato, vt obsignatio vim solutionis haberet. Fuisset enim debitor eo modo, non minùs quàm solutione liberatus, Adeò vt etiamsi arbitraria illo casu conueniretur, absolui tamen deberet *d. l. quòd si Ephesi 4. §. 1. De eo quod cert. loc. iunct. l. obsignatione 9. C. de solut. l. acceptam 19. C. de vsur. l. vlt. D. de leg. comm.* Proinde nihil absurdi est actione directa quæ ex stipulatione competit aduersus eum qui certo loco soluere debuit haberi rationem loci in fauorem eius qui agit. Non etiam in fauorem promissoris. Ob idque nimirum fuit necessarium inducta actione vtili fauore actoris vt vbique inuentum reum conuenire posset, id est etiam alibi quàm vbi dare se obligasset, Illud etiam inducere vt ea vtilis actio esset arbitraria, id est in qua iudicis arbitrio & ex æquitate condemnationem fieri oporteret, vt quanti eius Interesset alio loco soluere, æstimaretur maximè. Deinde quanti etiam actoris interesset si nihil ei posset imputari *dict. leg. 4. §. 1. & d. l. 2. §. vlt. De eo quod cert. loc.* Dices, Nullam æquitatem esse quæ faciat pro reo, cùm potest ei imputari cur non ea fecerit quæ modò diximus, Quæ si è contraria fecerit, nihil iam tractari posse de arbitraria aduersus eum danda qui sit liberatus, Respondeo multum hac parte differre actionem arbitrariam à directa. Arbitrariam enim non ipso iure competere, sed dari ex æquitate, ob idque vtilem dici & consequenter faciliùs æquitatis rationem admittere in rei quoque persona qui summo iure non alibi quàm vbi dare promisisset conueniri posset. Vt qui vno grauatur in alio releuetur, quod nec Bart. ignorauit. At in actione directa & stricta, prorsus nulla ratio est inducendæ æquitatis, præsertim verò in gratiam rei cui mora possit obiici & imputari. Ea denique ratio facit vt contra eum qui pecuniam stipulanti promisit soluendam certo loco non sit necessaria arbitraria vt loci ratio aliqua pro stipulatore habeatur, quæ tamen esset necessaria si ageretur de pecunia credita quam certo loco dari conuenisset. Atque ita totam hanc quæstionem perplexam sanè ac difficilem explicandam esse arbitror.

ERROR III.

De actione arbitraria, Ex testamento. Ad l. si heres 5. De eo quod cert. loc. & de differentia legatorum vindicationis & damnationis hac parte.

CVm de actionibus arbitrariis nostri tractant interpretes, solent eandem rationem constituere actionis arbitrariæ, quæ nascitur ex mutuo, & eius quæ competit ex testamento, Quasi vtraque sit perinde & æquè arbitraria, quod tamen falsum esse iam constat ex superioribus. Non enim ex quocunque mutuo nascitur actio arbitraria, licèt conuenerit vt certo loco mutuum redderetur, sed eo tantùm casu quo mutua pecunia data sit, vt *in l. aut mutua 6. De eo quod cert. loc.* non etiam si merx, puta vinum, oleum, aut frumentum *l. vin. 22. D. de reb. cred. l. vlt.*

vlt. De cond. trit. At si hæres à testatore iussus sit certo loco quid dare, arbitraria actio omnimodo competit *l. si hæres 5. De eo quod cert. loc.* Et tamen perinde nascitur certi condictio ex causa legati, quoties certa res legata est, atque ex causa mutui *l. certi condictio 9. D. de reb. cred.* nec minùs hæc quàm illa stricti iuris est. Nulla enim certi condictio est, quæ non sit stricti iuris, ex quacunque tandem causa detur, cùm nulla vspiam inter bonæ fidei actiones numeretur *§. action. Inst. de act.* Cur non ergo perinde arbitraria semper est condictio certi ex mutuo, cùm mutuum certo loco reddi conuenit, atque actio ex testamento? Augetur dubitatio ex eo, quòd actio ex testamento licèt non magis quàm condictio certi ex mutuo inter bonæ fidei actiones enumeretur *in d. §. act.* Ideóque legata & fideicommissa à bonæ fidei contractibus separentur *in l. in minorum 1. C. in quib. caus. rest. in integ. necess. non est:* In plerisque tamen ac ferè in omnibus naturam habet actionum bonæ fidei putà in eo quod pertinet ad præstationes accessionum veluti fructuum, & vsurarum, quas accessiones certum est in actione ex testamento deberi a die moræ *d. l. in minorum l. si quis seruo 84. l. Titia Seio 87. § vsuras de leg. 1.* quæ natura est actionum bonæ fidei, non etiam earum quæ sunt stricti iuris *l. mora 32. §. in bonæ fidei l. videamus 38. §. [illegible] §. in cæteris iunct. l. 3. §. in his quoque iudiciis D. de vsur.* Sed & in eo imitatur actio ex testamento naturam actionum bonæ fidei, vt & Bart. tradit quod resoluta non perfectè actio prima durat, Puta si cùm ædes testator quibus hæredis ædes seruiebant legatæ essent Titio, traditæ ei fuerint ab hærede non imposita seruitute quæ ipso iure confusa fuerat per aditionem. Placet enim posse adhuc legatarium ex testamento agere acsi legatum non accepisset, quia non plenum acceperit. Quemadmodum & si verum legatum acceperit debilitatum ab hærede, rectè ex testamento aget *l. huiusmodi 84. §. ædes de leg. 1.* Quod & in fideicommisso iuris est *l. debitor 59.* in illis verbis *atque fideicommiss. quasi minus restituerit, rectè petetur, D. ad SC. Trebell.* Quidni ergo idem dicimus in actione ex testamento, quod in omnibus bonæ fidei actionibus, quæ nullo casu fiunt arbitrariæ quamuis in contractu locus adiectus sit, Propterea quòd earum æquitas sufficere possit vt vtilitas loci æstimetur, non tantùm in ineunda rei debitæ æstimatione, sed etiam, ratione eius quod interest alterutrius contrahentium *l. in bonæ fidei 7. De eo quod cert. loc.* Ratio mea iudicio petenda ex eo est, quòd cùm testator aliquid certo loco dandum legauit, aut per fideicommissum reliquit, idipsum euenit quod euenire diximus in stipulatione illa *Capuæ centum dari* vt locus obligationis causa adiiciatur, non solutionis. Et consequenter vt [illegible] sit non alio loco legatum aut fideicommissum deberi, quàm in quo testator illud dari iussit. Cur enim locum testator adiecisset si alio loco rem deberi voluisset? An non credibile est ideò potiùs adiecisse vt hæredi consuleret, ne alibi eum conuenire legatarius vel fideicommissarius posset. At quia non ea mente id fecisse videri potest vt poneret in potestate & arbitrio hæredis ne vnquam deberet aut solueret, nunquam veniendo ad eum locum quem testator expressisset. Rectissimè placuit inducendam hoc casu arbitrariam per quam & legatario consuleretur [illegible] vbicunque hæredem inuenerit, & hæredi simul æstimata in ipsius fauorem vtilitate loci, & habita ratione Quanti hæredis interesset [illegible] potiùs in eo loco in quo rem dari testator [illegible]t. Alioquin fieri certè non posset, vt alio [illegible] rectè conueniretur hæres & cogeretur soluere, Ne contra voluntatem fieret, quod ex voluntate proficisceretur. Cùm simpliciter res aliqua legata est, nec adiecit testator vbi eam dari voluerit, Certum est præstari eam debere vbi relicta est, non vbi petitur. Peti tamen posse etiam vbi non est: Alioqui non esset distinguendus locus petitionis à loco præstationis, qui tamen distinguitur apertè in *l. cùm res 47. in princ. De leg. 1. & in l. quod legatur 38. l. si fideicomm. 50. D. de iud.* An igitur vbique peti poterit, vt contingeret & si peteretur per arbitrariam? Minimè, Sed in loco domicilij vbi & defendi hæres debet. Semper enim rectè conuenitur hæres in suo domicilio, Nisi præscribat & excipiat de alio loco in quo testator solutionem fieri aut expressim aut verisimiliter voluerit *dict. leg. cùm res.* Quod facere semper hæres potest, Nisi cùm vel dolo malo hæres rem legatam in alium locum transtulit quam in quo à testatore relicta fuerat, Vel in eo loco conuenitur in quo est res quæ petitur, licèt maior pars hæreditatis alibi sit *dict. l. cum res l. sed etsi susceperit 52. §. si ea res iunct. dict. l. si fideicomm. 50. De iud.* Vel denique cùm legata est vel per fideicommissum relicta res aliqua quæ consistat in pondere, numero & mensura, idest quæ consistat in genere magis quàm in specie, dum illud etiam concurrat vt per modum generis legata sit, non per modum speciei, puta *Centum modios ex illo horreo* aut *vini amphoras tot ex illo dolio, dict. l. quod legatur 38 eod. dict. l. cùm res 47. vers. sed si id petatur*, vbi scriptum est genus quod legatum est per modum generis ibi præstandum esse vbi petitur. At cùm testator certum locum legato adiecit, nec tantùm solutionis sed etiam obligationis causa, Non potest tario iuris pati vt alio loco conueniatur hæres quàm in quem testator legatum contulit, vt purà si testator centum Capuæ dari iusserit, Nec distinguimus hoc casu qualis res legata sit, An quæ consistat in genere, an quæ in specie, Nec rursum si in genere consistat, an per modum speciei Quia omni casu ibi duntaxat legatum debetur vbi dari testator voluit. Et quemadmodum in stipulatione diximus multùm referre an quis stipulatus sit *Centum Capuæ dari* an verò *centum soluenda Capuæ*, propterea quòd priore casu locus ad obligationem adiectus sit, posteriore verò ad solutionem, ideóque prior duntaxat casus non etiam posterior arbitrariæ actionis necessitatem & vtilitatem inducit *l. 2. §. 1. De eo quod cert. loc. l. qui Romæ 121. in princ. de verb. oblig.* Ita & diligenter inspicere ac distinguere debemus, quibus testamenti verbis legatum, aut fideicommissum relictum esse proponatur, vt [illegible] possit an solutionem tantùm, an & obligationem legati testator in locum certum contulerit. Hoc enim tantùm casu quo locus obligationis causa adiectus sit, puto locum habere quòd Paulus ait *in dict. l. si hæres*, competere arbitrariam vt agi ex testamento vbique possit, id est etiam extra locum illum in quem testator non tam solutionem legati quàm legatum ipsum contulit, Itémque extra locum domicilij, nempe quia testamenti verba ex quibus legatum necessariò petendum est, non patiuntur vt alibi petatur quàm vbi præcisè non minùs peti illud, quàm præstari testator voluit, Id est ne in loco quidem domicilij: Alioqui nulla inducendæ arbitrariæ esset necessitas, si hæres in domicilij sui loco conueniri posset, Quomodo haud dubiè potest cùm locus solutionem tantùm respicit non obligationem, vt à nobis in præcedentibus tractatum est circa arbitrariam actionem quæ nascitur ex stipulatione.

ERROR

ERROR IV.

Quantum intersit quomodo conceptum sit legatum certo loco dandum Et an per vindicationem an per damnationem legatum sit. Ad l. quod legatur 38. D. de iudic. l. cum res 47. in princ. De legat. 1.

MVltum ergo intererit an testator ita dixerit *Hæres meus Titio centum Capua dare damnas esto*, an ita potiùs, *Hæres meus damnas esto dare Titio centum soluenda Capua*: Priore casu certum est locum adiectum esse legato, & obligationi, Posteriore verò non nisi solutioni. Bonæ enim hac parte comparatio est stipulationis, & testamenti, Nec alia ratio est propter quam actio ex testamento inter stricti iuris actiones potiùs quàm inter eas quæ bonæ fidei sunt annumeretur, siue in hoc tractatu De actione arbitraria, siue quæratur De in litem iurando *l. alias 6. supr. De in lit. iur.* Nisi quia cùm agitur ex testamento non minùs exactè verba testamēti spectāda sunt, quā stipulationis inspicerentur, si ex stipulatione ageretur. Qua de causa mirari soleo earum insertiam eorum qui actionem ex testamento adeò similem esse volunt actionibus bonæ fidei vt vix sibi temperent quin eā inter cæteras bonæ fidei actionis annumerent, Nā cùm bonę fidei actiones ve nomen ipsum sonat, ex bona fide æstimeotur, bonas fides autem in eo potissimùm consistat vt fiat quod dictum adeoque actum est, vnde & fidei nomen deductum quidam volunt. Apparet non posse bonæ fidei actionem intelligi, nisi quæ causam habeat à contractu vel saltem quasi contractu aliquo bonæ fidei. Nec rursus contractum bonæ fidei esse posse vbi nullum gestum negotium & fides nulla data sit. Atqui nullum negotium gestum videri potest inter hæredem & legatarium, nisi quòd hæres adeundo hæreditatem videtur quasi contrahere cum legatarijs sicut & cum creditoribus *leg. 1. §. vltim. & l. seq. quib. ex caus. in poss. eat. l. si quis absentis 5. §. hæc quoq; D. de obl. & act.* Quid ergo est vnde bonam fidem inter eos, & bonæ fidei actionem possis inducere? Neq; ad rem pertinet, quòd in actione ex testamento perinde atque in bonæ fidei iudicijs ex mora vsuræ & fructus præstantur. Id enim fit non ratione vlla bonæ fidei sed fauore vitimæ voluntatis quam effectum statim sortiri non tantùm legatarij & fideicommissarij interest, sed etiam reipublicæ *l. vel negare 6. D. testam. quem. aper.* maloq; magis testatoris, cuius voluntati mora fieri præsertim per hæredem nulla debet. Cæterùm sicuti testatoris voluntas quàm primùm fieri potest, executioni mandanda est, ita nihil contra voluntatem fieri debet *vulg. l. verb. ciuil. 7. De vulg. & pup. substit. l. si ancill 63. de leg. 1.* quod tamen eueniret si rem quam certo loco dari testator voluit, alio loco petere liceret. Cessāte igitur vi& potestatæ actionis ex testamēto, necessariò inducēda foit arbitraria, Ne alioqui multò magis voluntas testatoris offenderetur, si in potestate esset hæredis nunquam ad locū illum accedentis, vt nusquā conueniri posset. Quòd si locus à testatore solutioni dictus sit, non obligationi, nulla necessitas subest inducendæ arbitrariæ, quia potest eo casu hæres in domicilij loco conueniri. Sic dicimus, Multùm interesse an quis legauerit Titio ducenda cùm erit annorum quatuordecim, An vero soluenda cùm erit, annorum quatuordecim. Primo casu legatum est conditionale nec transmittitur ad hæredem si Titius ante decimumquartum annum decesserit, *l. si cui leg. 49. §. hoc autem legatum De legat. 1.* Posteriore autem casu purum est, nec tam conditione quàm mora suspenditur, vt *& in l. heres meus 79. De cond. & demonstr.* quasi dilata io diē solutione duntaxat nōn etiam obligatione *l. ex his verbis 5. C. quand. dies leg. ced* vbi hanc ob causam respondet Imp. transmitti ad hæredem legatum, legatio ante diem defuncto. Sed & obseruandum est loqui Paulum *in d. l. si heres*, de herede qui legatum certo loco dare iussus sit, hoc est de legato per damnationem non per vindicationem relicto. In quo genere legati per damnationē sicuti alia pleraq; diuersa erant à legato vindicationis, Ita illud maximè proprium & singulare vt per manus hæredis capi oporteret, nec propria authoritate legatum à legatario occupari posset, quomodo potuisset si per vindicationis relictum fuisset vt Vlp & Caius testātur in Institutionibus. Quomodo autem fieri poterat vt legatum dānationis per manus hæredis caperetur si nunquam hæres ad eum locum accederet in quo legatum præstari testator voluisset? In legato vindicationis, cuius verba nunquā ad hæredem semper ad legatarium diriguntur, nullus quæstioni propositæ locus esse videtor. Cùm enim legatarius habeat ius vindicandæ rei legatæ vbicumqne sit etiam non expectato hærede *l. quod legatur 38. de iudic* qui l eget arbitraria actione vt legatum consequatur? Quod si personalem exercere malit (habet enim hanc non minùs obligatum quàm si per damnationem legatum esset *dict l. quod legatur*,) ne tunc quidem indiget arbitraria, Non ob id solùm quòd possit ad exhibendum, quæ vindicationis præparatoria est, & in personam directa licèt in rem scripta, conuenire hæredem in loco domicilij *d. l. quod legatur*, quemadmodum & rem ibi aut alio quocunque loco exhibitam vindicare posset, vt eadem lex ait, Sed etiam quia vix est vt in legato vindicationis locus adiiciatur siue obligationis gratia & ad substātiam ipsam legati afficiendam, siue solutionis causa. Non quidem obligationis gratia, quoniam alioqui non posset legatarius vbique legatum præsens vindicare, quòd tamen euidenter falsum est, cùm sit ille vbique dominus *l. legatum 80 de legat. 1. l. a Titio 64. in fin. De furt.* & rei vindicatio fit ex præsenti possessione *leg. non alias 24. §. sed si postulatur D. de indic.* Nec rursum solutionis causa, cùm id fieri non possit quin cum hærede testator loquatur, aut saltem in eum dirigat voluntatis suæ intentionem quod in legato vindicationis adiectus fit, non aliud sanè dici potest quàm vt solutionis tantùm gratia adiectus videatur, Vt sciat hæres quod loco præstandum habeat, si actione personali conueniatur, *d leg. cum res quadragesima septima, in princip. D. l. 1.* Vbi tamen credibile est tractare Vlpianum de damnationis potiùs quàm vindicationis legato, cùm loquatur de rebus tam alienis quàm proprijs legatis. Res enim alienæ per damnationem tantùm legari poterant, sicut & eæ quæ in pondere numero & mensura consistunt, vt refert Caius in Institutionibus, de quibus tamen etiam Vlpianus eo loco tractat, Per vindicationem verò eæ tantùm quarum dominium ad testatorem vtroqne tempore & testamenti & mortis pertinuisse probabatur. Ergo vt fiat vniformis determinatio debet ea lex de eo legati genere intelligi quo res alienæ perinde ac propriæ testatoris, relinqui poterint, id est de legato damnationis, quod omnium commodissimè sic conciplitur vt loci adiectionem admittat iis verbis, *Hæres meus Titio centum Capua dato.* Dandi enim verbum licèt soluendi quoque & præstandi significationem habeat, magis tamen ad obligationis quàm ad solutionis causam pertinet, cùm obligationem aliquam præcedere necesse sit priusquàm de solutione quæri, possit *l. enim qui 56. §. qui sibi l. si duo 128. De verb. oblig. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quæsitum D.* de

dè solut. Inde igitur est quòd si testator damnauerit, aut fuisset hæredem legatum dare certo loco, arbitraria actio necessaria sit, quia cùm nullo alio loco peti legatum possit, eueniret vt in potestate hæredis esset nusquam soluere si ad locum in legato comprehensum venire nunquam vellet.

ERROR V.

De actione arbitraria ex aliis contractibus strictis. Et an stricti iuris actiones ex strictis fiant arbitraria, Ad l.1. D.de eo quod cert.loc.

QVam multi sint errores interpretum in hoc tractatu De actionibus arbitrariis nec minùs veterum quàm recentiorum, liquidò iam satis constare arbitror ex præcedentibus: Sed apparabit clarius ex iis quæ subiungere cogimur ne quid ex illo tractatu ignoretur. Adduntilli in numero actionum arbitrariarum, Eam quæ nascitur ex constituto, si fortè quis cōstituerit certo se loco soluturum. Nemo enim dubitat quin sicut certo tempore ita & certo loco constituere quis possit, id est in locum certum conferre constitutum *l. si duo 16.§.1. De pecun.const.* vbi obseruandum est loqui Vlpian. de eo qui constituit certo loco nulla solutionis mētione facta Ne dubitare possimus, quin de eo constituto intelligat in quo adiectus sit locus obligationis causa non solutionis, quamuis difficile sit vt constitutum sine solutione concipiatur. Quid enim aliud est constituere, quàm nudo pacto promittere te soluturum quod iam vel à te, vel ab alio, vel ciuiliter, vel naturaliter debeatur? *l.1.& 2.l.cum qui 5 & pass.eo tit.* Ait verò Vlp. eo sensu quo certo loco constitutum sit, non solùm eo loci posse actorem petere vbi cōstitutum est, sed exemplo arbitrariæ vbique posse. Quod nostri sic acceperunt quasi non potuerit Vlp. apertiùs scribere actionē De constituta pecunia quæ sui natura stricti est, fieri ex stricta hoc casu arbitrariam. Indéq; facti audentiores inferūt, Similiter actiones strictas omnes cæteras fieri adiectione loci arbitrarias. Sic enim Bart *ad l si heres 15.D.de eo quod cert.loc.* Nulla tamen propria ratione motus, nulliúsque legis authoritate, sed quatuor tantùm illis exemplis actionum, Ex stipulatione, Ex mutuo, Ex testamento, Ex constituto. Nisi quod addit Bartolus, rationē quę induxit necessitatem actionis arbitrarię, & quā affert Caius *in l.1 eo* esse generalem, nec minùs ad omnes cæteros contractus qui stricti iuris sunt si in iis locus adiectus sit, quàm ad stipulationē pertinere, Nempe quòd si strictam iuris rationem inspicias, quæ in eo contractuū genere sola dominatur, fieri non possit vt alio loco quis conueniatur, quàm in quem solutio collata sit. Ita enim haud dubiè Caij rationem Bart. intelligit, & hoc primū malè: Cùm vt iam docuimus non illū casum tractet Caius, quo locus adiectus sit causa solutionis, sed quo gratia obligationis. Ideò enim sic loquitur, *Alio loco quàm in quem sibi dari quis sese stipulatus esset*, non quomodo Bart. explicat, *Alio loco quam in quo solui quisque stipulatus esset.* Prior locutio substantiā obligationis respicit, Posterior facultatem solutionis. Atqui non est verū in cæteris contractibus strictis extra causam stipulationis adiici solere aut posse locum obligationis potiùs quā solutionis gratia, cùm eorum substantia ex aliqua re alia pendeat, cuius partem aliquam facere locus non potest, Si excipias legata, nec ea quidem omnia, sed illa tantùm quæ dari nominis modo relicta sint its vt obligatio ipsa legati nō solutio collata fuerit in certū locū, vt superiore capite docuimus. Cùm eum pecuniæ mutuæ datio est ea lege vt certo loco reddatur, iā nata obligatio est ex ipsa numeratione priusquā de loco quicquam cōueniat. Et consequenter adiectum posteà locum necesse est dicere non nisi solutionis causa adiectum fuisse: ac proinde ex ea adiectione arbitrariam fieri nunquam posse, ne tum quidem cùm de stipulatione agitur, Multò minùs si de mutuo *l.heres absens 19.§.vlt.D.de iudic.l.qui Romæ 122. in princ.De verb.oblig.* Nisi cùm agitur de mutua pecunia certo loco reddenda, Ob illam diuersitatis rationem quam in præcedentibus attulimus, *ad l. aut mutua 6. D.de eo quod cert.loc.* In cæteris contractibus strictis res apertior est, Nōdum loquor de constituto. Nec enim constitutum contractus est, sed pactum nudum ex quo tamen Prætor singulari quadam ratione & contra regulam iuris Prætorij dat actionem, vt ex pacto pignoris quasi Seruianam. Quibus posteà Theodosius addidit pactum adeóque pollicitationē De dote *in l. ad exactionem 6. Cod. de dot. promiss.* & Iustinianus pactum & pollicitationem donationis *in l.si quis argentum 35.§.vltim.Cod.de donat.* Loquor iam de contractibus innominatis, qui si non semper, certè vt plurimùm & sui natura sunt stricti iuris, Et in quibus adiacet locum nihil prohibet, vt potà si dem tibi Stichum vt mihi des Pamphilum Capuæ, aut si dem tibi Pamphilum vt pro me pingas Romæ tabulam. Et enim primos contractus Do vt des, Secundus Do vt facias. Idémque in aliis duobus tractari potest Facio vt des, & Facio vt facias: Puta si pro te pingam tabulam vt mihi des centum Capuæ, Aut si eam pro te Romam vt mihi pingas Lugduni tabulam. Quibus omnibus casibus negari certè non potest quin locus obligationis causa adiectus sit non solutionis Et tamen quia dicat ex huiusmodi contractibus posse nasci actionem arbitrariam: Nam siue dicas, Ex contractu Do vt des nullam aliam actionem nasci posse quàm conditionem ob rem dati re non secuta, vt plerique putant *ex l.vlt. D. de cond caus.dat. l. 1.in fin.D.de rer permut.* Siue potiùs actionem præscriptis verbis ad id quod interest, si hoc malit is qui dedit quàm rem suam condicere *ex l.naturalis 5.§.1. De præscrip.verb. l cum precibus 4.C de rer.permut.* Nulla certe ratio aut necessitas subest inducendæ arbitrariæ, Cùm per actiones istas aliud petatur quā quod certo loco dari debuit. Certúmque sit non magis condictionem ob rem dati re non sequuta posse arbitrariam esse quàm condictionem indebiti, quæ nunquam talis est *l qui loca certo 57 iuncta l.in summa 65. De cond. indeb.* Neque ob id magis arbitrariæ iure censeri posse actionem quæ datur ad id quod interest ob hoc quod suo loco datum factúmve non sit quod dari fierive oportuit, quàm si locus in contractu nullus adiectus fuisset, quis non eo minùs verum est, nullum, quantum ad id quod interest, adiectum fuisse, Ideóque posse id peti quocunque loco inueniatur debitor, & quidem directa actione, Sicut cætera omnia quæ purè, ac citra vllius loci adiectionem debentur *l. cum qui insulam 43 D.de iud.* Nec aliud in cæteris contractibus innominatis iuris est, Ex quibus scilicet agitur semper præscriptis verbis ad id quod interest *dict l. naturalis § at cum do, & §.sed si facio.* Exēpto contractu Facio vt des In quo genere si postquàm feci, cessas dare, nulla est ciuilis actio sed tantùm De dolo datur *§ quod si faciam ead.leg.* Quæ actio de dolo sanè arbitraria est, At non quia ex eo contractu nascatur, sed quoniam semper & sui natura est arbitraria *§.præterea Institut.de action.l.arbitrio 18 D. de dolo.* Arbitraria inquam, non tanquam actio De eo quod certo loco, sed tanquam actio De dolo. Nullus igitur contractus innominatus est ex quo possit dici nasci arbitrariam actionē De eo quod certo loco, tametsi ponas adiectum esse in contractu locum,

Et

Et sanè si ius ita esset, debuerant Iureconsulti scribere generaliter, Arbitrariam actionem fieri per adiectionem loci ex quocunque contractu stricto debeatur, non se restringere ad casus illos species, Si stipulatio illa interposita sit *Centum Ephesi dari l. 1. & 2 §. 1. D. de eo quod cert. loc.* Si hæres à testatore damnatus & iussus sit rem aliquam certo loco dare *dict. l. si heres 5. eod.* Aut denique si mutua pecunia sic data sit vt certo loco reddatur *dict. l. aut mutua.* Quid enim hoc aliud est, quàm monere non esse aliis casibus arbitrariam actionem quæ ex contractu stricto proficiscatur? Nec sumi argumentum pro Bartolo potest ex eo quod subiicitur *in l. in bonæ fidei 7. eod.* in bonæ fidei iudiciis etiamsi conuenerit de aliqua re certo loco præstanda, bonæ fidei actione agendú esse non arbitraria. Non enim ita Paulus scripsit, quasi ex contrario senserit, In contractibus igitur, qui stricti iuris sunt, semper inducendam esse arbitrariam, Sed quia inter bonæ fidei & stricti iuris contractus differentia illa est, quòd ex strictis potest aliquando nasci arbitraria, iis scilicet casibus quos proximè retulimus, Ex illis verò nunquam. Neque rursus moueri Bartolus debuit ex generalitate Tituli *D. de eo quod certo loco,* & tit. *Cod. vbi conuen. qui cert. loc. dar. promis.* Non tam enim ex Rubrica vt vocant argumentum ducendum est, quàm ex legibus, quæ Tituli sententiam explicant apertiùs & declarant. Alioqui eodem argumentandi genere possis inferre, Non minùs ex bonæ fidei quàm ex stricti iuris contractibus arbitraria agi posse, si sufficiat vt conuenerit aliquid certo loco dari, quod tamen falsum esse nec Bart. ipse diffitetur. Probabilius posset quis argumentari pro Bart. ex eo quòd valde generaliter scriptum est *in l. vnic. C. vbi conuen. qui cert. loc. dar. promis.* Eum qui certo loco sese soluturum pecuniam obliget, si solutioni satis non fecerit, etiam in alio loco posse conueniri. Quibus verbis videtur etiam Imper. Alexander innuere, contrà quàm à nobis disputatum sit in præcedentibus, Nihil referre an obligationi locus dictus sit an solutioni, cùm negari non possit quin ad solutionem referantur verba illa *sese soluturum pecuniam obligat.* Sed tamen dicendum est, Imò verò ad obligationem referri licet solutionis mentionem faciant, quia nec obligatio ipsa diffiniri, aut intellectu percipi potest quin ad solutionem tanquam ad effectum suum referatur. Cùm nihil aliud sit quàm iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ, vt in Institutionibus Iustinianus diffinit. Tunc igitur solutionis causa locum adiectum esse intelligimus, non cùm quis certo loco soluturum se obligationem sine loci adiectione quoquomodo contractam, locum adiicit expressim solutioni vt euenire diximus in omnibus contractibus strictis in quibus obligatio nascitur ex traditione & numeratione, & ex quibus potest agi præcisè ad hoc vt quod promissum est præstetur. Itē in stipulatione, si quis stipulatus sit, non simpliciter *centum Capua dari* sed *centum soluenda Capua* vt *in l. qui Romæ 122. in princ. De verb. oblig. l. si vt proponitur 61. D. de fideiuss. l. quæro 100. De solut. l. hær. absens 19. §. vlt. D. de iudic.* Idque appositè Caius noster videtur expressisse *in dicta lege prima D. de eo quod cert. loc.* iis verbis. *Alio loco quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset.* Est enim longè aliud stipulari quem in locum certum, Aliud verò stipulari quid soluendum certo loco. Prior locutio significat locum obligationis quoque causa adiectum, Posterior verò non nisi solutionis, vt intelligamus priore tantùm casu nasci arbitrariam actionem De eo quod certo loco, non etiam posteriore. Sed multò minùs ferri illud potest quod pro tuenda sua opinione addit Bartolus generalem esse rationem qua mouetur Caius *in dict. lege 1.* & ad omnes contractus strictos pertinere ex quibus certo loco solui quid oportet. Nam cùm verissimum sit, quod probauimus sic intelligi debere Caij rationem, vt necesse fuerit inducere arbitrariam vtilem actionem, quòd non posset conueniri promissor alio loco quā qui in stipulatione obligationis causa adiectus fuisset, Perindè est acsi diceret Bartolus, In omnibus contractibus etiam strictis locum adiici semper obligationis causa, quòd sanè per quàm euidenter falsum est. Error igitur magnus iste est interpretum, qui Bartoli sententiam secuti putant, ex quolibet contractu stricto posse per loci adiectionē fieri actionem arbitrariam. Sed grauior ille, quod putant actionem ipsam strictam, id est quæ sui natura stricta sit fieri ex postfacto & per accidens, arbitrariam, Arbitrariæ namque actiones cùm toto genere differant à strictis, necesse est vt vel ab initio tales sint, vel numquam. Constituunt enim tertiam speciem actionum ab iis quæ stricti iuris, non minùs quàm ab aliis quæ bonæ fidei sunt differentem, ita vt non minùs verum sit dicere arbitraria iudicia non esse stricta, quàm è conuerso iudicia stricta non esse arbitraria si Papiniano credimus *in l. 3. §. in his quoque iudiciis D. de vsur.* Stricta nullam prorsus bonæ fidei rationem admittūt, quam arbitraria admittunt. Actiones strictæ licèt possint esse non tantùm directæ sed etiā vtiles, vt cernere est in illa vtili actione ex stipulatu, de qua *in l. mora 31. in fin. D. de vsur.* semper tamē strictæ sunt, & ex iure stricto æstimandæ nunquam ex æquitate, At arbitraria nulla esse potest quin æqui & boni rationem haberi oporteat *d. §. præterea Inst. de action. l. 2. § vlt. l. 4. §. 1. De eo quod cert. loc.* Nec quòd actio ex stipulatione De eo quod certo loco dicitur vtilis *in d. l. 1. eod.* eam tantùm causam habet quòd directa non sit, nec esse possit, sed illam potissimùm, quod inducta sit ex æquitate: Vnde etiam dicitur & est arbitraria. Denique arbitrariæ actiones non tam nascuntur contractibus, quomodo nascuntur omnes quæ sunt vel bonæ fidei vel stricti iuris, quàm ex natura & æquitate negotiorum, Et ideò non quemadmodum dicimus tres esse species actionum, Vnam earum quæ sunt bonæ fidei, alteram arbitrariarum, quæ ad actiones bonæ fidei propius accedunt, Tertiam earum quæ sunt stricti iuris *d. §. in his quoque, & §. actionum iunct. dict. § præterea Inst. de act.* Ita & tria dicimus esse contractuum genera, Nulli enim contractus sunt arbitrarij, sed omnes vel bonæ fidei, vel stricti iuris. Indéque fortassis factum est vt Iustinianus *in d. §. actionum* diuiserit actiones in bonæ fidei & strictas, nulla arbitrarium mentione facta, De arbitrariis autem separatim tractauerit *in d. §. præterea*, Nempe quòd actiones omnes quæ ex contractibus nascuntur aut ex quasi contractibus necesse sit vel bonæ fidei esse, vel strictas, nullas arbitrarias. Non autem vt quidam autumant, quòd strictarum appellatione possint comprehēdi arbitrariæ, tanquam quę ex strictis fiant. Id enim si ita esset, vtique debuisset Iustinianus strictas subdiuidere in eas quæ semper strictæ manerent, & alias quæ ex strictis degenerarent, vt ita dicam in arbitrarias, Quod tamen ab eo non ita factum est. Separat enim tractatum de actionibus arbitrariis in *d. §. præterea*, quasi nihil commune habentem cum cæteris.

ERROR V.

De actione quam dicunt arbitrariam ex constituto Ad l. si duo 16. §. 1. D. de pecun. constit.

IAm verò quòd Bart. & alij volunt actionem quoque de constituta pecunia quæ sui natura stricta est, esse arbitrariam si locus constituto adiectus proponatur *ex d. l. si duo 16. §. 1. D. de pecun. constit.* æquè falsum est, & apertiùs ex illo ipso loco vllo refellitur. Quid enim ibi Vlpianus? Hoc vnum duntaxat, Eum qui certo loco constituerit, non solùm eo loci in quem constituerit, posse conueniri, sed etiam vbique *exemplo* inquit *arbitrariæ actionis*. Non igitur per arbitrariam. Non enim esset actio ad exemplum arbitrariæ danda, quæ ipsa esset arbitraria. Cur verò non est arbitraria? An quia constituti natura eam patiatur interpretationem, vt quod certo loco constitutum est, quocunque loco constitutum videatur? Minimè. Est enim constitutum stricti iuris non minùs quàm stipulatio, ac proinde actio De constituta pecunia non minùs quàm actio ex stipulatu, Proximè namque accedit constitutum ad stipulationem vt cætera pacta omnia, nec differt ferè nisi nomine constituendi & stipulandi *l. iuris gentium 7. §. quinimò D. de pact.* Adeò vt dubitatum sit, An is qui inutiliter stipulatus est, cùm stipulari voluerit, non constitui sibi, possit de constituta experiri *l. 1. §. eum qui De const. pecun.* vbi tamen Vlpianus negat posse, Et meritò, quia non constituentis sed promittentis animo id factum sit. Consequens igitur est vt non magis directa actione De constituta pecunia conueniri possit constitutor alio loco quàm in quẽ constituit, Sicuti nec directa ex stipulatu actione si stipulatio interuenisset, conueniri posset. Illa tantùm dubitatio remanet ex qua interpretes euoluere se non potuerunt. Cur ergo non sit necessaria actio arbitraria ei, cui constitutum est certo loco experiri possit. Dicendum est, ideò non esse arbitrariam necessariam De eo quod certo loco, quoniam actio De constituta pecunia cùm sit prætoria licèt nascatur ex pacto, potestatem suam totam recipit ex mente & intentione Prætoria, vt de stipulationibus prætoriis, quarum interpretationem dicimus esse Prætoris eiúsque mentem æstimandam esse *l. in prætoriis 9. De stipulat. præt. l. in conuentionalibus 52. De verb. oblig.* Est enim ex Prætoris humanitate vt contra ipsas iuris non ciuilis tantùm sed etiam prætorij regulas pactum hoc De constituta pecunia pariat actionem, Vt & pactum de pignore, ex quo dat ille Seruianam, quam vocant hypothecariam, Propria quadam ratione in vtroque pacto, sed illa potissimũ in constituto, quòd graue sit fidem fallere *d. l. 1. in princip.* Cùm igitur arbitraria quoque actio De eo quod certo loco sit prætoria, nec directa sed vtilis, totaque inducta & pendens ex æquitate. Quid vetat quominùs Prætor eâdem æquitate motus det actionem De constituta pecunia constituendo ad agendum etiam alio in loco quàm in quem fuerat constitutum? Nam si nec alia ratio est vt qui ex contractu aliquo bonæ fidei obligatum habet aduersarium ad dandũ in certo loco, non indigeat arbitraria, sed contentus esse debeat iudicio bonæ fidei *d. l. in bona fides*, quàm quia sufficiat æquitas iudicij vt etiam alio loco peti possit, propter verba illa *ex bona fide* quæ in formulis iudiciorum omnium bonæ fidei addi solebat, vt omnium elegantissimè probat responsum Pauli *in l. quaero 60. D. locat.* Quidni sufficiet æquitas Prætoris ad dandam actionem De constituta pecunia vt alio loco agatur quàm in quem constitutum fuit? Præsertim cùm vt diximus tota ratio concedendæ & inducendæ illius actionis De constituta pecunia pendeat ex fide bona *d. l. 1. illa arr.* Non quasi hæc actio sit bonæ fidei, cùm neque inter cæteras, quæ bonæ fidei sunt enumeretur *in d. §. actionum*, & constitutor simillimus fideiussori, nisi quòd citra obligationem obligatur non etiam fideiussor *leg. blanditus 12. Cod. de fideiuss.* adeò vt nec debeat vsuras *l. Titius 24. De pecun. const.* quia scilicet non debentur sine stipulatione *l. Titius 24. De præscript. verb. l. 3. Cod. de vsur.* Sed quia ex bona fide est vt dari debeat, quamuis data non habeat bonæ fidei præstationes. Alioqui non esset cur Prætor eam daret exemplo arbitrariæ actionis si esset illa bonæ fidei. Sicuti nec ad exemplum arbitrariæ competunt bonæ fidei actiones etiam cùm alio loco agitur quàm in quẽ collata fuerit obligatio, sed vi & potestate ipsius iudicij quod sua natura bonæ fidei est *dict. l. in bona fidei* Est igitur valde proprium & speciale ius actionis istius De constituta pecunia quam dat Prætor vt quod certo loco constitutum est vbique peti possit, quod quamuis neque arbitraria sit, neque bonæ fidei, tamen ad exemplum arbitrariæ actionis vbique potest exerceri habitâ tamen loci ratione, & æstimata alterutrius vtilitate, Nempe ita faciente eadem æquitate Prætoris, quæ bonæ fidei tuendæ gratia actionem illam induxit.

ERROR VII.

De rei vindicatione directa sit ne arbitraria.

VVlgares interpretum vulgarium errores refutauimus in iis quæ proximè à nobis disputata sunt circa actionem arbitrariam De eo quod certo loco. Nunc pro iisdem interpretibus aut pro ipsa potius iuris ratione pugnandum nobis erit contra recentiores quosdam, quibus in mentem venit vt dixerint, quod ante tempora nostra nemo dixerat, Directam & ciuilem rei vindicationem non esse arbitrariam. Non offendor quòd ingenij sui acumen in nouis opinione excogitanda probandaque exercuerint. Quid enim laudis & dignitatis Iurisprudentiæ nostræ possit vnquam accedere si non ab ingeniis felicioribus non solùm excolatur, sed etiam quotidie, vt Pomponius noster dicebat, *in l. 2. De orig. iur.* in melius producatur? Sed miror tamen adeò improbabilem opinionem tam magnis Iureconsultis & in mentem venire, & placere potuisse. Nimirum coegit eos vt in hoc absurdum præcipites laberentur, primus ille error iam in superioribus refutatus, quòd vt nouam actionum arbitrariarum naturam inducerent, quàm non minus ex edicto Prætoris quàm ex actionis formula pendere voluerunt, non alias admittere possunt arbitrarias, quàm quæ sint Prætoriæ, quasi nunquam licere debeat iudici partes arbitri sufficere, nisi cùm idipsum ei Prætor nominatim permisit, nec rursus Prætori id concedi debeat vt eam iudici facultatẽ præstet, Nisi cùm edicti verba vt ita fiat patiuntur, & vt fieri debeat præscribunt. Huic enim errori consequens ille fuit, Vt vindicationem ergo arbitrariam esse negarent, quam affirmare non poterant esse prætoriam cùm nemo dubitet quin sit ciuilis, tanquam quæ inducta fuerit ex lege duodecim tabularum. Quod aiunt, Non licere iudici vt arbitri partibus fungatur nisi mandante ei Prætore, verum quidem est quia iudex datus nullam habet notionem, nisi quam & qualem Prætor ei dederit per formulam actionis. Sed falsum quod addunt non potuisse Prætorem id mandare iudici nisi quibus casibus ex verbis alicu-

ius

ius edicti facere inberetur. Quis enim Prætorum edicta composuit, nisi Prætores? Quis iudiciorum formulas & actiones, nisi illi ipsi quia iudicia dictabant, Fateor iureconsultorum præcipuè opera & diligentia in eam rem vsos Prætores fuisse, quorum primum ac præcipuum munus illud fuit, vt actionum formulas conciperent, ita ne quid absque illorum consilio & authoritate fieret, Sicuti ne dubitandum est quin Prætores in concipiendis edictis eorum opera & arte vterentur, tandémque ex omnibus illis tot Prætorum edictis vnum edictum illúdque perpetuum à Iuliano Iureconsulto iussu Imperatoris Hadriani compositum fuisse constat. Sed quis inde rectè inferat, Non potuisse Prætores formulas actionum pro arbitrio dictare, etiam de iis rebus, de quibus non edicto, sed lege aliqua, vel Senatusconsulto cautum esset? Alioqui si Prætorias duntaxat actiones pro arbitrio concipere Prætores poterant, neque tamen has ipsas pro arbitrio, sed eâ formâ seruatâ, quam edicti verba præscribebant: Quæro, Cuius igitur erat ciuiles actiones dare, puta hanc ipsam de qua disputamus directam rei vindicationem confessoriam, negatoriam De seruitute, Noxales ex lege duodecim tabularum descendentes, & alias huiusmodi si quæ sunt ciuiles ex denique arbitrariæ (quod tamen de noxalibus non admittimus.) Leges enim siue duodecim tabularum siue aliæ posteriores, actionum quidem ciuilium iura interdum etiam nomina induxerunt, sed formulas nullas proposuerunt, quibus adstricti volverint Prætores aliósque Magistratus, ad quorum officium pertinet eas quoque actiones petentibus dare quæ ex legibus, & iure ciuili competunt, perinde atque illas quæ ex mera iurisdictione proficiscuntur. Tam ergo potuit Prætor in formula directæ rei vindicationis addere verba illa *neque arbitrio tuo res restituetur* quàm in formula Publicianæ. Quo nec isti dubitant quin sit arbitraria, cùm inter arbitrarias primo loco enumeretur à Iustiniano *in §. præterea. Instit. de action.* Non est igitur bonum argumentum illud, quo isti primùm vtuntur vt probent vindicationem directam non esse arbitrariam, quòd inquiunt, ciuilis sit non prætoria. Nam & confessoriam actionem De seruitute & negatoriam quæ omnes vindicationes ciuiles sunt, itémque noxales actiones ex lege 12. tabul. introductas, perinde tamen arbitraria esse ostendemus in sequentibus. Sed nec illud me valdè mouet quòd aiunt *in dict. §. præterea*, vbi non mulræ ac variæ arbitrariam actionem species enumerantur, nullam fieri mentionem directæ & ciuilis vindicationis, quam tamen si arbitraria esset primo locu poni oportuerat, tanquam digniorem, præsertim cùm non prætermiserit Iustinianus Publicianam, quæ non nisi ad exemplum directæ vindicationis introducta fuit à Prætore *l. 1. & pass. D. de Public. in rem action.* Nam vt prætermittam sufficere quòd arbitrariarum actionum definitio generaliter proposita *in dict. §. præterea* conueniat vindicationi ciuili, non minùs quàm prætoriæ id est Publicianæ cæterisque actionibus in eodem §. enumeratis, vt mox probabimus, Itémque quòd vindicationi ciuili, quæ prima & potissima est omnium in rem actionum generalibus illis verbis comprehendi possit *tam in rem quàm in personam*. Dico non id egisse Iustinianum *in dict. §. præterea*, vt omnes actiones arbitrarias enumeraret, quomodo enumerauerat omnes actiones bonæ fidei in *§. actionum*, sed vt aliquas, & quidem eas quæ specialiore nota dignæ videbantur, quòd minùs essent cognitæ, Inter quas certè non erat vindicatio ciuilis, de qua nemo vnquam dubitauerat, nec dubitate potuerat, quin esset arbitraria: Quænam enim esse posset si illa non esset? Idque manifestissimè probo ex eo quòd cùm initio §. in definiendis actionibus arbitrariis etiam noxalium actionum meminerit iis verbis *vel ex noxali causa seruum dedat*, noxales tamen actiones in afferendis exemplis prætermisit licèt de iis non dubitauerit quin noxales essent, quod tamen nos iis sequentibus refellemus. Item ex eo quòd post enumerata nonnullarum exempla subiicit generaliùs, *In his enim actionibus & cæteris similibus*, vt significet, Si de aliqua actione dubitetur an sit arbitraria non tam illud inspiciendum esse an in eo §. enumerata sit, quasi ducto argumento à sufficienti partium enumeratione, quale nostri deducunt *ex d. §. actionum*, cùm disputant de actionibus bonæ fidei, quàm vtrum ea actio de qua dubitabitur similis sit an dissimilis, Vt si similem esse constabit, nec dubitari oporteat, quin sit arbitraria. Atque nulla est Publicianæ similior quàm directa rei vindicatio. Nisi potiùs dicendum est, Publicianam simillimam esse directæ vindicationi, cùm Vlpianus scribat, *in l. sed etsi 7. alias l. eum qui §. in Publiciana De public. in rem act.* quod etiam si non scripsisset, negare tamen nemo posset, In Publiciana actione omnia eadem esse, quæ in rei vindicatione directa & ciuili. Quomodo igitur fieri potest vt Publiciana actio non sit? Nam quòd isti obiectionem hanc sic eludūt, vt dicāt Non magis bonam esse consecutionem, quam si quis inferret, Vtramque igitur actionem esse directam & ciuilem, quòd vna sit directa & ciuilis. Aut vtramque vtilem & Prætoriam quòd altera & vtilis sit & prætoria, quasi differant genere ipso siue origine & causa: Præstationibus verò & reputationibus, & regula ipsa æquitatis non differant. Hoc iocum totum leue est, ac parum subtile. Directas enim ab vtilibus, itémque ciuiles à prætoriis sola origo & causa distinguit, quia ciuiles, & directæ ipso iure competunt, id est ex mera iuris ratione. Prætoriæ verò & vtiles non nisi ex æquitate cùm iuris ratio summa deficeret introductæ sunt à prætore. Directæ ideò dantur, quia competunt, Vtiles non competunt nisi quia & quatenus dantur. Cæterùm effectu & potestate non differunt, eundémque iuris effectum habent *l. act. 47. D. de neg. gest.* At bonæ fidei actiones à strictis, & vtrasque ab arbitrariis, sola qualitas natura, & æquitas negotiorū distinguit, quòd quædam sint negotia eiusmodi quæ rationem æquitatis nullam possint admittere, vt stricta, Quedā verò, quæ æstimanda sint omnia ex æquitate & bona fide sed tamen in quibus nullum sit necesse arbitriū præcedere, ad hoc vt vel absolutio sequi possit vel condemnatio, cuiusmodi sunt iudicia omnia bonæ fidei, Alia denique, in quibus ratio quidem æquitatis haberi potest & debet, sed quantum ad arbitriū quod præcedere debeat condemnationem aut absolutionem, non etiam quantùm ad ipsam condemnationem, Et ista sunt quæ arbitraria appellantur: Differunt autem hæc omnia iudicia inter se potissimùm præstationibus, reputationibus, & regula ipsa æquitatis, magis quàm origine & causa. Nihil enim vetat ex eodem genere actionum siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris, siue arbitrariæ alias esse ciuiles, alias arbitrarias, vt quæcunque sint eiusdem potestatis & effectus eodem quoque iure & genere censentur. Eiúsque rei exemplū illustre est in noxalibus actionibus quæ cū sint constitutæ aliæ ex legibus, vt furti ex lege duodecim tabolarum, & dāni iniuriæ ex lege Aquilia, Aliæ ex edicto Prætoris veluti iniuriarū, & Vi bonorum raptorum, vt Iustin. docet *in §. sunt autē Inst. de noxal. act.* omnes tamē perinde noxales sunt, & perinde arbitrariæ si Triboniano credimus *in d. §. præterea*, quia & eandem naturam omnes habent vt si ex qualibet istarum causarum seruus noxæ non dedatur

dedatur arbitrio iudicis, tùm demùm sequi condemnationem oporteat: Quidni ergo idem dicemus de vindicatione qualibet, siue fit illa ciuilis, siue honoraria, vt omnes sint arbitrariæ, cùm sint omnes eiusdē effectus & potestatis? Si enim verum est quod cogūtur aduersarij fateri, & in quo probando diutiùs ideò nō immorabimur, tam in directa vindicatione, quàm in Publiciana eandem esse rationem æstimationis & restitutionis fructuum, omnisque causæ, Eadem constituenda esse de dolo, de culpa, de fortuitu casu, de periculo rei post moram, De bonæ & malæ fidei possessore, De impensis factis, De damno dato, Denique de toto arbitrio iudicis, déque litis æstimatione. Quæro quid esse potest tanti momenti in quo differant propter quod Publiciana actio possit & debeat esse arbitraria, ciuilis autem & directa rei vindicatio non possit? Præsertim verò cùm iidem fateantur, quod etiam verissimum est, ideò in vtraque actione cætera omnia supradicta esse similia, quia sit eadem in omnibus ratio æquitatis. Quid enim dissimiles facere actiones potest ratione arbitrij quod totum ex æquitate pendet, si eandem penitus æquitatis rationem habeant, easdémque per omnia præstationes? Habeant quantùm voles, diuersa nomina, Habeant etiam diuersam originem & causam. Nego tamen posse fieri vt diuersam habeant naturam, si admittas eum aduersariis esse illas eius naturæ, vt & rationem æquitatis recipiant, & paris potestatis æquitatem Nego etiā posse fieri, vt ex duabus actionibus quæ sint eiusdem æquitatis & potestatis, vna sit, altera non sit arbitraria. Quis enim vnquam dixit, actione, bonæ fidei similes esse arbitrariis, aut arbitrarias strictis? Possunt quidem habere omnes aliquid simile vt in fructibus à die litis contestatæ aut rei iudicandæ præstandis, vt *in lege 3. paragrapho in his quoque l. videamus 38. paragrapho si actionem D. de vsur.* At vt habeat omnia similia, fieri certè nullomodo potest. Alioqui cur eas distingueremus classe & genere, in ea maximè distinctione quæ non ex origine pendeat sed ex negotij natura, & qualitate? Aut si qua sit actio stricta quę possit dici eiusdem potestatis & naturæ cuius est arbitraria, quomodo volunt isti se habere vindicationē directam & ciuilē in comparationem Publicianæ, cur vnam dicimus strictam, alteram arbitrariam, ac non potiùs, vel strictam vtramque, vel vtramque arbitrariam? Cùm verò nec illud negare possint, Actiones omnes aut strictas esse aut bonæ fidei aut arbitrarias, quęrerē ab iis perlibenter si directa & ciuilis vindicatio arbitraria non est, An ergo strictam velint dicere, an bonę fidei. Vtique non admittent, opinor, esse illam bonæ fidei, cùm non ex aliquo contractu nascatur, in quo dari aliquid vel fieri promissum sit, & in cuius executione bonam fidem præstari oporteat *§. 1. Instit. de act.* sed ex præsenti possessione *l. non aliàs 24 §. sed si postulatur D. de iudic.* An igitur strictam esse fatebuntur? Inclinant quidem subobscurè in hanc sententiam sed apertè profiteri, & affirmare non audent: Nec sanè etiamsi audeant, ratione tamen vlla probabili possint. Strictas enim actiones dicimus, non eo modo quo arbitrarias, quæ ex nullis contractibus nascūtur sed easdemū quę ex contractibus stricti iuris, aut saltem ex delictis si quis fortè actionem furti aliasque similes strictas dicere velit. Vbi ergo neque contractus vllus, neque delictum vllum est, ibi neque actio stricta vlla esse potest, Non magis ergo potest directa vindicatio dici actio stricta quàm bonæ fidei. Et consequenter fatendum est, vt à sufficienti partium enumeratione argumentemur, meliùs quàm contra nos aduersarij, esse illam arbitrariā, Aut quartum alioqui genus constituendum earum actionum, quæ nec bonæ fidei sint, nec strictæ, nec arbitrariæ: quod nemo adhuc dixit, aut vnquam nisi absurdè & ridiculè dicet. Tum verò quid est, obsecro, quod mouere istos debeat vt negent vindicationem ciuilem esse arbitrariam? Quia, inquiunt, nullum in ea iudicis arbitrium interuenit de re restituenda, quod sententiam præcedat, quale illud esse oportet ex quo arbitrariæ omnes æstimantur, Bene est quod non negant in directa rei vindicatione agi de re restituenda: Qua enim fronte negarent, quod tam apertè scriptum est tam multis iuris locis *l. officium 9. & sequ. l. Iulian. 17 in princip. & §. 1. l. qui restituere 68. & pass. tot. tit. D. de rei vindic. §. 1. Inst. de offic. iudic.* Sed neque negant fieri debere illam restitutionē rectè, id est arbitratu Iudicis & boni viri. Nam & id scriptum est *in dict. l. qui restituere in fin.* vbi quod de vindicatione directa dictū fuerat pertrahitur generaliter ad actiones omnes ex quibus arbitratu iudicis restitui quid oportet. An non verò id ineptè si non esset vindicatio quoque ex earum actionum numero in quibus arbitratu iudicis restitutio fit? Quod & Iustinianus cuius sanè tota illa lex est confirmat euidentiùs *in dict. §. 1. Instit. de offic. iudic.* vbi ait, si in rem actum sit coram iudice, siue contra petitorem iudicauerit absoluere debere possessionem, siue contra possessorem iubere ei debere vt rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget se in præsenti restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum ei esse, vt tamen de restitutione caueat cum fideiussore si intra tempus quod ei datum est non restituerit. Obseruandum enim est quod primùm ait Iustinian. si contra petitorem iudex pronunciauerit, absoluere eum debere possessorem, scilicet eādem illā sententiā qua pronunciat rem non esse petitoris. Quid enim aliud faciendum superesse potest, propter quod vel impediri, vel differri possit absolutio? Nullus siquidem arbitrio locus aperiri potest, cùm apparuit rem non esse petitoris. At si pro petitore iudex pronunciauerit Rem scilicet petitam esse petitoris, neque absolutioni locus adhuc vllus esse potest, neque condemnationi. Non absolutioni, quia cùm pro petitore iam pronunciatum sit qui proinde summoueri amplius nequit, condemnari certè potiùs deberet possessor quàm absolui, neque tamen condemnationi, quoniam actionis formula quæ condemnandi non tantùm facultatem præstat iudici, sed etiam necessitatem iniungit duas habet cōdemnationes quas omnes impletas esse necesse est priusquàm ad condemnationem perueniri possit. Prima est *si paret fundum illum quem Publius Maurius possidet Lucij Titij esse.* Altera in iis verbis quæ nec aduersarij negant in formula vindicationis ciuilis addi solita fuisse *neque illum P. Maurius Lucio Titio restituet* (consulto enim illa prætermittunt *arbitratu* aut *arbitrio tuo*, quæ tamen etiam si omissa sint subintelligi necessariò possunt, & debent.) Prima conditio impletur per pronunciationem illam iudicis, qua declarat, Videri fundum de quo agitur esse Titij petitoris. Nec enim priùs ita pronunciat quàm de tota illa facti quæstio cognouerit quæ priùs agitanda fuit, cuius esset fundus. Quo declarato iudicasse quidem iudex dicitur qui sic pronunciauit, cum dominij quæstionem in qua tota causæ vertebatur definierit, sed nondum tamen officio suo functus, cùm nondum fecerit quicquid per formulam Prætoris facere iussus est, quandiu non condemnauit, quæ extrema est pars formulæ. Ergo alteram quoque formulæ conditionem impleri oportet vt ad condemnationem perueniatur. Ea verò tunc impletur cùm post illam pronunciationem Publius Maurius iam victus in quæstione dominij fundum tamen quem possideat nondum restituit, An autem

videri

videri potest in mora esse restituendi, & ita impleta conditio non restituendi, ob hoc ipsum quod statim atque victus est non restituerit? Minimè verò. Nam post primam illam sententiam iubendus est à iudice vt restituat, idque maximè ad officium iudicis pertinet, vt Iustinianus docet iis verbis *iubere ei debet ut rem ipsam restituat cum fructibus*, & in *d.l. qui restituere in princip. qui restituere iussus iudici non paret.* Quid enim velles imputare etiam illi qui victus est, cur nondum restituerit eam rem quam nec restituere adhuc iussus est? Prima siquidem pronunciatio nihil aliud continet, nisi quod diximus, Videri rem esse petitoris. An non potiùs esset stultus petitor qui expectaret vt restitutionem rei victus imperaret sibi ipsi, quam iudex nondum imperasset? At neque statim post imperatam restitutionem conditio ista posterior impleta videri potest, sed tum demùm cùm tempus præterit, quòd à iudice fuit præstitum ad faciendam restitutionem. Quo elapso fateor posse iudicem procedere ad condemnationem, quasi iam impleta vtraque formulæ conditione, Sed tamen illud quoque verum est, Etiam post moram in restituendo factam liberum esse possessori satisfacere, & arbitrio parere si grauiorem condemnationem euitare velit: quod cæteris quoque arbitrariis omnibus commune est *l. item si cùm 14. §. hac autem actio D. quod met. caus.* vbi ait Vlpianus id obtinere in actione. Quod metus causa non speciali quodam iure, sed generali illa ratione *cùm arbitraria sit.* Cæterùm nec sufficit vt rem restituat ante condemnationem nisi *rectè* restituat *leg. hac verba 75. De verb. significat. leg. ipsi quoque 19. D. de rei vindic.* Quid verò aliud est *rectè* quàm arbitrio boni viri? *d.l. hac verba* iunct. *l. restituere 35. & l. aliud est 71. §. vltim. eod.* Nam & generale illud est vt omnis qui defenditur, boni viri arbitratu defendendus sit, nec boni viri arbitratu litem defendere videatur is qui actorem frustrando efficit ne ad exitû controuersia deducatur *l. pen. & vlt. D. de neget. gest.* Porrò is qui vindicatione siue directa & ciuili, siue vtili & prætoria conuenitur, rem defendere ita debet vt etiam defendatur ipse siue à se, siue ab alio, nihil enim interest *l. hac autem 5. §. vlt. D. quib. ex caus. in poss. eat.* iunct. *l. generaliter 10. D. de admin. tut.* Ergo & cùm rem restituere iubetur à iudice non aliter iussum illud intelligi potest quàm vt arbitrio boni viri eam restitutionem fieri oporteat. Et consequenter vt arbitrio quoque iudicis fiat siue in formula velis addere verba illa *arbitratu tuo*, siue malis prætermittere. Alioqui quo iure obsecro iubet is qui iudex datus est vt reus restituat, nisi quia sic fieri ex bono & æquo debere arbitratur? Ergo tanquam vir bonus, cû id fieri iubeat quod non nisi boni viri arbitrio fieri oportet. Quòd si diutiùs repugnes, quid obsecro refert, an ita iudex arbitretur tanquam iudex, an quasi vir bonus? Sufficit ad probandum Vindicationem esse arbitrariam vt arbitrium iudicis interueniat, de re restituenda Quod nec ij contra quos disputamus negare possunt.

ERROR VIII.

De iudiciis absolutoriis Et de litis æstimatione facienda in arbitrariis.

QVid igitur est quo moueri queant, vt tam pertinaciter defendant non esse arbitrariam? Vnû illud sanè, quod decipit eos non tam arbitrij nomen, quàm sententiæ & condemnationis. Pronunciationem enim illam per quam pronunciatur rem esse petitoris, quoniam & sententia interdum dicitur, *vt l. & ex diuers. 55. §. 1. De rei vind.* & iudicatum vt *in. l. si à te 9. §. 1. D. de except. rei iudic. d. §. 1. de offic. iudic.* accipiunt non tantùm pro sententia sed etiam pro condemnatione, nec possunt intelligere quomodo possit reus dici victus per illam pronunciationem *d. l. 35. §. 1.* qui non sic etiam condemnatus: Indéque nimirum inferunt arbitrium illud quod sequitur eiusmodi pronunciationem sequi condemnationem, & ideò non esse arbitrium illud ex quo æstimantur actiones arbitrariæ quoniam præcedere illud debeat non sequi vt constat apertissimè ex *d. §. præterea*, nec nos negamus. Ac quia cognatum fatrri non solùm post illam pronunciationem sed etiam post arbitrium de re restituendis, sequi necessariò vel absolutionem, vel condemnationem *d. l. qui restituere & l. quid si possessor. 71. De rei vindic.* absurdum autem videtur eum quem illi iam condemnatum ponunt, aut, condemnari iterum aut absolui, cùm iudex post condemnationem, vel absolutionem officio suo functus dicatur ita vt nihil præterea quicquam facere possit *l. 1. l. iudex posteaquam 55. D. de re iud.* Hanc obiectionem sic eludunt vt dicant quod ad absolutioné pertinet mirum id non esse cùm iudicia omnia sint absolutoria *§. vlt. Inst. de perp. & temp. act.* Quod autem ad condemnationem, neque id mirum videri debere, quòd ea condemnatio nihil aliud sit quàm æstimatio litis, quæ in iudiciis omnibus quantumlibet strictis fieri solet, inquiunt, & debet post sententiam & in executione iudicati. Itane verò? vt sint absolutoria iudicia omnia, etiam ea ex quibus iam irrogata fuit condemnatio? Idem igitur iudicium erit & condemnatorium & absolutorium. Quod tamen quis ridiculum esse non fatebitur? Est sanè quàm alienissimum à sensu Iustiniani *in d. §. vlt.* vbi ait non alia de causa vulgo dici solitum Iudicia omnia esse absolutoria quàm quia si ante rem iudicatam is, cum quo actum est satisfaciat actori officio iudicis conuenit eum absoluere, licèt in ea causa fuerit iudicij accipiendi tempore vt damnari deberet. Non ait quia debeat absolui etiam is qui condemnatus est si iudicato satisfaciat. Qui enim iudicato satisfacit, non iam id agit vt condemnationem euitet, quod ipsi absolui est, quàm vt condenationis executio fiat, ne amplius inquietari possit & grauioris pœnæ etiam corporalis, si contumatiæ grauitas ita postulare videbitur comminationem, & declarationem effugiat. Alioqui rogo, quid prodesset absolutio post irrogatam condemnationem, tamque executioni mandatam? Quare nec Iureconsulti rem iudicatam definiunt eam quæ & absolutionem & cõdemnationem simul contineat, sed quæ alterutrum, id est vel condemnationem vel absolutionem *l. 1. D. de re iudic.* quia vtramque eadem sententia aut etiam si voles in eodem iudicio contineri non solum impossibile, sed etiam ridiculum est, nec minus vt iudicium ex quo secuta est condemnatio possit vnquam dici absolutorium, quàm vt è contrario iudicium quod absolutorium fuit, manente absolutione fiat condemnatorium. Nec simile est, quod obiiciunt aduersarij sic eum qui fustibus cæditur, dici posteà absoluendum *in l. Diuus 7 in fin. D. de iur patron.* Absolui enim eo loco Vlpianus dixit pro eo quod est liberari à vinculis, ex quibus causam agere & se defendere libertus debet qui de contumelia & ingratitudine accusatur à patrono. Item liberari à grauiore condemnatione quæ libecto plerumque infligenda est, si contumeliæ atrocitas id exigat. Solee enim in pœna liberti etiam verberibus castigati vlteriùs procedi, ad eóque interdum vsque ad pœnam metalli, si fortè patronus delatam se à liberto doceat, aut libertum contra eius salutem cum inimicis conspirasse vt Vlpianus tractat *in l. 6. cum patro-*

mus D. de offic. præf. vrb. Denique in omnibus causis criminalibus id obtinet, vt cùm quis ad pœnem corporalem condemnatur de cæteris damnis cum eo seu etiore sententie transactum decisúmque videtur *l. quid ergo 13. § penult. D. de his qui not. infam. l. 4. Cod. tod. l. 3. D. term. mot.* Vt proinde mirum non sit ehsolutectiam eum qui condemnatus fuit ad certam pœnam per quam fiet vt absolutus sit à cæteris quæ aduersus eom irrogari potuissent. Quod in ciuilibus actionibus non similiter contingit, in quibus cùm lis necessario æstimande sit, non vtique ad aliud reus condemnatur quàm ad illud ipsum quod debetur *l. vlt. Cod. de fideic. libert.* ac proinde nihil supereft, à quo possis dici absolutum, aut ebsoluendum esse illum, qui condemnatus est, nisi quòd eùm is à quo res per vindicationem petebatur præstitit ex condemnatione quanti actor in litem iurauerit, dicimus videri quoque possessorem cum domino transegisse, ac decidisse eo pretio quod dominus ipse constituit, vt scriptum est *in l. eius rei 46. D. de rei vind.* Sed ea transactio alterius generis & conditionis est quam quæ fit in causis criminalib. Illa enim fit à iudice, & quidem per sententiam ipsam quæ irrogat condemnationem, hæc verò à victore ipso in executione iudicati. Prius enim est vt per sententiam quis condemnatus sit ad præstendum quanti actor in litem iureuerit, quàm vt id quod interest, præstet. Ergo non nisi post condemnationem præstatur iusiurandum, sicut nec nisi per iusiurandum præstitum soluitur ex quantitas quæ per iusiurandum texata est. Proinde non potest dici per sententiam, quarens fuerit condemnatus, quanti actor in litem iurauerit, ebsolutionem vllam factam fuisse, aut absolutioni locum vllū relictum esse cùm sit pœna illa iusiurandi in litem omnium grauissima *l. vlt. D. de fideiuss.* præsertim si cui permittatur iurare in infinitum sine vlla taxatione, quomodo plerunque olim iurabatur, & etiam hodie quibusdam in casibus iuretur *d. l. qui restituere tenet. l. 4. §. iurare De in lit. iur* Non ergo verum est, aut ebsolui eum aut ebsolutum esse, cum quo litis æstimatione deciditur, cùm ea decisio non per iudicem fiat sed per litigatores, secuta iam condemnatione, & ab eo facta, qui coodemnando iem ita desierit iudex esse vt nullam aut condemnendi iterum aut absoluendi potestatem sibi retinuerit *d. l. iudex posteaquàm 55. De re iudic.* Et verò quid absurdius, quàm absolutum dici eum, qui eduerserio date condemnatus sit & dederit quicquid dari præstarique potuit vnquam & debuit? Sed & puto ego quod à veteribus dictum est iudicia omnie esse absolutoria longè alio sensu dictum fuisse quàm Iustinianus docuit *in d. §. vltim. De perpet. & tempor act.* Nam cùm iudiciorum omnium formulæ verbis illis concluderentur *condemna eum*, nec vllum in vlla formula esset verbum de ebsoluendo reo, videbantur omnia iudicia esse condemnatoria nulla absolutoria. Et tamen non ita erat: imò verò earundem formularum potestate dici poterant absolutoria iudicia omnia, non aliter iubebatur iudex reum condemnare, quàm si appareret benè fundatam probatámque actoris intentionem, nullaque aduersarij exceptione elisam. Semper enim ab illa conditione incipiebat formula *si paret*, nec iudicium vllum dictari poterat, in quo si non duplex conditio vt in arbitrariis saltem vnice illa contineretur. Cui consequens erat, vt si deficeret actor in suis probationibus, aut aliqua reo iusta exceptio competeret absolui reum necesse esset, non ob id tantùm quod condemnari non poterat ex formule conditionali nisi priùs implete conditione formulæ. Sed etiam quia iudex datus, hoc ipso quo iussus fuerat sub conditione, vt reum condemnaret, si appareret iustam esse benèque probatam actoris intentionem, Videri poterat in contrarium casum iussus eum ebsoluere. Quomodo. solemus dicere id quod sub vne conditione datum est sub contraria cōditione ademptum intelligi *l. aliquā do 107. De cond. & demonstr. l. si legatum 10. l. legata inutiliter 14. De adim. legat. l. quod purè 6 D. quand. dies leg. ced.* Id enim est quod ait Paolus *in l. 3. De re iudic.* Eum qui damnare potest ebsoluendi quoque potestatem habere, & Vlpian. *in l. nemo 37. De regul. iur.* Neminem qui condemnare potest etiam absoluere non posse, Sufficit enim iudicem nihil facere contra formulam ad hoc vt saluo officio possit absoluere *l. cum fideicōmissum 8. D. de confess.* de cuius sententia in præcedētibus diximus. Cæterùm si ponas reum post acceptum iudicium, & eo tamen adhuc pendente actori satisfecisse, quanam obsecro absolutione indiget reus qui satisfecit, & apocham habet ab actore omnium eorum quæ petebantur? Dicerem potiùs solui hoc casu iudicium, quàm ebsolui reum, eóque casum hunc fungendum cæteris in quibus solui iudicium Paulus scripsit *in l. iudicium soluitur 58. De iudic.* Quænam enim partes iudicis esse possunt, vbi plenissimè actori satisfactum est? Aut quid eleuterius litigentium potest interesse vt feratur sententie siue absolutoria, siue condemnatoria, cùm mutuo consensu, & plena satisfactione præstita discedere à lite maluerūt, quàm sententiam expectare; Potéstne iudicium superesse vbi nulla supereft actio? Aut aliqua actio superesse post sublatam obligationem? Aut obligatio durare post plenissimam siue solutionem, siue satisfactionem? Satisfactio enim, vt nemo nescit pro solutione est *l. satisfactio 52. D. de solut.* Quòd si satisfecisse prodest etiam ad soluendum pignus *l. sit liberatur 6 §. 1. D. quib. mod. pign. l. si rem alienam 9. §. omnis D. de pign. act.* quidni etiam ad soluendum iudicium? Sicut enim non potest iudicium esse ante quā aliquid debeatur *l. non quemadmodum 35. de iud.* ita nec postquàm debeti desiit, quod accepti iudicij tēpore debitum fuit. Itaque deberent hoc sensu dici iudicia satisfactorie potiùs quàm absolutoria: quanquam ne hoc quidem Non enim iudicij, sed satisfactionis potestate fit, vt qui satisfieri non iā absoluatur, quàm non condemnetur. Fateor si conuenerit inter litigatores quid pronuncietur, debere iudicem eiusmodi sententiam proferre *l. si conuenerit. a 6. D. de re iudic.* Sed quis ex eo inferat, si ergo conuenerit inter litigatores vt à lite discedatur, propterea quòd actori reus satisfecerit debere iudicem absolutoriam pro reo sententiam ferre? Imò nullam potiùs debet, quia & videtur id conuenisse inter litigatores quorum voluntatem hac quoque parte iudicem sequi oportet. Quid enim aliud agebat Prætor cùm dabat iudicem, aut datus iudex cùm litem tractare inciperet, quàm vt controuersias eorum dirimeret? Ergo si eb iis sponte recessetiot, debebit iudex, adeóque Prætor tatum id habere *l. 1. §. unde quæritur D oper. noui nunciat.* Sed Prætor maximè, ad cuius officium pertinet lites diminuere *l. quidam 21. D. de reb. cred.* Denique sicuti iudicium accipi non potest cum eo, qui iam satisfecit, quoniam habet quod obiiciat peritori vt Papinianus ait *in l. si pupillus 45. in fin. D. de admin. tut.* Ita neque cum eo dantare qui satisfacit ante sententiam, Nisi cùm arbitrarium iudicium est. Propria enim iudiciorum huius generis natura est illa, vt eo casu quo peteretur arbitrio, adeóque solo illo casu post probatam intentionem egentis, absolutionem sequi oporteat: scilicet cùm iudicatum est rem esse peritoris. Nam si ante primam illam pronunciationem possessor vindicatione conuentus rem actori restitueret vltrò cum fructibus, atque ita in plenum ei satisfaceret, Perinde fore dico vt nullus pronunciationi de iure dominij, nullus arbitrio,

bitrio, nullus denique absolutioni locus relinqueretur non magis quam condemnationi. idque ita esse ex illo etiam apparet, quòd si per vindicationem petitus homo decesserit post litem contestatam & quidem sine dolo & culpa possessoris, nulla est necessaria sententia siue ad absolutionem, siue ad condemnationem, nisi propter fructus & partus & stipulationem de euictione, vt ait Paulus *in l. vsque 16. D. de rei vindic.* Ita intuens nec absolutione vlla indigere reum, qui re peremptâ liberatus est, Nimirum ex illorum sententia qui cum Paulo & cæteris Cassianis putant, non debere bonæ fidei possessorem aut mortalitatem præstare aut propter metum huius periculi temerè ius suum indefensum relinquere *l. illud 40. D. de hered. petit.* Quòd si possessor iam victus in quæstione dominij & restituere iussus noluerit parere, ita vt manu militari auferenda fuerit ei possessio, similiter dicimus fructuum duntaxat, omnique causæ nomine condemnationem fieri *dict. l. qui restituere in princip.* At quod pertinet ad rem ipsam petitam nulla prorsus fertur sententia neque condemnatoria quia nihil est quod eo nomine deduci possit in condemnationem translata iam in actorem possessione, neque absolutoria, cùm actor cui res fuit restituta, nihil iam petat, aut petere vnquam possit ex eo quod habet: Cùm tamen perinde dicendum esset necessariam esse absolutionem secundum aduersariorum sententiam qui volunt, Etiam post factam executionem iudicati ferendam esse, & quidem ab eodem iudice, sententiam absolutoriam pro reo qui non tantùm condemnatus iam fuit, sed etiam satisfecit. Cur non enim is quoque absoluendus esset qui licèt coactus manu militari rem à se auferri passus fuisset, perinde ac ille quem Præfectus virgis cædi iussisset? *d. l. Diuus 7. in fin. De iur. patron.* Falsum igitur est quod isti volunt, Eum qui iam sit condemnatus posse adhuc & debere absolui postquam paruit iudicato. Alioqui nullus erit certè litium finis si non solùm post rem iudicatam, sed etiam post iudicati executionem factam adhuc necessaria sit absolutio, cùm tamen rei iudicatæ proprius ac præcipuus effectus ille sit, vt toti controuersiæ finem imponat *dict. l. 1. D. de re iud. l. 2. C. eod. l. singulis 6. D. de except. rei iud.* Sed illud falsius, quod addunt, Etiam arbitrium iudicis De re restituenda postquàm de iure dominij cognitum & pronunciatum est Rem petitam esse petitoris, non esse arbitrium illud quod præcedere debet condemnationem in iudiciis arbitrariis, sed litis æstimationem illam quam in executione iudicati semper faciendam esse volunt. Quænam enim litis æstimatio facta videri potest ob id, quòd iudex arbitratus sit, & iusserit mihi restitui fundum, quem pronunciauerit meum esse? Imò verò non aliam ob caussam in arbitrariis iudiciis arbitrium præcedere necesse est, antequàm ad condemnationem perueniatur, quàm vti ne litis æstimationem vllam fieri oporteat: Quomodo fit necessariò in cæteris actionibus in quibus siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris litem æstimari semper oportet non post sententiam & in executione iudicati, sed per sententiam ipsam, Ne excepta quidem condictione triticaria, nullaque inter bonæ fidei & stricti iuris actiones differentia hac parte constituenda, nisi quòd in strictis æstimatur lis quanti res fuit inspecto præcisè tempore litis contestatæ. Sola excepta triticaria, in qua spectatur præcisè tempus condemnationis si res extet, aut mortis si ante sententiam perierit homo petitus. In iis verò quæ bonæ fidei sunt, vtro tempore pluris res fuit, vel moræ vel rei iudicatæ *l. 3. §. in hac D. commod. l. 3. §. vlt. De act. empt. l. vinum 3 s. D. de reb. cred. l. pen. & vlt. De cond. tritic. l. hominem 37. mandat. l. fundum 28. D. de nouat.* Cæterùm in omnibus pecunia deducitur in condemnationem, tum quoque cùm non pecunia sed res debita fuit, & per litis contestationem petita. Ideò nimirum quia per litis contestationem fit nouatio, per quam & vetus obligatio perimitur, & noua contrahitur, eáque pecuniaria vt iudicati executio sit expeditior & ciuilior quæ alioqui citra vim & impressionem inuito condemnato fieri nunquam posset. Quid enim prodesset condemnari [illegible] ad præcisam solutionem hominis aut [illegible] tionem fundi debiti ad quam p[illegible] non [illegible] esset ne manu quidem [illegible] ari. At [illegible] ionum actionum prorsus dis[illegible] ratio est. In illis enim lis nunquam æstimatur nisi cùm arbitrio quod præcessit parere reus noluit, Et hoc idcirco quia arbitrariæ actiones siue in personam sint, siue in rem, non nascuntur ex vlla obligatione personali, quæ per contestationem nouari possit, nec proinde dantur aduersus obligatum sed contra possessorem, tum quoque cùm actiones sunt in personam. Quales sunt De eo quod metus causa, Et ad exhibendum, quia & hæ omnes ob eam cautam in rem scriptæ dicuntur *l. metum 9. §. animaduertendum & §. volenti & seq. D. quod met. caus. l. 1 l. 3. §. est autem personalis D. ad exhibend.* Itaque in his actionibus euenit, vt quia per contestationem nulla fit nouatio rem ipsam de qua agitur, aut restitui, aut exhiberi, aut quo alio modo præstari oporteat, Quod tamen quoniam per sententiam & condemnationem fieri non potest, ne perinde accidat, vt nulla sit ratio iudicati nisi per vim, & manum militarem exequendi, rectissimè visum est, ciuiliùs ita rem expediendam vt arbitrio iudicis reus iubeatur rem de qua vel ob quam agitur, restituere, Tum verò si non pareat, cogatur pati grauiorem condemnationem eamque litis æstimationem quam ex legibus aut edictis Prætorum irroganda videatur. Nec enim tam facilè fuit inducendum vt protinus actori spes auferretur petitæ rei consequendæ, siue suam ille diceret, siue sibi obligatam, aut alia de causa restituendam, Ne in potestate esset improbi litigatoris eiusdémque possessoris rem alienam siue iusto, siue iniusto pretio sibi per rapinam comparare *l. nec quasi 70 De rei vindic. l. non enim 9. D. rer. amot.* Nec rursus vt tam citò decurreretur ad grauiorem condemnationem rei infligendam quousque appareret noluisse illum obtemperare arbitrio, nec ea facere quæ vir bonus quilibet facere debuisset. Non igitur possis dicere arbitrium hoc etiamsi interponatur eo tempore quo iam pronunciatum sit de iure petitoris contra possessorem, esse litis æstimationem quæ fiat in executionem rei indicatæ. Idque euidentissimè constat ex eo quòd si victus pareat arbitrio, & rem petitam vel restituat, vel exibeat, absoluendus est: Si non exhibeat, vel non restituat, condemnandus ad pecuniam, quæ vera litis æstimatio est, & ad quam necessariò tùm d[illegible] tur, cùm aliud nihil est, quod meliùs a[illegible] diùs fieri possit. Tantúmque abest vt verum sit quod aiunt aduersarij, eam litis æstimationem fieri in executione iudicati, vt ea demùm condemnatio sententiæ diffinitiuæ nomen sola mereatur quæ scilicet toti liti & controuersiæ finem imponit, *dict. l. 1. de re iudic.* Neque verò aut in arbitrariis aut in aliis actionibus vnquam videas euenire vt nulla litis æstimatio fiat in executione sententiæ, sed omnibus esse illud commune vt per sententiam & condemnationem fieri eam oporteat, ne vlla in executione iudicati supersit facienda. Alioqui duplex fieret æstimatio litis, saltem in arbitrariis,

Vna per arbitrium illud quod sequitur iudicatum, vt volunt, Altera in ipsa executione sententiæ, quod esset absurdissimum. Paulatim namque eò tandem deueniendum esset, vt diceremus duplicem in illis fieri condemnationem, quod adhuc esset absurdius. Nam quod scriptum est *in l. redhibitoria 45 De edilit. edict.* Redhibitoriam actionem habere duplicem condemnationem, non eum sensum recipit vt in eodem iudicio redhibitoriæ actionis duplex condemnatio fiat ex eadem causa contra eundem reum, sed vt pro causarum varietate aliter atque aliter facienda sit condemnatio, modò in simplum, modò in duplum, iuxta distinctionem à Caio traditam eo loco. Nam neque actio illa redhibitoria potest dici arbitraria cùm nascatur ex contractu non minùs quàm actio ex empto Quanto minoris, quæ redhibitionem etiam continet, & ad redhibitoriam prope accedit *l. si is qui hæres 25. §. 1. D. de except. rei iudic.* Vt contra eosdem aduersarios disputanimus in sequentibus. Sed quoniam tota vis huius disputationis in eo consistit vt ostendamus pronunciationem illam iudicis qua declarat in iudicio directæ & ciuilis vindicationis Rem petitam videri esse petitoris non esse condemnationem, Nec rursus arbitrium dici posse illud quod omnem pronunciationem debeat præcedere in aliis arbitrariis vt iidem existimant, de eo nobis iam paulo fusiùs tractandum & disserendum est.

ERROR IX.

De pronuntiatione iudicis declarantis in directa vindicationis iudicio rem petitam esse petitoris.

SI probari à nobis poterit, Pronunciationem illam iudicis per quam declaratur in iudio directæ & ciuilis vindicationis rem petitam esse petitoris, non esse sententiam quæ aliquam includat condemnationem, Illud statim euicerimus falsum esse quod asserunt ij contra quos disputamus, Arbitrium quod posteà sequitur de petita re cum fructibus restituenda nihil aliud esse quam æstimationem illam litis quæ fit si iis credimus in executione cuiuslibet iudicati. Fatentur enim condemnationem aliquam præcedere debere. In quo ipso tamen falluntur: Cùm sit verissimum quod proximo capite ostendimus, litis æstimationem semper fieri per sententiam & condemnationem ac in ipsa condemnatione, nunquam autem posteà in rei iudicatæ executione. Probatio autem facillima est ex quàm plurimis iuris nostri argumentis. Primùm ex verbis ipsis pronuntiationis, quæ constat illa fuisse, *Videri fundum de quo agitur Lucij Titij esse. dict. l. & ex diuerso 35. §. 1. De rei vind. l. Pompon. 40. §. sed & is qui De procur.* Nam in tota hac formula, quid quæso est, quod condemnationis alicuius vel minimam imaginem præ se ferat: Condemnandi sanè verbum nullum, neque aliud quod æquipollens videri possit. Imò neque vox illa iudicis imperantis cui pareri oporteat, Dico amplius nec quicquam quod in consequentiam, nec addam in executionem illius pronunciationis fieri possit aut debeat si nihil præterea per iudicem addatur. Quid enim dicere illud est *Videri fundum quo de agitur Lucij Titij esse*, nisi quæstionem facti dirimere, Liti tamen & controuersiæ finem nondum imponere? Nam cùm vindicationis iudicium constituatur per assertionem dominij ex parte petitoris, & denegationem ex parte possessoris, apparet in eo solo totam facti quæstionem, & statum causæ versari. An petitor sit dominus rei petitæ, necne: sed non æquè tamen verum illud est, nihil aliud petere actorem, nisi vt pronuncietur rem eius esse. Imò verò ideò agit, & vindicat vt restitutionem rei suæ obtineat. Et ob eam nimirum causam dicimus, Eum qui petitorio iudicio vtitur, ne frustra experiatur, requirere debere & explorare ante omnia, an is cum quo instituet actionem possessor sit, vel dolo desierit possidere *l. qui petitorio 36. D. de rei vindic.* quoniam officium iudicis in hac actione illud est, vt iudex inspiciat an reus possideat necne, vt cùm actor probauerit rem suam esse, necesse habeat possessor restituere qui non obiecit aliquam exceptionem, etiamsi aliquam habuerit, quam obiicere potuerit, vt *in l. Papian. 14. D. de Publ. in rem act.* Quod fieri non posset si possessor rem non teneret, nec haberet restituendi facultatem *l. officium 9. eod.* Indéque etiam est, quòd is qui destinauit rem petere, & vindicare, debet animaduertere in aliquo interdicto possit nancisci possessionem quia longè commodius est possidere & aduersarium ad onera petitoris compellere quàm alio possidente petere *l. is qui destinauit 24. eod.* Itaque pronunciatio illa de iure dominij, non finis vindicationis est, sed medium necessarium, per quod ad rei restitutionem obtinendam tanquam ad finem actionis peruenitur. Adeò vt possit interdum petitor actionis & intentionis suæ effectum consequi, etiam nullo domino probato, puta si conuentus reus tanquam possessor neget se possidere, & tamen possidere conuincatur *l. vltim. eod. tit.* vbi Iurisconsultus hac de causa scribit pati actionem in rem compelli neminem, quis licet ei qui conuenitur, dicere se non possidere. Itavt si possit aduersarius conuincere rem ab aduersario possideri, transferat in se possessionem per iudicem, licèt inquit, rem suam esse non approbauerit. Tantùm igitur abest, vt in vindicationis iudicio sententia & condemnatio fiat per pronunciationem de iure dominij, vt etiam nulla tali pronunciatione præcedente possit actor rem obtinere, & quidem vi actionis huius, & vindicationis: quod fieri certè non posset, si is, qui agit vindicatione nihil peteret nisi vt dominus esse pronuntiaretur. Nec est quod quis dicat translationem possessionis à reo in actorem in specie *dict. l. vltim.* non tam fieri iure & potestate actionis, quàm quòd reo negante se possidere nullus aduersarius, & consequenter nulla actio superesse videatur. Nam imò verò fieri ex eadem formula, & ipsius iudicij potestate non ex eo solùm apparet quod lex ait fieri eam translationem per iudicem, sed ex illo etiam quod Iurisconsultus requirit vt possit aduersarius, id est actor conuincere rem aduersario possideri, hoc est à reo qui negauit se possidere, vt eo modo arguatur & conuincatur de mendacio cuius pœnam illum pati eam æquum sit, vt possessionem quam habebat amittat, nulla etiam dominij probatione per actorem allata. Itaque hoc casu sicuti nil necesse est pronunciare, Videri rem esse petitoris, ita neque arbitrium vllum sequi potest de ea re restituenda, neque vlla rursum litis æstimatio, sed recta decurrendum est ad rei restitutionem faciendam potiùs authoritate iudicis, quàm imperandam. Quid enim prodesset iubere rem restitui ab eo, qui negauerit se possidere? quique hoc ipso possessionem amiserit etiam quam reuera habuisset? *l. si quis vi 17. §. differentia D. de acquir. poss.* Facti planè cognitionem præcedere semper necesse est, nisi cùm reus intentionem agenti fatetur. Sed aliud est cognoscere & inquirere an actor sit dominus, Aliud verò an reus

sit

sit possessor. Alterutra cognitio in vindicationis iudicio, semper necessaria est, sed vtraque nunquam. Nam vel reus fatetur se possidere, & eo casu non aliter potest actor vincere, quam si dominium probet, Vel negat reus se possidere, Et tunc sola ipsius possessio ab actore probanda est, non dominium actoris. Quoniam autem omnis facti quæstio pendet ex arbitrio & religione iudicantis *l. ordine 15. D. ad municip. l. 1. §. sed non vtique D. ad S.C. Turpill. l. voluntatis 7. C de fideic.* prudenter antiqui eam pronuntiationis formulam constituerunt *videri rem esse petitoris* vt appareret iudicem, cùm ita pronuntiat, non tam condemnare, quod extremo non primo loco faciendum ei est, quàm animi sui sensum & iudicium aperire: modestè tamen & verecundè vt par est in facti quæstione, cùm facti interpretatio etiam prudentissimos fallat *l. 1. D. de iur. & fact. ignor.* vt proinde temerarium quodammodo videatur affirmare verum id quod ex facto factique probationibus plerumque incertis & arbitrariis pendeat *l. 3. in princ. & §. 1. D. de testib.* Vnde est quod dubiæ causæ dici solent eæ quæ implicitam habent facti quæstionem *l. admonendi 31. D. de iureiur.* si non quod perrarum est, concludentissimæ afferantur probationes. Maxime verò hoc obtinet, cùm de dominij probatione agitur, vt in rei vindicatione. Semper enim dominij probatio difficillima est, vt ait Iustin. *in §. commodum. Inst. de interd.* adeò vt nec desint qui dicant esse omnino impossibilem, saltem eo casu quo probandum sit dominium principaliter non incidenter vt in vindicatione pignoris quæ ideò leuioribus probationibus contenta esse creditur. Quibus licet non assentior, qui video tam multis iuris nostri locis tractari de probando probatóque dominio non solùm si agatur hypothecaria *l. 3. in princ. l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur D. de pignorib. l. ante omnia 23. D. de probat.* sed etiamsi de directa & ciuili vindicatione dominij, in qua necesse est vt succumbat qui rem suam probare nequit plenè, ináмque intentionem implere *l. vlt. & pass. C. de rei vindic. l. 2. & 4. l. cùm res 12. l. ad probat. dominij 21. C. de probat.* Facilè tamen concedo perdifficiles esse probationes istas ideóque tantò magis debuisse iudicem qui de ea quæstione cognosceret pronuntiare non *ita esse* sed *videri*. Quid ex ipsa quoque formula Prætoris descendere videbatur, quæ ab iis verbis semper incipiebat *si pares*, quorum non alius sensus est quàm scriptum esset *si videbitur* quomodo etiamnum Itali qui linguam vulgarem à Latina potissimùm deduxerunt solent dicere *il parere* pro eo quod dicimus *iudicium* & *mi pare* pro eo quod Latini *mihi videtur*, quamuis non negem *paret* dicere nos pro *apparet*, Eodem semper sensu, quoniam apparere dicuntur ea propriè quæ videntur licèt reuera non sint talia qualia videntur: Vnde factum etiam puto, vt Iureconsulti nostri *speciem* dicant id tantùm quod philosophi indiuiduum appellant, quoniam sc. indiuidua sola cùm corporalia sint, apparent & videntur, non ea quæ in genere consistunt, vt iura, & ea omnia quæ philosophi non minùs speciei quàm generis appellatione complectuntur. Ergo cùm pronuntiat iudex, Videri sibi rem petitam esse petitoris, quid aliud facit, nisi quòd aperit quid ipse sentiat de tota illa facti quæstione? Nondum tamen officio suo in plenum fungitur, quia non solùm nec absoluit nec condemnat, sed neque de reo quicquam dicit, neque de re quæ petitur, actori restituenda, quo tamen nomine, & ad eum solum finem iudex datus & peritus fuit. Neque tamen eo minùs verum est iudicatum ab eo iam fuisse, quatenus iudicium suum interposuit, & quid sibi videretur de facti controuersia declarauit. Vnde enim iudicati aut iudicis nomen nisi à iudicio per iudicem ipsum interponendo: Sic & sententiam possis bene hanc dicere, quia explicat quid iudex de proposita facti quæstione sentiret, Ex quo etiam sententiæ nomen deductum esse non ambigitur. Sed post decisam facti quæstionem superest adhuc decidenda quæstio iuris, & pronunciandum quid reum facere ac præstare oporteat. Id enim est quod dici solet ex f. cto ius oriri, igitur sententia illa definit quidem controuersiam & quæstionem facti, sed non totam litem quæ scilicet ex duabus quæstionibus constat, Vna facti, altera iuris, Ideóque interlocutio dici debet potiùs quàm definitiua sententia, cùm non definit litem & totum negotium absolutè sed secundum quid, & ex parte. Alioqui rogo quid in huius iudicati executione fieri possit, cùm iudex nondum declarauit quid fieri velit? An non priùs est, vt condemnatus sit reus, quam vt aliqua contra eum peti vel fieri possit executio. Fateor, Victum esse cùm pronunciatum est rem petitoris esse, Nempe in quæstione illa facti in qua status causæ versabatur. Sed nego esse illum condemnatum: quandoquidem nec iussus est adhuc restituere, quod tamen iussum præcedere necesse est antequam perueniri possit ad condemnationem. Et verò an non possint multa interuenire quæ facere debeant, vt quamuis pronunciatum sit rem esse petitoris, nullam tamen ei restitutionem fieri oporteat: Quid enim si bonæ fidei possessor sit is qui conuenitur, multasque impensas in eam rem fecerit, quarum nomine danda sit ipsi retentio *l. sumptus 48. l. emptor 65. D. de rei vindic. l. domum 5. C. eod.* Quid si idem ille qui vindicat eam rem vendiderit & tradiderit, ob idque repelli debeat exceptione rei venditæ & traditæ *l. 1. & tot. tit. De except. rei vendit. & trad. l. bona fidei 50. D. de act. empt.* Quid denique, vt alia plenè innumera quæ congeri possent prætermittam, si dominus hæres extiterit ei qui vendidit, & ob id teneatur ipse de euictione possitque iuuare se vulgari illo nostrorum brocardico, Quem de euictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio *vulg. l. vindicantem 17. l. Seia 72. D. de euict. l. venditrici 3. C. de action. empt.* Postquam ergo pronunciauit iudex videri sibi rem qua de agitur esse petitoris, adhuc pronunciandum habet super exceptionibus possessoris, de quibus nec quæri solet aut debet quousque actor intentionem suam fundauerit, & impleuerit. Tantúmque distat vt prima illa pronunciatio condemnationis nomen mereri possit, vt nec in iudicis potestate sit, etiamsi maximè velit antequam de exceptionibus rei cognouerit venire ad condemnationem. Sed neque post oppositas discussásque exceptiones, semper condemnare possessorem iudex debet, neque litem æstimare quanti actoris interest qui suam intentionem plenè non probauit, & cui possessor etiam iussus restituere non potuerit, puta si neque dolo, neque culpa possessoris quicquam contigerit, quominùs eam rem traderet, vt in specie *l. à quo seruus 58. D. de rei vindic.* Quomodo igitur possumus dicere possessorem hoc ipso quòd victus est in quæstione dominij, habendum esse pro condemnato, cùm in eo statu sit, vt vel absolui adhuc debeat, vel nunquam fortasse condemnari?

ERROR X.

De potestate formulæ quam Prætor dabat in iudicio directæ vindicationis.

ADdamus aliam rationem sumptam ex ipsa Prætoris formula. Nam cùm sic Prætor formulam dictat *si paret fundum Capenatem quo de agitur Lucij Titij esse*, quid iubet, quid præcipit, aut præscribit iudici, propter quod habeat iudex potestatem condemnandi Sempronium possessorem? Vtique enim fatendum est nullum ius esse iudici condemnandi rei nisi quatenus eam potestatem accepit à Prætore aut alio qui eius dandæ ius habuerit *l. cùm Prætor 12 l. penult. D. de iudic.* Potestatem igitur illam dari necesse est verbis præcisis & dispositiuis, qualia sunt ea quæ ob hanc causam in formularum omnium fine addi solebant *condemna eum*. Non autem conditionalibus cuiusmodi illa sunt *si paret fundum quo de agitur esse petitoris*. Tritum enim est, conditionalia nihil disponere, ne quidem in iis quæ pendent à mera voluntate, & dispositione eius, qui conditionem adscribit *l. si quis sub conditione 8. D. si quis omiss. caus. testam. l. 1. D. de pen. legat. l. 1. §. item si ita D. ad leg. falcid.* Igitur cum iudex inquirit, an fundus petitus sit petitoris, & pronunciat ius esse, neque condemnat possessorem de quo nihil adhuc iecit, neque adhuc satisfacit formulæ, sed tantùm aliquid ex ordine facit vt paulus loquitur *in l. cum vnus 12. De reb. author. iudic. possid.* id est facit id quod in necessarium antecedens facere debuit ad hoc vt possit peruenire ad condemnationem. Facit sanè ex præscripto formulæ, quoniam inigerendæ rei tractandique iudicij ordinem præscribit Prætor, vt à quæstione de iure dominij incipi oporteat, sed non facit, neque quicquid præscriptum est, neque illud quod principaliter imperatum est verbis illis imperatiuis *condemna eum* quousque possessorem condemnauerit, si condemnandus non absoluendus fuit. Imò vt intelligas primis illis verbis conditionalibus nullam iudici fieri potestatem condemnandi, obseruare debes non statim post conditionem illam adiici imperium condemnandi, sed interiectis aliis illis verbis quæ aduersarij quoque admittunt, *Neque fundum illum Publius Mænius Lucio Titio restituet*, quæ si non interponerentur, vtique non alius posset sensus esse huius formulæ *si paret fundum quo de agitur Lucij Titij esse, in eum condemna* quàm vt iudex condemnaret petitorem iuberetur, cuius fundum esse pronunciasset: Quod tamen esset ridiculum, non ob id solùm, quòd condemnari actor nunquam dicitur, sed repelli, excludi, summoueri. Verum etiam quia licèt nihil vetet summoueri actorem aliqua exceptione tametsi suam intentionem plenissimè probauerit nunquam tamen ob id summoueri debet quòd probauerit, Nec igitur sub illa conditione imperari iudici vt eum summoueat, si probauerit fundum suum esse. In summa vt verba illa *condemna eum* de reo & possessore intelligenda sint non de actore, sic etiam rei mentionem in formula factam esse necessarium est, quæ porrò nulla erit nisi media illa verba interiicias *neque fundum illum Publius Mænius Lucio Titio restituet*: Quibus additis euidentissimum sit, non minùs requiri ad condemnationem faciendam vt appareat nolle Publicum Mænium restituere fundum Titio, quàm vt eum fundum Titij esse probatum sit ante omnia & pronunciatum. Vtrumque enim ponitur in conditione, & consequenter cùm duplex conditio sit quæ impleri vtramque oportet, priusquàm potestas iudici data videri possit condemnationis faciendæ, Apparet neutrius conditionis impletione condemnationem induci, sed condemnandi duntaxat ius & potestatem acquiri. Quemadmodum autem posterior conditio implebitur ob non factam Titio restitutionem nisi priùs arbitretur iudex rem illam quam Titij petitoris esse iam pronunciauit restitui ei oportere? Nec enim expectandum est vt possessor victus rem vltrò restituat quousque arbitratus sit iudex ita fieri debere, cùm vt iam dixi multa possint interuenire quæ facere debeant, ne æquum sit eum restituere. Quin etiam eo casu, quo nihil sit, quòd restitutionem impediat debeat, arbitrium tamen iudicis nec illi rarò esse, ex eo intelligimus quòd plura veniunt plerumque in arbitrium, quàm in priorem pronunciationem interdum etiam minùs, Plura equidem regulariter quoniam is qui victus est in quæstione dominij si nullam proferat exceptionem, non tantùm rem illam quæ petita est quam actoris esse pronunciatum fuit restituere arbitrio iudicis debet sed etiam fructus eius quoque cùm per sententiam & imperitiam iudicis pronunciauit iudex petitoris rem esse quæ petebatur fuit aliena *d. l. & ex diuerso 35. §. 1.* Idémque in petitione & alia omni causa iuris est *l. Iulianus 17. §. 1. præterea 20. eod. tit.* Et tamen verum est nihil in prima illa pronunciatione de fructibus exprimi vi quam posse. Non enim bona est consecutio, vt si fundus sit Titij eorum fructus ex eo fundo percepti à Mænio possessore ad Titium pertineant iure dominij, perindéque pronunciari possit Titij eos esse, atque pronunciari debuit de fundo eum ad Titium pertinere. Itaque non vindicantur fructus simul cum re ipsa, sed officio magis iudicis restituuntur, eo quoque casu, quo petitor in vindicatione obtinuit *d. §. 1. De offic. iudic. l. certum est 22. C. de rei vindic.* Quamuis enim iure soli non iure seminis percipiantur *l. qui scit 25 § 1 D. de vsur.* fieri tamen non potest vt ad dominum iure dominij pertineant qui ab eo percepti nunquam fuerunt, Præsertim verò si ponas vindicari fundum aduersus bonæ fidei possessorem qui in percipiendis fructibus tantundem iuris habet, quantum dominus, atque hac parte loco domini est, fructúsque suos faciat perceptione sola interim dum est quousque illos restituerit petitori *l. bona fides 48. De acq. rer. dom. l. si fructuarius messem 13. D. quibus mod. vsusfr. amitt.* quia sc. bona fides tantùm possidenti præstat, quantum veritas vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136. De reg. iur.* Et tamen restituuntur, qui extant, imò qui post litem contestatam percepti sunt vniuersi *d. l. domum*, quia non debent lucro possessoris cedere cùm victus sit *d. l. & ex diuerso 35. §. 1. D. eod.* Cùm ergo iudex qui pronunciat fundum esse petitoris nihil omnino pronunciet de fructibus, quos tamen necesse deduci in condemnationem vt veniant in restitutionem. An non apparet euidenter primam illam pronunciationem, per quam pronunciatur Rem esse petitoris, licèt sententia sit, non tamen esse condemnationem. Alioqui pariter & simul de fructibus & de re ipsa pronunciandum esset. Quod non minùs apertè quàm eleganter Paulus docet *in d. l. & ex diuerso §. 1.* illis verbis *Vbi autem alienum fundum petit & iudex sententia declarauit suum esse, debet etiam de fructibus possessorem condemnare. Eodem enim errore & de fructibus condemnaturum.* Vides vt separet sententiam illam declaratoriam à condemnatione? Declarat primùm iudex suâ sententiâ

[illegible] fundum [illegible], & quidem citra vllam con- [illegible] arbitratur, Debet igitur rem [illegible] cum fructibus, id si non fiat, condemnat reum non tam ad rei restitutionem sed ad fructus omnimodo, id est si tamen rem ipsam victo possessor post arbitrium restituerit, fructus autem restituere noluerit siue manu militari ablata ei possessio sit, vt nulla amplius pro ipsa re fieri possit condemnatio *d. l. qui restituere in prin.* Non igitur eadem pronunciatione, sed eodem tamen errore id est in consequentiam prioris illius erroris quo pronunciatum est meam rem esse quæ aliena erat. Cæterum debet sententia declaratoria præcedere vt probant verba illa *& iud. sententia sua declarauit meum esse*, & quod sequitur *debet etiam de fructibus possessorem condemnare*. Sed an per arbitrium fit illa condemnatio? Minimè. Sed ita demum si arbitrio non pareatur. At cùm arbitrium tale esse debeat vt rectè restituatur, id est arbitrio boni viri *l. hæc verba 73. De verb. signific.* fatendum est huiusmodi arbitrium etiam fructuum restitutionem continere. Et consequenter si arbitrio non pareatur etiam fructuum condemnationem in sententia diffinitiua fieri oportere. Non enim potest arbitrium aut esse condemnatio aut condemnationis iure censeri, cùm in potestate maneat possessoris an arbitrio parere velit necne, & sola contumacia quæ fit in non parendo arbitrio, faciat locum condemnationi *§. præterea 1 Inst. de action.* Quia enim dixerit in facultate condemnati esse debere an sit condemnatus? *l. si iudex 41. D. de minor.* Cui conuenit quod sub Vlpiani nomine à Triboniano scriptum est *in d. l. qui restituere*. Cum quis restituere iussus iudici non paret, contendens non posse restituere manu militari officio iudicis ab eo possessionem transferendam esse & fructuum duntaxat, omnisque causæ nomine condemnationem fieri. Quod ait possessorem iussum esse restituere, non tantùm supponit pronunciationem illam quam diximus præcedere debere, & qua declaratur fundum esse petitoris, sed etiam arbitrium significat, quòd sicuti pronunciationem illam sequi necessariò debet de re quæ petita fuit, rectè restituenda. Ita & præcedere condemnationem, quam ex ratione veteris Iurisprudentiæ fieri oporteret ob id quòd arbitrio paritum non esset, secundum eam arbitrariam actionem definitionem quam Iustinianus tradidit *in d. §. præterea*. Postquam autem Iustiniano placuit vt arbitrio & iussui iudicis de re restituenda, præcisè parendum sit adeò vt manu militari potius transferenda possessio sit, in victorem, quam permittendum possessori, vt non restituat rem cuius restituendæ facultatem habet, apparet nullam eo nomine condemnationem sequi posse, sed tantùm de fructibus omnique causa. Quid enim possit aut debeat amplius iudex in condemnationem deducere, aut cur litem æstimare. aut quomodo, cùm petitor obtinuit restitutionem quam vrgebat rei petitæ? Et tamen non eo minùs condemnatio facienda est, quia est necessaria fructuum, omnisque causæ nomine, de quibus nulla manu militari executio fieri potest, neque vi & potestate prioris pronunciationis in qua nihil de fructibus déque reliqua causa dictum est, neque rursum vi & potestate arbitrij, quia licèt arbitrium etiam fructuum restitutionem contineat, vt diximus: In eo tamen dispar conditio est fructuum & rei petitæ, quòd de re petita iam aliquid pronunciatum est, Eam scilicet videri esse petitoris de fructibus verò nihil Porrò si absurdum est, & contra iuris ciuilis regulas vt ab executione incipiatur *l. 1. C de exec. rei iudic.* quanto absurdius & inciuilius esset incipi à manu militari nulla pronunciatione præcedente? De inde quid posset facere manus militaris ad transferendam in actorem possessionem fructuum à reo perceptorum, ac fortassis iam consumptorum? Tum verò et amisi maximè extarent, cum tamen non veniant in restitutionem iure dominij & vindicationis, sed tantùm officio iudicis vt diximus, quomodo aut quo iure fieri posset, vt eos manu militari iudex officio suo auferret quos nunquam adiudicasset? Aut si dicas, quod omnium improbabilissimum est, Arbitrium illud habere vim sententiæ & condemnationis. Fatearis ergo necesse est duplicem fore eorundem fructuum nomine condemnationem, Primam illam quam vis per arbitrium factam esse. Alteram illam, quam vult Iustinianus fieri post arbitrium de re restituenda. Quòd si eum aduersaria nostra sentias, Etiam pronunciationem illam qua declaratur fundum esse petitoris, habere vim sententiæ & condemnationis, ita vt quicquid postea fit siue per arbitrium, siue per litis æstimationem ob id quòd arbitrio non fuerit obtemperatum, in executionem iudicati fieri videatur, Consequens fiet vt tres in vno eodemque iudicio & pro vna eademque referantur sententiæ & condemnationes, quarum prima illa erit, qua pronunciatur dominium ad petitorem pertinere: Altera per quam iudex arbitratus fuerit rectè rem restitui debere, & arbitrio boni viri: Tertiam illam ex qua ob rem non restitutam condemnatus fuerit possessor quanti actor in litem sine vlla taxatione iurauerit. Nam si respondeas, tertiæ huic condemnationi locum nullum esse posse, cùm manu militari auferenda sit possessori sua possessio & in petitorem officio iudicis transferenda. Replicabo primùm æquè absurdum fore siue duas, siue tres in eodem iudicio de eadem re fieri condemnationes, cum singulis controuersiis sicut singulas actiones, ita vnum iudicati finem sufficere probabili ratione placuerit *l. singulis 6. D. de excep. rei iud.* Præterea non semper impedit condemnationem prætextu restitutionis illius præcisè quam manu etiam militari debere fieri Iustinianus voluit, sed eo tantùm casu quo rei restituendæ facultatem possessor habeat. Quid enim si non possit restituere & dolo fecit, quominus posset? Eadem lex ait, condemnandum illum esse quanti actor in litem sine vlla taxatione iurauerit. Tres igitur eo saltem casu fient condemnationes, sicut & illo quo reus victus restituendæ rei facultatem, sine vllo suo dolo amiserit. Nam & illo casu non pluris quàm quanti res est, id est quanti aduersarij interfuit, condemnandum esse possessorem ibidem scriptum est. Sed & cùm res præsens est, eiusque restituendæ facultatem habet reus qui iam in causa dominij victus est, si malit petitor litis æstimationem consequi, hoc est quanti in litem ipse sine vlla taxatione iurauerit, quàm manus militaris auxilium implorare, quidni obsecro mos ei geratur? An fortè minor est contumacia, maiórve fauore illius qui cùm habeat facultatem præsentem restituendæ rei quam restituere iussus est, quàm si dolo fecisset quominus hodie posset restituere? Nam & è contrario si possessor dolo fecerit quominus possit restituere & ideò condemnatus sit quanti actor sua interesse in litem iurauerit, nec tamen actor iurare velit, sed quanti res est, aduersarium condemnari malit, nemo dubitat, quin mos ei gerendus sit, vt disertè Paulus scribit *in l. quod si possessor 71. eo.* Triplici ergo condemnatione his tribus casibus opus erit, quod tamen quam absurdum sit dicere, nemo non videt, Concludamus itaque, siue formulam Prætoris inspicias, siue verba sententiæ per quam declaratur rē esse petitoris, Non posse sententiam illam dici condemnationem,

nem,

niem, vt neque arbitrium quod sententiam illam sequitur, sed esse ista duo præparatoria & necessariò facienda in ordine ad futuram vel condemnationem, vel absolutionem. Quæ tum demum sequitur, cùm & iam pronunciatum est. Videri rem esse petitoris, & arbitrium postea [illegible] De re rectè restituenda cum arbitrio vel [illegible] reus, vel non paruerit. Hæc verò ex [illegible] quæ [illegible] ti Decade tractabimus, longe n[illegible]us & a[illegible] intelligentur.

ANTONII FABRI I.C.

Decas nonagesimasecunda.

ERROR PRIMVS

Cur in aliis actionibus quàm arbitrariis nulla præcedat pronunciatio, nullumque arbitrium ante condemnationem.

SATIS quidem ex superioribus intelligere doctiores possunt, quid causæ sit, cur in aliis actionibus, quam in arbitrariis nulla præcedat pronunciatio, nullum arbitrium ante condemnationem. Sed tamen digna res est quæ a nobis & plùribus & apertiùs explicetur. Si contendam debere te mihi centum ex contractu siue bonæ fidei, siue stricti iuris, in eamque rem tecum experiar competenti actione siue stricta, siue bonæ fidei. Constat vnam duntaxat conditionem poni in formula *si paret Titium debere Mæuio centum ex causa mutui vel depositi* (addenda enim causa est vt dignosci possit qualitas & natura negotij actionisque propositæ an bonæ fidei sit an stricti iuris) *tu eum condemnato*, ideóque sufficere ad irrogandam condemnationem vt appareat iudici debere Titium ex ea causa Mæuio centum, nec aliud præterea quicquam requiri, Id est, neque illud vt iudex pronunciet debere centum, neque vt tali pronunciatione facta arbitretur debere centum illa solui, Sed rectà deueniri ad condemnationem statim atque de facti & debiti veritate cognitum est. In quo præcipua certè differentia est actionum illarum ab arbitrariis, in quibus fieri nunquam potest, vt vel absolutio, vel condemnatio sequatur, quin & pronunciatio & arbitrium De re vel restituenda vel exhibenda præcesserit. Ineóque mihi conueniat etiam cum ad[illegible]sariis, qui licet nouam arbitrariarum naturam induxerint, eam tamen diffinitionem quam Iustinianus tradidit *in paragrapho præterea Institut. de action.* neque permittere, neque improbare ausi sunt, nec proinde negare, quin arbitrariæ actiones ex arbitrio præcedente pendeant & [illegible]nt æstimandæ. In hoc tantùm à nobis discrepantes quòd arbitrium illud alio æstimant, quàm eo quo æstimari ratio suius patiatur. Vnde verò tanta hæc nasci potuit differentia? Aut cur ambages istæ fuerunt inducendæ in arbitrariis actionibus quominus in iis sicut in cæteris rectà perueniatur ad condemnationem? Petenda est, vt ego quidem arbitror, [illegible] differentiæ ex eo quòd condemnationes omnes sint personales. Et quanuis in plerisque actionibus, [illegible] non tam personæ quam [illegible] *denique 19. D. de iur. fisc.* personam tamen [illegible] non [illegible] condemnari necesse est, cùm non fiat condemnatio, nisi ad dandum aliquid, vel faciendum, vel patiendum: quorum omnium nihil est quod in rem cadere possit, quódque à persona ipsa fieri non oporteat. Ideoque is omnium formularum finis fuit *condemna eum*, aut vt alij concipiunt *tu eum condemnato*. Atqui non potest fieri vt siue ex ratione mera iuris, siue ex vlla æquitate condemnari debeat ex persona quæ nunquam fuerit obligata: quemadmodum nec vlla personalis actio intelligi potest quam nulla personalis obligatio præcedat. Id enim est quod vulgò iactatur, Obligationem esse matrem actionis, scilicet personalis, *leg. licèt 42. paragrapho ea obligatio D. de procurat.* Quæ enim sunt in rem cùm aduersus eum exerceantur, qui nullo modo est obligatus *paragrapho primo, Inst. de action.* nullam certè obligationem pro matre requirunt, aut pro causa. Quoties igitur talis obligatio exercemus, cui obligatio nulla causam dederit, vt euenire dicimus in actionibus in rem omnibus, siue ciuiles sint, siue prætoriæ, & siue de pignoris iure in iis agatur, siue de iure dominij, id est in directa rei vindicatione, in Publiciana, in Seruiana, & quasi Seruiana quæ nascuntur omnes ex præsenti possessione, vt ait *leg. non alias 14. paragrapho sed si postulatur D. de iudic.* necesse est aliquid interuenire ex quo nascatur obligatio personalis, ad hoc vt possit sequi personalis [illegible]natio. Non enim possis dicere nasci aliquam ex contestatione, cùm per contestationem nulla potuerit fieri nouatio præcedentis obligationis quæ nulla fuit, vt disputauimus in Decade superiore. Et consequenter illud ipsum quod fuit in pet[illegible]one tempore litis contestatæ, remanet in actione & in præstatione, id est rei petitæ restitutio. Ergo illa semper quæstio examinanda superest, an [illegible]tor habeat in ea re ius dominij vel pignoris, Deque eo ipso ante omnia pronunciandum est, vt si petitor intentionem suam probare nequeat [illegible] summouea tur, possessor autem absoluatur, nec vlteriùs procedatur, nisi ad hoc solùm vt expensarum taxatio fiat, si actor ad ea conde[illegible]natus sit, quomodo condemnari debet, si temer[illegible]que iure litem instituerit. Quid enim aliud facere iudex possit? Sed si actor intentionem [illegible]uplenerit & plenè probauerit Iudex quidem [illegible] eo pronunciare debet, Videri scilicet [illegible]am ipsius esse, At non ideò tamen reum [illegible] potest, cuius nimirum factum adh[illegible]um interuenit in tota lite propter quo[illegible] ratio iuris aut æquitas aliqua facere possit, vt [illegible]ndemnari debeat. Quid enim fecit reus, [illegible] quod [illegible]gauit de dominio vel de pignore rei pet[illegible]tæ? Atqui victus [illegible] fateor, eùm pr[illegible]nunci[illegible] fuit rem esse pet[illegible]o [illegible]d quid tum [illegible] ideo pe[illegible]tori [illegible] factú [illegible] Minime, Non enim sola fuit illa pet[illegible]

vt rem suam esse contenderet, sed vt eius restitutionem obtineret. Porrò nihil de eo adhuc pronunciatum est, neque pronunciari potuit, aut debuit, cùm incidere multa possint quæ faciant, vt etiam post eiusmodi pronuntiationem absolui tamen possessorem oporteat. Puta si is à quo seruus petebatur, eiusdem serui nomine noxali iudicio conuentus & victus eum noxæ dederit vt *in l. à quo 58. D. de rei vindic.* Aliquid igitur prætereà fatendum est antequàm ad possessoris condemnationem deueniatur. Quid verò? Hoc primùm vt arbitretur iudex restituendum rem debere, & quidem rectè, id est arbitrio boni viri cum fructibus & omni causa. Quare non est cur quæras cur hanc restitutionem imperet iudex & iubeat per arbitrium potiùs quàm per condemnationem. Nam præter id quod vt docuimus in præcedentibus nunquam factum deducitur in condemnationem, quia ratio exequendi iudicati nulla inueniri posset, cùm ad factum præcisè cogi nemo possit, Iudicatum autem nullomodo mandari executioni, vel non mandari eo modo quo iudicatum est, planè alienum esset à rerum iudicatarum authoritate. Vides in proposita specie condemnandi possessoris qui nihil adhuc promiserit aut fecerit causam nullam esse, ita verò arbitrandi causam esse, Nec illud tamen in executionem iudicati, cùm de eo nihil in iudicato & pronunciatione comprehensum sit, sed in consequentiam potiùs primæ illius pronunciationis. Parum enim aut nihil prodesset petitori quòd victus esset possessor, si non posteà rem petitam restituere iuberetur. Sicuti igitur arbitrio expectat iudex quid possessor facere velit. Si arbitrio paret, absoluit eum, quia iam petitori eidémque victori plenissimè satisfactum videt, nulla licèt adhuc facta condemnatione. Quandoquidem arbitrium licèt neque sententia sit, neque condemnatio, tamen condemnationis vim & effectum obtinet. Non quòd ad hoc vt exemplo sententiæ & condemnationis mandari debeat executioni, etiam inuito eo qui victus fuit, sed quantum ad id quod præcipuum est, vt petitori satisfiat, Adeóque commodiùs & conuenientiùs intentioni petitoris, quàm si condemnatio facta esset, nec enim posset condemnatio fieri nisi in pecuniam, cùm tamen petitor rem suam præcisè petat, non rei suæ quantamcunque æstimationem: Arbitrium autem redditur de re ipsa quæ petita fuit cum fructibus restituendis, non de pretio ipsius soluendo. Sed si victus possessor arbitrio parère nolit, tum verò incipit ille aliquid facere propter quod iam dignus est qui condemnetur, cùm spernat arbitrium iudicis, cui Prætor arbitrandi potestatem fecerit (nisi spernendi causam aliquam iustam habeat vt in specie *dict. lege à quo 58. De rei vindic.*) Arbitrium, inquam, non quale boni viri cuiuslibet, quod impunè sperni posset, sed quod habeat adnexum iussum & imperium, Cui sicut parère æquum fuit, ita non parère malum, ac penè iniuriosum. Cur ergo, inquies, non hoc saltem tempore condemnatur vt rem restituat, vt faciat inuitus quod neque vltrò, neque arbitrante iudice facere voluit, cùm deberet? Iam dixi, quia ad hoc ipsum condemnari nec potest, nec debet. Non potest, quia cùm restituere sit facti (restituere siquidem est alium possessorem facere fructus reddere, & alia pleraque quæ restitutionis verbo continentur *l. plus est 22. De verb. sign.*) si restitutio vt & aliud factum quodlibet in condemnationem deduceretur nulla iudicati præcisè exequendi ratio superesset, rursusq; æstimari factũ oporteret, vt *in l. stipulationes diuiduntur 72. de verb. oblig.* atque ita in iudicati executione fieri de lite litem, & ex primæ litis materia litem alteram consurgere, vt loquuntur Imp. *in lege terminato 3. C. de fruct. & lit. expen.* quod tamen ne vnquam fiat districtè prohibet Prætor *l. 3. § ait Prætor. D. de re iudi.* Ne alioqui detur processus in infinitum, nec vllus vnquam sit litium finis *l. 2. C. de re iudic. l. fratris 10. Cod. de transa.* Non debet, quia necdum obligatus adhuc est possessor ad restituendũm, nec quòd iussus restituere ideò factum est quòd sit obligatus, sed vt si nollet restituere hoc ipso se obligaret ad condemnationem, non quidem faciendi, sed præstandæ æstimationis litis, qualem posteà deduci in condemnationem oporteret. Condemnandus ergo est non vt restituat, sed quia non restituit, cùm & victus sit, & restituendi arbitrium, cui parere noluit, interuenerit. Qualis autem quantaque debeat esse litis æstimatio, non in arbitrio & religione iudicantis positum est ne cum aduersariis nostris mihi obiicias periculum magnum subesse, vt iudex, siue affectionis suæ, siue arbitrij sui memor, incorrupti iudicis nomen perferre non possit *l. vlt. C. de adsessor.* sed totum pendet, vel ex authoritate iuris ciuilis vel ex edicto Prætoris, nec aliam pœnam irrogare iudex potest, quàm quæ in eam rem certa constituta est, vel legibus, vel edicto Prætoris, vel authoritate prudentum iura constituentium. Itaque in arbitrio quidem permittitur iudici ex bono & æquo æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat *d. §. præterea, De act.* sed in condemnatione non item. Inde fit vt qui vindicatione directa conuentus & victus, remque restituere iussus parere noluit, aliter condemnetur, quàm qui actione quod metus causa, aut actione De dolo. Et rursus in ipsa quoque vindicatione, aliter is qui vel possidet nec vult restituere, vel quod effectu idem est dolo desiit possidere, Aliter is qui neque possidet, neque possidere desiit dolo malo. Certa namque singulis casibus pœna constituta est aduersus eum qui arbitrio parere noluit, & alia atque alia pro casuum ac negotiorum varietate. Aliquando condemnatur reus in quadruplum, vt in actiones Quod metus causa, Aliquando in id quod reuera interest petitoris vt in hypothecaria, nam ea quoque arbitraria est *l. si fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* Aliquando quanti petitor in litem sine vlla taxatione iurauerit, vt *in d. l. qui restituere.* Quæ omnium maxima & grauissima condemnatio esse videtur, vt Paulus innuit *in l. vlt. De fideiu.* in illis verbis *& cùm reus haberet possessionem, noluit eam restituere, & ideò magno condemnatus est.* Et vt intelligas condemnationem illam fieri non iure obligationis alicuius, sed in pœnam contumaciæ, ob id quòd victus non fecerit id quod vt arbitrio pareret facere debuit. Respondet Paulus eo loco, Fideiussores procuratoris, qui de rato cauerat, & succubuerat, non debere in id amplius condemnare, quod stipulator à domino posteà victus, magnam quantitatem ex condemnatione præstiterit, Et rationem subiungit *hoc enim non debet imputari fideiussoribus quod ille propter suam pœnam præstitit.* Pœna enim est & quidem grauissima si quis condemnetur, quanti aduersarius in litem, maximè verò sine vlla taxatione iurauerit, cùm non fiat res pluris per iusiurandum, sed ob contumaciam possessoris æstimetur vltra suum pretium *l. 1. D. de in lit. iur.* Sic & in actione Quod metus causa pœna tripli est, quoniam in quadruplo simplum continetur *l. item si cùm 14. §. quatenus D. quod met. caus.* Sc. si rem æstimes & condemnationem ex parte actoris, quia cùm quadruplum consequitur, in quo & rei persecutio continetur, non nisi triplum habet ex alieno: At si inspicias ius condemnationis ex parte possessoris quadruplum in

ita pœna est qu a nisi pœnam mereretur ille ob id quod rem restituere, & arbitrio iudicis parêre nolit, nullam posset pati condemnationem, ne in obolo quidem, tametsi eam rem retineret, quam pronunciatum esset per metum aut per vim extortam esse. Neque apud me dubium est quin & Vlpianus & cæteri prudentes iam senserint, quamuis Tribon. contrà putauerit, cuius esse totum illum §. ostendimus in Coniecturis. Atque hæc quidem in omnibus iis actionibus quæ verè arbitrariæ sunt, sic obtinent, si excipias illam De eo quod certo loco, in qua docuimus esse aliquid diuersum, quòd habet multa specialia, propter quæ speciali quodam iure, ac nomine arbitraria nuncupatur. Habent itaque actiones arbitrariæ similitudinem magnam cum actionibus bonæ fidei, quod pertinet ad arbitrium in quo iudex omnia æstimat, non quidem ex bona fide, cui nullus in arbitrariis locus esse ideò potest, quòd in iis non agatur de fide data, sed tamen ex bono & æquo *d. §. præterea* (latiùs enim patet boni & æqui, quàm bonæ fidei potestas significatio) sed sunt similes etiam strictis in eo quòd licet non strictam, sed largam vt plurimùm, certam tamen & præcisam habent condemnationẽ, cui neque æquitatis neque alio vllo prætextu addere quicquam iudex possit, aut detrahere. Sed in cæteris omnibus sunt actiones arbitrariæ actionibus bonæ fidei & strictis dissimillimæ. Nam in his neque pronuntiationem vllam præcedere, neque arbitrium aliquod interuenire necesse est, sed post discussam facti quæstionem, si appareat eum debere qui obligatus dicitur, siue ex contractu, vel quasi, siue ex maleficio, vel quasi, nec vlla exceptione iusta reum defendi, Cogitur iudex vel ex ipsius formulæ verbis & pronuntiare Reum contra quem agitur id debere de quo agitur, & eum ad tantam pecuniam, quanta est quæ debetur, condemnare. Cur enim bis pronunciaret, aut condemnationem differret, cùm parata sit ex obligatione condemnationis materia? Aut cur in arbitrium deduceret quòd rectà in condemnationem deducere potest? Nulla certè subest necessitas interponendi arbitrij, Nulla rursum diuidendæ pronuntiationis, Nulla denique differendæ condemnationis, sed rectà decurrit iudex ad faciendam litis æstimationem per sententiam, quæ quoniam condemnationem habet, sicut & è contrario absolutionem contineret, si actor aut in probanda intentione sua maneus, aut exceptionibus iustis summouendus fuisset, non solùm sententiæ nomen meretur, sed etiam rei iudicatæ, cùm toti liti & controuersiæ finem imponat *l. 1. D. de re iudicat l. 3. C. de sentent & interlocut. omn. iudic.* Ideóque post eam sententiam latam nihil superest, nisi vt iudicati executio fiat, Et quidem non ab illo ipso iudice qui iudicauit, quem scilicet constat officio suo ita functum esse, vt nihil amplius agere in ea causa possit, ne quidem eodem die *l. iudex postquàm 55. l. cùm quærebatur 62. eodem.* Sed à Prætore, aut alio Magistratu qui eum dedit, ad quem pertinet exequi sententias iudicium à se datorum, Maximè post rescriptum Diui Pij de quo *in lege à Diuo Pio 15. in princip. eodem.* Ex quo intelligimus, si verum esset quod isti putant, Sententiam illam quæ pronunciat iudex datus in iudicio vindicationis, Videri rem petitam esse petitoris, pro sententia diffinitiua, & condemnatione habendam esse, non tam plus fore in potestate iudicis vt quicquam arbitratur l e re restituenda, siue arbitrium illud ceip as cum aduersarius pro executione iudicati, l ie cum vulg tibus interpretibus pro noua quadam sententia, siue nobiscum pro interlocutione quadam præparatoria condemnationis. Nihil enim istorum facere post rem iudicatam & condemnationem iudex potest, Tantùm distat vt priori condemnationi aliam possit addere et quacunque causa. Nam neque Prætor ipse facere id posse, si sententiam ipse tulisset. Quamuis plus iuris habeat quàm iudex datus in eo quòd licet rescindere sententiam suam præcedentem non possit, ne quidem eodem die non magis quàm iudex pedaneus. Reliqua tamen quæ ad consequentiam quidem iam statutorum pertinent priori tamen sententiæ desunt, potest & debet supplere eodem die dum ne ad condemnandum reum pertineant, aut absoluendum. *l. Paulus respondit rescindere 42. eo.* vbi non dubito quin pro *circa* legendum sit *citra* in illis verbis *circa condemnandum reum vel absoluendum.* Quomodo enim fieri posset, vt adderetur aliquid condemnationi, vel detraheretur quin sententia saltem ex parte rescinderetur? Cuius scilicet substantia in condemnatione vel absolutione consistit *dicta lege prima, eodem argumento lege pacta conuenta 72. in fin. De contrahend. emption* Etita conciliari debet *dicta lex Paulus, cùm dicta lege cùm quærebatur.* Non quomodo nostri vulgò conciliant, distinguentes dotaxat principale ab accessoriis, non autem iudicem pedaneum de quo *in d. l. cùm quærebatur*, à Prætore de quo *in d. l. Paulus.*

ERROR II.

De restitutione & solutione quæ fit in iudiciis bonæ fidei & strictis ante condemnationem.

Scrupulus hic à nobis tollendus est, quem aduersariorum subtilitas iniecit, qui ne cogantur fateri directam & ciuilem vindicationem esse arbitrariam, cùm tamen negare non possint in eius actionis formula solitum fuisse. Prætorem addere ea verba *neque res restituetur*, Aiunt non esse ex clausula illa æstimandas actiones arbitrarias, probántque ex eo quòd in cæteris quoque actionibus omnibus sint bonæ fidei essent, siue stricti iuris æquè soleret Prætor addere, *nisi ea res præstetur nisi ea pecunia soluatur, vel eo nomine satisfiat*, vt eo conuento potestas esset vsque ad sententiam soluendi præstandique quod petebatur, atque ita euitandi condemnationem. Idque nimirum esse quod vulgò iactari solebat, Omnia iudicia esse absolutoria *§. vltim. Instit de perpet. & temp. except.* Proinde supradictam clausulam fecisse iudicia absolutoria, non arbitria. Nos verò præter illa quæ iam docuimus in præcedentibus, Quo sensu quave ratione ab antiquis prudentibus dictum sit, Absolutoria esse iudicia omnia ostendamus iam quantum olim interfuerit & hodie quoque intersit inter eam restitutionem quam iure vetere fieri necesse erat in iudicio vindicationis ad euitandam condemnationem, & eam solutionem quæ in cæteris iudiciis fieri poterat, & debebat ante sententiam, vt absolutio sequi posset. Primùm omnium, Restitutio quæ fiebat in iudicio vindicationis fiebat procul dubio ex iussu & arbitrio iudicis dati, vt apparet *ex l. qui restituere 68. D. de rei vindicat.* & aliis locis omnibus qui de hoc arbitrio loquuntur. Solutio autem, quæ in aliis iudiciis fieri poterat, non iussu aliquo iudicis fiebat, sed sola illius voluntate qui conueniebatur. Quoniam enim iure potuisset iudex addictus iudicio,

dicio, siue bonæ fidei, siue stricti iuris, iubere eum soluere, quem nondum prononciasset debere? Aut vbi quæstione facti discussa comperisset ac pronunciasset eum debere quidni eâdem sententia & pronunciatione eundem condemnasset? Quid enim erat, quod remorari posset condemnationem, quominùs condemnari statim deberet Is, quem debitorem esse constitisset? Non igitur debebat vllam pronunciationem expectare, vt solueret ad euitandam condemnationem. Sed pendente duntaxat facti quæstione liberum erat ei vt solueret: cum præuidere posset & deberet, vt statim atque de facto cognitum esset prononciari, contra eum & pariter condemnationem fieri oporteret. Deinde quod superiori differentiæ omnino consequens fuit post arbitrium quod in iudicio vindicationis ex necessitate formulæ reddi oportebat, dabatur victo necdum tamen condemnato tempus ad restituendum quantùm ex æquitate indulgendum videbatur pro causarum & personarum varietate, dum ne tamen frustrandi causa peteretur § *& si in rem Inst. de offic. iudic. l. certum 6. §. sed etsi fundum vers. dabitur. D. de confes.* At in actionibus bonæ fidei & stricti iuris nullum reo dabatur tempus ad soluendum, manebatque duntaxat in ipsius facultate & arbitrio, vt solueret si vellet, & quando vellet, scilicet ante condemnationem. Nam post sententiam condemnatoriam, non aliud tempus habebat debitor ad soluendum nisi legitimum quod condemnatis omnibus dabatur ad satisfaciendum iudicato. Quod tempus non ex arbitrio iudicis pendebat, sed vt legitimum erat ita certum suisque finibus conclusum. Vnde & legitimum tempus appellatur. Ac quamuis possit interdum tempus illud aut arctari aut prorogari pro causæ qualitate, & quantitate vel personarum obsequio vel contumacia vt scribit Vlp *in l. 2. De re iudic.* tamen neque id nisi perrarò fieri debet, vt eadem lex ait, neque à iudice dato & pedaneo, sed ab eo tantùm qui pro tribunali cognoscit, hoc est à Prætore, aut alio magistratu qui iudicē dedit, & qui tribunal & iurisdictionem habet, & ad quem solum tota executionis iudicati causa pertinet. *l. à Diuo Pio 15. eod.* Quare nec puto verum esse quod aduersarij pro vero supponunt, nec tamen probant. In formulis iudiciorum bonæ fidei vel stricti iuris solitam fuisse apponi clausulam illam *ni ea pecunia soluatur.* Alioqui non potuisset iudex etiam post discussam facti quæstionem pronunciare contra debitorem, quem debere cognouisset, eumque condemnare, nisi facta etiam de illo priùs inquisitione, an soluisset aut aliter satisfecisset necne, sicut in iudicio vindicationis euenit, vt non minùs necesse sit constare iudici, quòd possessor arbitrio non paruerit intra tempus præstitutum, quòdq; tempus illud præterierit, quàm quòd res sit petitoris, vt possessor condemnari possit. At neque verum illud est, in arbitrio & potestate esse debitoris vt soluat eam rem de qua iudicium acceptum fuit, aut vt solutionem offerendo, adeóq; si voles etiam obsignando declinet condemnationem. Quid enim si non pecuniam ex obligatione debuit, sed fundum Tusculanum, aut vinū, aut triticū, aut quid aliud simile quòd aliam atque aliam pro temporum varietate recipiat æstimationem? Nihil aget reus si post litem contestatam, & accepto iam iudicio illud ipsum præstare velit quod fuit in priore obligatione Quippe quæ sublata & nouata fuerit per condemnationem, ita vt ex eo tempore cœperit deberi non ipsa res amplius quę antea debebatur, sed eius æstimatio & quanti res fuit eo tempore litis contestatæ *l. vinum 22. De reb. cred. l. vlt. De cond. tritic. l. hominem 37. D. mand. l. 3. §. in hac. D. commod l. fundum 28. De nouat.* Nimirum extra condictionē triticariam, quæ specialem habet rationem vt in ea condemnationis tempus in re æstimanda spectari oporteat, & interim liberum sit rem ipsam soluere *l. pen. D. de cond. trit.* Hoc verò cur ita? nisi quia vnaquæq; res æstimanda est ex eo tempore quo nouissimè solui potuit *l. si Calendis 11. D. de re indic.* Post litem verò contestatā solui amplius non potest id quod in diem vsq; illum solui potuit & debuit extra causam, vt dixi conditioni triticariæ. Ergo lis necessariò æstimanda est per iudicem, eàq; litis æstimatio deducenda in condemnationem, & consequenter antequàm facta sit ea æstimatio, & in condemnationem deducta, non potest certò scire debitor, quid & quantum soluendum habeat, nisi de eo conueniat cum creditore. Quo casu adhuc tamen necessaria condemnatio est si creditori satisfactum non sit, quamuis non aliam sententiam ferre iudex debeat, quàm de qua conuenit inter litigatores *l. si conuenerit 26. De re iudi.* Vel absolutio si creditori à debitore satisfactum proponatur *d. §. vlt. Inst. de perpet. & temp act.* vbi obseruandum est ita Tribonianum scribere vt dicat si ante rem iudicatam is cum quo actum est satisfaciat actori officio iudicis contineri & conuenire vt eum absoluat, licèt in ea causa fuisset iudicij accipiendi tempore vt damnari deberet. Non ait *si actori soluat*, aut *si soluere paratus sit.* Imò neque ita *si offerat satisfactionem sed si satisfaciat actori.* Nempe quia hoc casu satisfactio non tantùm pro solutione est, vt aliàs esse solet *l. satisfactio 56. D. de solut.* Sed etiam plus hac parte potest quàm solutio. Ita demùm. n. solutio plenam parit liberationem, si illud ipsum soluatur quod debetur, nec minùs sit in soluto quàm in debito. Adeò vt si quid vel minimum erratum sit in quantitate debiti cùm facta est datio in solutum, nulla ex parte tollatur obligatio *l. si non sortem 26. §. si centum D. de cond. indeb.* Porrò ante factam litis æstimationem à Iudice, scire litigatores non possunt quid & quantum debeatur. At cùm de satisfactione tractamus nihil aliud inquirimus, nisi quid creditor voluerit, & an illud ipsum ei à debitore præstitum sit *l. si rem 9. §. omnis pecunia D. de pign. act.* quod sine iudice ac inter solos litigatores siue in iudicio siue extra iudicium fieri commode semper potest. Proinde nihil vetat debitorem etiam qui soluere non possit ad so liberandum, liberari tamen per satisfactionem, quia satisfecisse semper prodest, licèt nihil prosit satisfactionem offerre petenti solutionem *d. § omnis & l. seq. l. item liberatur 6. §. 1. D. quib. mod. pig. vel hypoth. soluit.* Sunt igitur iudicia omnia absolutoria, si ante rem iudicatam reus satisfaciat actori, non etiam si velit soluere ac recusante creditore obsignare aut rem ipsam quæ petita fuit per litis contestationem, aut iustam eius rei æstimationem, antequam lis à iudice æstimata sit: ac proinde non potuit, nec debuit in formulis poni clausula illa *nisi soluatur*, sed illa potiùs, *nisi actoris satisfaciat.* Quæ tamen si apposita fuisset, non priùs vtiq; iudex ad condemnationē irrogandam descendere potuisset, quàm reo dedisset tempus ad satisfaciendū: Quod certè nec vnquam factum est, nec fieri vllomodo potuit, non ob id solum quod satisfactio neque in obligatione est, neq; in oblatione, sed tantū in præstatione, si actoris voluntas & consensus accedat, ideóq; ad iudicis officiū non pertinet, vt de ea quicquā constituat, sed etiā quia si ius ita cōparatum esset nō daretur condēnato tēpus quod ei datur post condemnationē ad satisfaciendū iudicato: quippe quod iam datū fuisset ante iudicatū: Neq; debuisset Labeo in edicto Prætoris interpretando De re iudicata monere, post illa verba edicti *condemnatus ni pecuniam soluat* debuisse Prætorem addere *neque eo nomine satisfaciat*, si iam ante sententiam acce-

pro tempore ad satisfaciendum satisfacere neglexisset. Et tamen sic Labeo ad Edictum annotauit vt Vlp. refert *in l. 4. §. ait Prætor De re iud.* Nec immeritò, nisi Prætorem melior illa ratio mouisset, vt solutionis duntaxat mentionem faceret, non satisfactionis, quod noluit ex obligationib. obligationes fieri ne fierent de lite lites vt ibidem Vlp. ait. Sed & obseruandum illud est, quod Tribonianus ait *in d. §. vlt.* Officio iudicis contineri vt absoluat reum, qui ante rem iudicatam satisfecit actori. Nec enim dicitur officio iudicis fieri, quod fit ex verbis præcisis formulæ, sed potiùs ex necessitate, cum adeò sit iudex addictus formulæ, vt nihil omnino prætermittere possit eorum omnium, quæ per formulam præscripta ei sunt, & imperata. Est enim aliud Iudicis potestati aliquid permitti, Aliud subiici iuris necessitati *l. non quicquid 40. D. de iud.* Et absolutionem hanc fieri non ex verbis formulæ, sed ex solo iudicis officio, cui locus sit etiam in pœnalib. probatum non ineleganter *l. hoc edicto 5. D. de publ. & vectig.* Sic dicimus ad officium iudicis pertinere, vt etiam ex iudicio strictò condemnet reum ad restitutionem fructuum ex te quæ fuit actoris, post litem contestatam perceptorum *l. videamus 38. §. si actionem De vsur.* cùm tamen nemo dixerit officio iudicis fieri vt res ipsa quæ condicitur in condemnationem deducatur. Fit enim id potestate iudicij & formulæ non officio iudicis, quomodo & in iudiciis bonæ fidei eas demum præstationes dicimus venire & applicari officio iudicis quæ non sunt in obligatione *l. qui per collusionem 49. § 1. D. de act. empt. l. quæro 54. D. loc.* Sic & in arbitrariis actionibus fit restitutio rei petitæ non officio sed arbitrio iudicis, quia fit ex formula, & consequenter ex necessitate *l. officium 9. D de rei vindic.* vbi Vlp. monet, officium iudicis in rei vindicatione versari in eo vt inspiciat an reus possideat necne, non etiam inspectò illo, Qua ex causa possideat, Quia, inquit, vt probaui rem meam esse, habebit necesse possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Nec esse, inquam, necessitate non præcisa, sed vt loquuntur, causatiua, id est nisi malit grauiorem illam pati condemnationem Quanti actor sua interesse in litem iurauerit sine vlla taxatione *l. qui restituere 68. eod.* Sunt & alia pleraque ad officium iudicis in rei vindicatione cæterisque arbitrariis iudiciis pertinentia, vt-puta circa cautiones præstandas, de quibus *in l. si post acceptum 18. & seq. l. hæc si res 47. l. is à quo 57. & seq. & pass. eod. tit. l. item si cùm 14 §. quatenus & pass. D. quod met. caus.* & alia huiusmodi, quoniam de iis in formula nihil imperatum est, cùm tamen ea fieri necesse sit vt iudex & viri boni, & æqui iudicis officio functus videri possit. Alia quoque manifesta differentia est inter eam restitutionem quæ fit in directa rei vindicatione cæterisque arbitrariis, & eam solutionem aut potiùs satisfactionem quam sponte facere in aliis iudiciis potest reus ante condemnationem, actore consentiente, quòd restitutio in arbitrariis imperatur à iudice, vt si non fiat, locum aperiat condemnationi in pœnam contumaciæ, cuius reum si fecit possessor, qui tam iusto arbitrio iudicis parere noluit. Itaque si non restituat reus condemnatur, non quia rem alienam possideat aut quod victus sit in quæstione dominij, sed ob hoc solùm quòd arbitrio non paruerit. Et è contrario si paruerit absoluitur, non quia paruit, sed quia condemnari nunquam debuit, totámque condemnationis materiam subtraxit iudici parendo arbitrio, & rem restituendo. At in cæteris iudiciis, si debitor ante rem iudicatam non satisfaciat condemnatur, non quia non satisfecerit si quæras condemnationis causam proximam & immediatam, sed quia fuit obligatus. Si verò satisfaciat, absoluitur, non quia condemnari non debuerit, sed quia soluit aut aliter satisfecit. Denique in arbitrariis absoluitur reus, si arbitrio pareat, quia nunquam in eo fuit vt condemnari potuerit, aut deberit, cùm neque possessio ipsius, quæ conueniendi eius causã dedit, neque quòd victus sit in quæstione dominij, neque arbitrium iudicis de re restituenda condemnationis materiam vllam præbeat, sed sola contumacia, quæ sicuti condemnationem præcedere, ita subsequi arbitrium iudicis debet. In cæteris verò iudiciis qui non satisfecit ante sententiam, condemnatur, Non quia illius mora & cessatio locum aperiat condemnationi, sed quoniam fuit iam condemnandus eo tempore quo iudicium accepit *d. §. vlt. De perpet. & temp. act.* Possessor condemnatur, quia spernendo arbitrium iudicis tale quid fecit propter quod condemnari debeat. Debitor autem qui non soluit, ideò condemnatur, quòd nihil fecerit eorum quæ facere debuit, ne condemnaretur. Ex his igitur apparet, quàm dissimilis sit restitutio quæ fit arbitratu iudicis in actionibus arbitrariis, & solutio aut satisfactio, quam in aliis iudiciis fieri oportet, vt absolutio sequatur. Eáque nimirum dissimilitudo est, quæ dissimiles etiam facit absolutiones & condemnationes. Absoluitur enim possessor in arbitrariis dummodo paruerit arbitrio, siue actor velit, siue nolit, Quin & interdum etiamsi non paruerit, dummodo causam aliquam iustam habuerit non parendi, vt, *in d. l. à quo 58. De rei vindic.* At in aliis iudiciis debitor qui nullam habet exceptionem absolui nunquam potest, inuito actore, quia nec satisfacere potest, nisi voluntati cùm satisfecisse nil aliud sit quàm id fecisse quod creditor voluit *d. l. si rem 9. §. omnis De pignor. act.* dummodò non nolit quod velle debeat, siue faciat, quia debet. In arbitrariis, qui absoluitur plerunque cauere cogitur de aliqua re facienda, *vt in l. si à bona fidei 21. d. l. si post 18. & seq. d. l. hæc si res 47. d. l. is duo 57. & pass. De rei vindic.* In cæteris qui absoluitur nullis cautionibus oneratur, maximè si iudicio stricti iuris actù proponatur. Similiter quod ad condemnationem pertinet, sit illa longè grauior in arbitrariis quia fit in pœnam neglecti arbitrij *l. vlt. D. de fideiuss. d. l. qui restituere.* In cæteris autem nunquam debitor ob id grauiùs condemnatur, quòd non soluerit, Ne quidem ad vsuras, si stricto iudicio conuentus fuit, quia nec aliam ob causam condemnatur, quàm quòd debeat, nisi quòd in bonæ fidei iudiciis etiam fructuum & vsurarum, cæterarúmque accessionum ratio habetur ex die moræ ob æquitatem, & bonã fidem quæ in iis maximè dominatur *d. l. quæro 54. D. locat.* Adde quòd in arbitrariis tùm quoque cùm res petita victori restituta est, adhuc tamen necessaria est condemnatio propter fructus & alias præstationes, siue sponte post arbitrium restituerit, siue possessionis translationem manu militari fieri passus sit *d. l. qui restituere.* At in aliis, siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris, nulla potest fieri condemnatio propter accessiones quæ non in obligatione, sed officio iudicis tantùm debitæ fuerunt, si negotium principale finitum & terminatum sit siue per sententiam, siue per conuentionem *dict. l. qui per collusionem 49. in fin. de action. empt. l. terminato 3. C. de fruct. & lit. expens.* Iam ad alios quoque scrupulos potiùs quàm scopulos superandos veniamus.

ERROR III.

An arbitrium iudicis aliquod sit, quod primam pronunciationem præcedat in arbitrariis.

QVi negant ciuilem & directam vindicationem esse arbitrariam, fatentur tamen in ea fieri rationem arbitrio & arbitratu iudicis. Nec enim audent negare quod tam apertè scriptum est *in l. qui restituere 68. in princip. & in fin. D. de rei vindic.* Sed dicunt non esse arbitrium illud ex quo æstimantur actiones arbitrariæ: Quoniam, inquiunt, sequitur sententiam & condemnationem, id est primam illam pronunciationem qua iudex pronunciat videri fundum esse petitoris, quam ipsi accipiunt pro sentētia & condemnatione. Arbitrium autem, ex quo volunt illi arbitrarias actiones æstimari, cū ex nostra opinione veráque iuris ratione debeat præcedere condēnationem, dicunt non aliud esse posse, quàm quòd præcedat primam illam pronunciationem. Quod neque nos negare possemus si talem pronunciationem pro condemnatione habendam esse fateremur. Conuenit namque inter nos arbitrium iudicis ex quo pendent actiones arbitrariæ reddi debere ante cōdemnationē, Itémque arbitrium illud quod in iudicio vindicationia interuenit de re restituenda, non priùs reddi quàm pronunciatum sit rem esse petitoris. Sed negamus, quod illi affirmant, esse aliud arbitrium vllum quod interuenire possit aut debeat antequàm de petitoris iure pronuncietur. Quam in sententiam mouemur primùm ex eo quia commentitij huius arbitrij quod primam illam pronunciationem debeat præcedere, nulla prorsus in libris nostris mentio reperitur, Cùm tamen arbitrij quod pronunciationē illam sequitur toties mentio fiat, quoties de arbitrariis actionibus tractatur. Item ex eo quod secundum illam sententiam sequeretur, In arbitrariis actionibus duo reddi arbitria, Vnum ante primam pronunciationem, Alterum postea. Quod certè non minùs absurdum & ridiculum fuerit, quàm quod aliis placet, duas in iis fieri condemnationes, Priorem illam qua pronunciatur rem meam esse, Posteriorem alteram, qua in executione prioris iudicati lis æstimatur ob rem non restitutam, quanti ego in litem iurauero. Quamquam istorum error de dupliei condemnatione licèt non probabilior, aliqua tamen excusatione dignior videtur. Non enim negare possumus, quin iudex in huiusmodi actionibus arbitrariis bis iudicet. Primùm cùm post examinatam diligentissimè facti quæstionem pronunciat videri rem esse petitoris, aut à petitore quasi vsucaptam, aut petitori obligatam, aut vi vel metu vel dolo extortam: Quam pronunciationem constat & sententiæ & iudicati non tantùm nomen habere, sed etiam vim & potestatem, & iam ex eo tempore victum dici eum qui conueniebatur, *l. & ex diuerso 35. § 1. D. de rei vindic. l. Pomponius 40. § sed & is qui D. de procur. l. certum 6. § sed etsi D. de confess. l. vlt. D. de fideiuss.* Deinde iudicat iterum iudex cùm post redditum arbitrium De restituenda cui parere possessor noluerit, condemnat reum aut quanti petitor in litem iurauerit, Aut quanti eius re vera interfit, Aut in quadruplum, aut quo alio modo. Hanc enim veram imò vnicam condemnationem esse apparet *ex d. l. qui restituere, & ex l. item si cùm 14. §. 1. & pass. D. quod met. caus. l. arbitrio 18. D. de dolo.* Quòd si condemnatio ista est, qua fronte possis negare sententiam quoque illam esse? Nam & sententia dicitur *in d. l. item si §. hac autem actio & §. quatenus quod met. caus.* Quidni verò? Cùm sententia ea demùm dicatur, quæ liti & controuersiæ finem imponit, vel absolutione, vel condemnatione *d. l. 1. l. quod iussit 14. l. à Diuo Pio 15. in princip. & §. 1. & pass. D. de re iudic.* Sed tamen non statim consequens est vt in arbitrariis duæ fiant condemnationes, quoniam prima illa pronunciatio quam nos sententiam esse non negamus, condemnatio tamen dici non possit, vt præcedentibus docuimus, neque ex ea nasci actio vlla iudicati. Ad quid enim daretur actio illa iudicati? An ad hoc vt qui victus esset in quæstione dominij, si de vindicationis iudicio tractemus, aut in quæstione metus illati, vel violentiæ vt deinceps actionem Quod metus causa pro exemplo sumamus quam arbitrariam esse omnes fatentur, rem petitam restituere cogeretur? Nec enim de eo quicquam pronunciatum fuit, & priùs est vt victus iubeatur restituere, quod per illam primam pronunciationem non fit, quàm vt cogatur. Iussum verò illud non fieri vi & potestate sententiæ, sed arbitrio & arbitratu iudicis etiam in rei vindicatione constat *ex d. l. qui restituere in princip. & in fin.* At siue in actione Quod metus causa siue in alia vlla arbitraria duplex arbitrium reddi, Vnum quod primam illam pronunciationem præcedat, Ceterum quod sequatur, nullibi certè scriptum est. Neque verò illi ipsi qui prius illud arbitrium comminiscuntur, possunt facilè dicere quid aut quale sit, quod volunt. Sic tamen diffiniunt vt dicant esse æquitatem ex edicto Prætoris descendentem, qua permittit Iudex reo rem restituere vsque ad sententiam vt vitetur condemnatio. Quòd aiunt esse æquitatem benè quidem, quoniam in arbitrariis omnibus iudiciis generale est vt iudex arbitretur, & æstimet ex bono, & æquo quemadmodum actori satisfieri oporteat *§. præterea. Inst. de action.* Sed quod addunt *ex edicto Prætoris descendentem* falsum est. Non tam enim ex edicto descendit illa æquitas quàm ex formula, si causam immediatam respicias, si verò mediatam, ex æquitate & natura negotij potiùs quàm ex edicto. Tùm quoque cùm edictum ita conceptum est *neque arbitratu iudicis ea res restituetur*, vt edictum Quod metus causa *d. §. quatenus* Nec enim ita fert natura negotij quòd edicti verba sic habeant, sed è contrario sic verba edicti concepta sunt, quoniam ipsius negotij natura & æquitas sic ferebat. Idque ita esse vel ex eo maximè apparet, quòd in iis quoque arbitrariis actionibus quæ ex nullo edicto Prætoris descendunt, sed merè sunt ciuiles idem omnino iuris obtinet, vt in directa rei vindicatione itémque confessoria & negatoria, atque aliis similibus. Sed cautè & ex proposito voluerunt illi hæc verba in definitione addere vt errorem suum tuerentur, & ciuiles omnes actiones à numero arbitrariarum excluderēt. Sed reliquas definitionis partes persequamur. Aiunt *qua permittit iudex*. Hic verò apertè incipiunt labi, ne dicam cæcutire. Arbitrium enim iudicis in actionibus arbitrariis non fit ad permittendum, sed ad iubendum, vt id fiat quod arbitratur iudex fieri ex bono & æquo debere, quo actori satisfiat *dict. § præterea dict. leg. qui restituere.* Et quāuis totum tempus quod inter arbitrium & sententiam intercedit, liberum sit reo ad satisfaciendum, vt euitet condemnationem: Id tamen non fit potestate arbitrij, sed ex clementia Prætoris cum tractamus de actione arbitraria quæ sit Prætoria *dict. l. item si cum 14. §. 1. vers. satis clem. D. quod met. caus.* adeóque ex natura ipsius actionis arbitrariæ, tùm quoque cùm ciuilis est *§. hac autem actio eiusdem leg.* quia cùm in arbitrariis non alia sit ratio ferenda contra reum sētentiæ & condemnationis nisi quòd arbitrio parère noluerit, vt diximus, omnino consequens est vt in-

rei potestate sit & esse debeat satisfaciendo arbitrio quandocunque ante sententiam euitare condemnationem. Id enim assecutus est iudex quod voluit, cùm arbitrio suo satisfactum esse videt. Ac ne possit reus conqueri ereptam sibi præmaturiùs satisfaciendi facultatem præcipiti festinatione iudicis, qui ad ferendam sententiam citiùs prosilierit quàm facere deberet. Ob eam causam solet iudex & debet præstituere illud tempus, intra quod possit ille arbitrio satisfacere. Quo elapso si satisfactum non sit, ferri sententia quandocunque potest §. 1. *Institut. de offic. iudic. l. certum 6. §. sed & si fundum D. de confession.* Sed & falsum est. In actionibus arbitrariis reddi arbitrium de satisfaciendo. Imò verò redditur. De ea re quæ petitur præcisè restituenda. Nam satisfacere quandocunque licèt reo, cùm nihil sit aliud satisfacere, quàm præstare actori illud ipsum quod vult, siue illud sit quod debetur, siue aliud quidlibet *l. si rem 9. §. omnis pecunia D. de pignor. action. l. item liberatur 6. §. 1. D. quibus modis pignus vel hypoth. soluit.* Quod etiam post condemnationem & in iudicati executione fieri nihil vetat *leg. 4. §. ait Prætor D. de re iudicat.* At rem restituere & arbitrio parêre postquàm lis æstimata, & in condemnationem deducta est non licet, cùm exinde incipiat pecunia deberi, nec de restitutione facienda amplius quærendum sit *l. si fundus 16. §. si pluris D. de pignor.* Deinde verò qui fieri potest vt iudex permittat reo satisfacere arbitrio, quin arbitrium præcedat? Prius enim est vt arbitrium redditum sit, quàm vt sciri possit quid ex arbitrio fieri oporteat, Præsertim cùm in actionibus arbitrariis, quia dantur contra non obligatum, nihil possit actor petere, nisi vt rem quam petit, suam esse pronuncietur, Cætera omnia partim, arbitrio partim officio iudicis permittuntur. Tota namque petitoris intentio in contestatione quæ fit apud Prætorem iudicij accipiendi tempore his verbis concluditur, *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Et in actione Quod metus causa, *Hanc rem mihi per vim aut per metum extortam esse dico.* Ideóque nec aliud pronunciat iudex nisi hoc vnum *videri rem esse petitoris* aut *videri rem extortam per vim fuisse*, nulla restitutionis facta mentione, nec in petitione nec in prima pronunciatione: quoniam nec is qui rem alienam possidet, quantumuis mala fide obligatus vllomodo est ad restituendum, ne tum quidem cùm arbitrium iudicis intercedit De re restituenda. Denique restitutio rei in præstatione tantùm est, siue ante, siue post arbitrium. Nunquam verò in obligatione nec proinde in petitione vnquam aut in condemnatione. Quis enim dicat supradictæ pronunciationis formulis deduci rem in condemnationem? An non debet semper dirigi in personam non in rem? Fateor interdum rem ipsam conueniri non personam, vt in omnibus in rem actionibus quæ nec aliam ob causam in rem dicuntur *l. vlt. & pass. D. de rei vindic* & aliis nonnullis *l. denique 19. D. de iure fisc.* Sed nego ipsam rem vnquam condemnari, quia nec iudicato satisfacere res vnquam potest, sed tantùm persona Et idcirco solent pragmatici dicere nec malè condemnationes omnes esse personales *l. 1. & 2 Cod. si plur. vna sent. condemn. fuer.* Et tamen accipiunt aduersarij pronunciationem hanc pro condemnatione, & volunt arbitrium illud ex quo æstimant actiones arbitrarias priùs interuenire debere quàm ad pronunciationem istam perueniatur. Fateantur ergo necesse est priùs arbitrari iudicem de re quæ petitur, & quæ per vim extorta esse dicitur, restituenda petitori, quàm cognouerit & pronunciauerit rem extortam per vim fuisse. Alioquin an non planè stultus sit & iniquus iudex, témque à boni viri arbitrio alienam facturus, si arbitretur debere actori rem restitui quasi extortam ei per vim aut metum, priùs quàm cognouerit an sit extorta, necne? Hinc nimirum est quod coguntur dicere. Iudicem datum in huiusmodi actione. Quod metus causa, debere arbitrari ante illam pronunciationem quidem *Restitui rem oportere*, sed causa tamen summatim cognita. Sed quid hoc est obsecro? Summaria ergo duntaxat, non plena causæ cognitio interueniet vt sciatur an reus rem petitam ab actore per vim vel per metum extorserit? Imò plenissimam causæ cognitionem super hoc adhiberi omnino necesse est, cùm in hoc vno vertatur status causæ, totúsq; cardo quæstionis facti, ex qua pendet totum ius actionis arbitrariæ. Nam si actor id probare poterit, haud dubiè obtinebit, non hactenus tantùm vt pronuncietur extortam ei rem fuisse per vim aut metum, sed etiam vt post illam pronunciationem arbitretur iudex quasi in consequentiam eius pronunciationis ei rem restitui debere. Vtque nisi intra tempus arbitrio præstitum ea restitutio fiat, condemnetur reus in quadruplum. Itaque post illam pronunciationem dicitur vicisse, quia si nulla possessorem exceptio tuebitur, securus ille est de arbitrio. Securus & etiā de condemnatione futura *l. offic. 9. D. de rei vindic.* Vbi quod dicitur, *Vbi enim probaui rem meam esse necesse habeb.. possessor restituere qui non obiecit aliquam exceptionem.* ostendit satis requiri hoc casu ex parte actoris plenissimas probationes, siue quòd nullis reus indigeat exceptionibus quandiu actor plenissimè intentionem suam non probauit *l. qui accusare 4. Cod de eden.* Siue quod certum sit possessoré non alij quàm intentionem suam implenti restituere rem debere *l. vltim. C. de rei vindicat.* Idem igitur dicendum est in actione quoque Quod metus causa, vt non summatim, sed plenissimè probari debeat metus qui locū facit restitutioni in integrum ex illa edicti parte. Id enim est quod ait Vlpianus *in d. l. item si cum §. in hac actione*, in illis verbis *& ideò ad hoc tantùm actor adstringitur vt doceat metum in causa fuisse, vt alicui acceptam pecuniam faceret, vel rem traderet, vel quid aliud faceret.* Et paulò antè *sufficit enim hoc docere metum sibi illatum, vel vim, & ex hac re eum qui conuenitur, & si crimine caret, lucrum tamen sensisse, l. vltim. ibi. Sed huiusmodi præsūptioni debet apertissimas violentiæ probationes opponere & §. si fænerator ibi, his probatis eo. tit. l. si donationis 7. C. eod.* Præsertim cùm metum non iactationibus vel contestationibus, sed atrocitate facti probari conueniat *l. metum 9. eod.* nec sufficiant præsumptiones, nisi sit præsumptio iuris & de iure, vt in *l. si per impressionem 11. eod. l. vnic. C. si rect. pro l. vnic. C. si quacunque prædis. potest.* Alioqui præsumptio semper est pro reo vt nunquā videatur aut vim aut metum intulisse, nisi probetur, vel ob hoc ipsum vt suspicio delicti euitetur quæ semper euitanda est *l. meritò 51. D. pro socio.* vt & præsumptio doli *l. in exceptionibus 19. §. qui dolo D. de probat. l. dolum 6. C. de dolo.* In vi autē & metu semper dolus inest vt & in vi metus *leg. 1. D quod metus causa.* Et verò si summaria tantùm esset illa cognitio quam adhiberi oportet in dirimenda hac quæstione facti. Verum vis aut metus interuenerit, necne. Quæro quonam demùm tempore pleniorem illam interuenire oportebit, quam necessariam esse vtique negari non potest, vt plena fiat condemnatio. Alioqui dicendum esset quod nemo vnquam dixit priuilegium hoc esse arbitrariarum actionum, minùs plenas exigant probationes. Cùm tamen omnium maximas & grauissimas habeant condemnationes. An fortè postquàm arbitratus fuerit iudex datus, Restitui rem debere? Hoc enim arbitriū est quod aduersarii volunt præcedere & locum facere condēnationi. Atqui dici hoc

non

non poteſt, quia inauditum eſt, vt Iudici liceat vnquam arbitrium ſuum reuocare, non magis quàm ſententiam ſuam diffinitiuam, quam reuocari non poſſe certiſſimum eſt, ſi quod in iure certum *l. iudex 55. l. cum quærebatur 62. iunct. l. quod iuſſit 14. De re iudic.* Deinde quia nec poteſt iudex recuſare quominus reum condemnet ſi arbitrio non pareat, niſi iuſtam cauſam & excuſationem afferat ob quam parère vel non potuerit, vel non debuerit, vt *in d. l. a quo 58. D. de rei vindic.* iunct. *§. præterea Inſtit. de action.* Quid ergo proderit actori pleniores afferre metus, & violentiæ probationes poſt arbitrium iam redditur De re reſtituenda, cum tale arbitrium præſupponat iam victum reum? Aut quid ei nocebit mancas & minùs plenas habere probationes, cùm is qui iam meruit arbitrium iudicis, vinci amplius in quæſtione facti non poſſit? Ita ergo fateri neceſſe eſt, Si tale arbitrium interueniat, vt aduerſarij volunt antequàm pronunciatum ſit, Extortam eſſe rem per vim vel metum, haberi reum pro victo antequàm victus ſit, & quidem ita victum, vt vincere amplius non poſſit. Sed quid abſurdiùs, quàm putare permitti Iudici vt arbitretur Rem reſtitui tanquam extortam per vim & metum (alius enim reſtitutionis iubendæ color nullus eſſe poteſt) antequàm plenè cognouerit, adeóque pronunciauerit, Per vim aut metum extortam rem fuiſſe. Pleniſſimam ergo cognitionem facti, pleniſſimas probationes metus aut violentiæ, & conſequenter ſententiam & pronunciationem aliquam pro actore interuenire oportet, antequam arbitrium ſequi poſſit De re reſtituenda, ſicut diximus & fatentur aduerſarij euenire in iudicio vindicationis, quam iidem negant eſſe arbitrariam. Nec audiendi ſunt cùm addunt arbitrium hoc quod ante vllam pronunciationē interuenire volunt, in actione. Quod metus cauſa impunè contemni poſſe, nec eo minùs abſolui reum quamuis huic arbitrio non paruerit. Pugnat enim hoc cum definitione illa arbitrariarum actionum, quam tradidit Iuſtinianus *in dict. §. præterea*, vbi ait Arbitrarias actiones ex eo æſtimari quòd ex arbitrio iudicis pendeant, ita vt ex iis niſi arbitrio iudicis is cum quo agitur ſatisfaciat actori, condemnari debeat. Quid enim prodeſt reddi arbitrium, ſi etiam contumax qui arbitrio parere nolit, abſolui adhuc poſſit? Neque ſimile eſt quod obiiciunt Præſidem prouinciæ ſuadendo partibus, vt paciſcantur & tranſigant actionem non tollere, nec vocem omnem iudicis vel magiſtratus continere rei iudicatæ authoritatem *l. ex ſtipulatione 7. C. de ſentent. & interloc. omn. iudic.* Eſt enim longè diſpar ratio arbitrij quod reddit Iudex De re reſtituenda non quaſi priuatus aut alius vir bonus quilibet, ſed tanquam iudex, nec ſponte & tanquam amicus arbitrator, quem pragmatici amicabilem compoſitorem appellant, ſed ex neceſſitate formulæ cui eſt addictus, & in ordine ad condemnationem, quam ex eâdem formula facere iubetur, ſi reus arbitrio parère nolit, quam facere nullomodo poſſet, ſi arbitrium nullum præcederet. Alioqui quomodo poſſent dici hæ actiones arbitrariæ & ex arbitrio pendentes, ſi in poteſtate eſſet iudicis nihil arbitrari? Sed neque Iudici permittitur a Prætore ex verbis formulæ arbitrari quando & quomodo velit, Sed ita vt iubeat rem reſtitui, & hoc ipſum ita demùm ſi actor intentionem ſuam plenè probauerit. Quibus duabus conditionibus impletis, Prima illa *ſi paret rem de qua agitur extortam eſſe per vim aut per metum*. Altera illa *neque res arbitratu tuo reſtituetur*, condemnationem ſequi neceſſe eſt extra caſum ſingularem *dicta lege à quo 58. De rei vindicat.* Arbitrium ergo non eſt quælibet vox Iudicis inter litigatores loquentis, vnde interlocutiones dictæ ſunt potiùs ab *interim* quod pendente iudicio fiant, & ante diffinitiuam ſententiam, ſed pars quædam iudicij quam neceſſe eſt interuenire in executione prioris iudicati ad parandam viam vel abſolutioni vel condemnationi. Sed reliqua quæ ad actionem iſtam Quod metus cauſa pertinent, vt planiora fiant omnia perſequamur.

ERROR IV.

De reſtitutione per manum militarem facienda in actione quod metus cauſa.

PErgunt vrgere aduerſarij, vt oſtendant Arbitrium quod interuenit in actione. Quod metus cauſa quam omnes fatentur eſſe arbitrariam, longè diuerſum eſſe ab eo arbitrio quod in ciuili & directa rei vindicatione redditur, De re reſtituenda. Et obiiciunt, Poſt arbitrium tale redditum in actione Quod metus cauſa non fieri reſtitutionem manu militari, nec iuriſiurandum in litem deferri, ſed quadrupli condemnationem irrogari *ex l. item ſi cum 14. §. 1. & paſſim D. quod metus cauſa.* At in directa rei vindicatione adhibendas eſſe eas diſtinctiones quas ponit Vlpianus *in l. qui reſtituere 68. D. de rei vindicatione.* Vt ſi is qui reſtituere iuſſus eſt, iudici non pareat cùm poſſit reſtituere, transferenda ſit ab eo poſſeſſio manu militari. Si autem dolo malo fecerit quominùs poſſit reſtituere, tanti condemnetur, quanti actor in litem ſine vlla taxatione & in infinitum iurauerit. Si verò nec poſſideat, nec dolo deſierit poſſidere, tunc quanti re vera actoris intereſt condemnari eum oporteat. Nimirum, inquiunt, quoniam arbitrium, quod interuenit in actione Quod metus cauſa, præcedit ſententiam & pronunciationem illam primam quam accipiunt pro condemnatione, nec proinde mandari debet executioni per manum militarem, quippe cui locus eſſe ſolet, nec debet, niſi in executione iudicati. At in directa rei vindicatione arbitrium illud de quo *in dicta lege qui reſtituere*, vel iudicati executio eſt, quia ſequitur ſententiam qua pronunciatum eſt rem eſſe petitoris, vel ſaltem ea litis æſtimatio, quæ ſi iſtis credimus in cuiuſlibet iudicati executione fieri ſolet. Sed quis non videt tantò perplexiùs ſe iſtos inuoluere, quantò diligentiùs & enixiùs curare id maximè videntur, vt ſe expediant? Nam ſiue rationem ipſam iuris ſolam inſpiciamus quæ in omnibus, ſed in his potiſſimùm quæſtionibus, De iure & natura actionum inſpicienda eſt, ſiue ius nouum quod Triboniani audacia non tantùm inuexit, ſed etiam veterum prudentum reſponſis inſertum voluit, nulla certè differentia eſt, nullàque differentiæ ratio inter directam vindicationem & actionem Quod metus cauſa, non magis quàm inter vindicationem illam directam ciuilémque & Publicianam quæ vtilis tantùm & prætoria eſt. Si rationem iuris attendimùs, Nullum in his actionibus arbitrium iudicis interuenit, antequàm pronunciatum ſit à Iudice Videri rem eſſe petitoris in directa rei vindicatione, vel Videri rem vſucaptam à petitore in Publiciana, vel denique Videri rem extortam eſſe per vim aut metum in actione Quod metus cauſa. Quæ pronunciatio, cùm ſententiæ & iudicati, licèt non æque condemnationis nomen habeat, fieri nunquam poteſt, quin pleniſſima cauſæ cognitio in diſcutienda tota facti quæſtione præceſſerit. Poſt eiuſmodi

eiusmodi pronunciationem sequitur ex necessitate formulæ arbitrium illud quod arbitrariis omnibus commune est, quo victus reus & possessor rem petitam restituere actori iubetur, & quidem cum fructibus, litis sumptibus, aliisque rebus omnibus, sine quibus nemo vir bonus arbitraretur, Rem restitui rectè. In eamque causam, si res quæ petitur non sit præsens (alioqui statim & in promptu restituenda est) nec frustrationis causa petatur tempus ad restituendum, iudex diem præstituere debet intra quam fiat restitutio, qua non facta, si nulla ratio noua necessitatis aut æquitatis reum tueatur, quomodo sanè tuetur, si nullo suo dolo aut facto possessionem amiserit & restituendi facultatem *dict. l. à qua 58. D. de rei vindic.* Condemnationem sequi necesse est, sed aliter atque aliter pro actionum quæ institutæ sunt, diuersitate. Nam in vtraque vindicatione tam ciuili & directa quàm vtili, & Prætoria quæ tota ad exemplum directæ comparata est, condemnandus est omnimodo reus, id est, siue rem petitam adhuc possideat, siue dolo malo desierit possidere, quanti actor in litem sine vlla taxatione iurauerit *l. certum 6. §. sed etsi fundum D. de confess. §. 3. Instit. de officio iudic. iunct. dict. l. qui restituere, vers. si vero non potest.* Quòd si non dolo & fraude, sed culpa tantum aliqua possessionem amiserit, adhuc tamen pati quidem debet litis æstimationem, sed quanti reuera est citra iusiurandum vllum *dict. l. qui restituere, vers. si verò nec potest & l. si culpa 63 eod.* Si autem neque doli neque culpæ vllius conscius est, absolui omnino debet *dict. l. à qua.* At in actione Quod metus causa, sicuti descendit ex edicto Prætoris, ita nec aliã pœnam, & condemnationem habere potest, quàm quæ illo ipso edicto constituta est, scilicet quadrupli *d. l. item si cum §. 1. & pass. D quod met. caus.* Nèpe si reus vel possideat arbitrij tempore vel dolo malo desierit possidere. Nam si culpa tantùm non etiam dolo & fraude possessionem amiserit, durum est vt tam graui pœna afficiatur, si nonipse vim aut metum intulerit, sed alius ex cuius facto conueniatur, licèt verba illa edicti sint valdè generalia & in rem non in personam concepta *neque ea res arbitrio iudicis restituetur* quomodo ratiocinatur Vlpianus aut potius sub Vlpiani nomine Tribonianus *in d. l. item si cum §. quatenus iunct. §. in hac actione in fin. ead. leg.* Condemnatio siquidem illa quadrupli fit in pœnam contumaciæ, neglectique arbitrij, vt sæpius diximus, Pœnam autem nullam meretur, qui culpa caret, ac cui nihil imputari potest *dict. l. à qua.* Atque ita ex vera iuris ratione omnino existimandum est. At si ius nouum & Tribonianeum attendamus longè aliter se habent omnia in omnibus [illegible] actionibus. Primùm enim adhibenda distinctio est, an possessor victus facultatem habeat rei post arbitrium restituendæ, necne Vt si habeat non sit ei permittendum spernere arbitrium iudicis, sed ei omnimodo parere compellatur, adhibita etiam manu militari, Hactenus nimirum, non vt reus cogatur per vim & impressionem restituere quod facti est (ad factum enim præcisè nemo vnquam cogitur) sed vt ab eo possessio transferatur in actorem, quod non iam facere est quàm pati. Si verò non habeat possessor restituendi facultatem, tunc subdistingui oporteat an dolo malo desierit possidere, an sine dolo: si dolo malo, condemnari debeat quanti actor in litem sine vlla taxatione iurauerit, si sine dolo rursum subdistinguatur an culpa saltem aliqua possessoris in amittenda possessione interuenerit, an nulla. Si aliqua, cogatur adhuc æstimationem pati, sed quanti reuera res est, non quanti in litem iurare actor velit. Si nulla, debeat absolui *d. l. qui restituere* [illegible] *& d. l. si culpa.* Etsi enim quod *in d.* [illegible] *qui restituere* [illegible] ptum est, tanquam ab Vlpiano [illegible] legi [illegible], Attamen a quo tempore a b[illegible] arbitrariarum actionum naturam subodorari licuit, nunquã dubitaui, quin tota illius legis sententia Triboniani esset potius, qui huiusmodi distinctionibus id egit quantum potuit, vt actionibus arbitrariis nouam naturam indueret, Vnde & illud factũ est vt alios tam multos iuris nostri locos qui ad actiones arbitrarias pertinebant corruperit, immutauerit, peruerterit. Quod quoniam à nobis iam pluribus comprobatum est in Coniecturarum nostrarum libris, non diutiùs in eo nunc immutabimur. Sed hoc tantum addemus, siue Vlpiani cum vulgo interpretum, siue Triboniani eam legem totam esse nobiscum velis, Apertam esse legis sententiam vt supradictæ distinctiones locum habere debeant non solum in directa rei vindicatione de qua sola in [illegible] legis tractat, sed generaliter in omnibus actionibus arbitrariis, nec tantùm in illis sed etiam in interdictis & aliis si qua sint similia iudicia ex quibus arbitratu iudicis aliquid resti[illegible] oporteat. Id enim est quod habet vltima pars legis his verbis *Hæc sententia generalis est & ad omnia siue interdicta, siue actiones in rem, siue in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet.* At quæro, An non actio Quod metus causa ex numero earum actionum est, ex quibus arbitratu iudicis restitutionem fieri oportet. Nemo id puto, negauerit. Aperta enim sunt verba non tantùm formulæ, sed etiam edicti Prætoris ex quo actio illa descendit *dict. d. item si cum §. quatenus.* Ergo idem iuris est fatendum est in actione Quod metus causa, & in directa rei vindicatione, quod ad supradictas omnes distinctiones. Et tamen hic quoque aduersarij effugium adhuc quærunt. Aiunt enim restringendam esse supra [illegible] tam sententiam quanrumuis generalem ad eas demùm actiones ex quibus arbitrium iudicis quid restituatur post sententiam, & condemnationem, Idque vt excludant actionem istam Quod metus causa & alias arbitrarias in quibus defendunt mordicus, Arbitrium aliquod præcedere debere, antequàm vel de vi facta, metuque illato, vel de quo alio principali negotio quicquam pronuncietur Quod tamen ita esse nullo planè iuris loco, nullaque ratione probare possint, & à nobis in præcedentibus iam satis superque refutatum est, & manifestiùs confutabitur, ex iis quæ de actione ad exhibendum aliisque arbitrariis in sequentibus separatim dicturi sumus. Illud planè nunc prætermittere non possumus, vt tam absurdam istorum interpretationem nonnullamus. Non fuisse eum supradicta siue Vlpiani, siue Triboniani sententia tam generalibus verbis conciperetur, si quæ essent tales aut in rem aut in personam actiones quæ ea generalitate non continerentur ob id solùm quòd in iis restitutionem fieri oporteat arbitratu quidem iudicis sed ante sententiam. Si enim vnica illa nota est arbitrariarum actionum vt isti volunt, an potuit, obsecro, sine scelere prætermitti, Nisi fortè agebat legis author vt eos omnes deciperet qui putarent arbitrarias actiones ea generalitate contineri actionum tam in rem quàm in personam omnium, ex quibus arbitratu iudicis restituenda res esset: Quid enim aliud scripsit Tribonianus *in dict. §. præterea*, vbi de solis actionibus arbitrariis tractat, Aut quibus aliis verbis esse qui voluit vt arbitrariarum actionum naturam intelligeremus? Fateor quod iam inculcaui toties, In omnibus arbitrariis actionibus arbitrium reddi debere ante condemnationem. Sed nego vlli arbitrio

bitrio. De re restituendi locum esse posse antequàm de facto cognitum & pronunciatum sit. Nego tursum pronunciationem illam dici posse condemnationem. Ideoque nec illius pronunciationis mentio vlla fit *in d. §. præterea*, scilicet, quoniam actiones omnes arbitrariæ, cum ex arbitrio pendeant, & ab arbitrio nomen ipsum sumant, eiusmodi pronunciationem supponunt in necessarium antecedens. Tanquam sine qua non possit tenere actio, non magis quàm sine arbitrio à quo incipit esse & dici arbitraria. Quis enim tam fatuus sit iudex, vt arbitretur restitui rem debere ei qui de iure ac dominio suo, vel de aduersarij sui violentia nihil probauerit? Quod etsi facere maximè vellet, tamen non posset propter necessitatem quam habet parendi formulæ cuius prima illa conditio est priúsque implenda *si paret fundum de quo agitur petitoris esse* aut *si paret per vim extortum esse*. Sequitur enim, *neque arbitratu tuo res restituetur*. Itaque si deficiat actor in suis probationibus absolui statim reus debebit, eritque iudicium absolutoriũ ex vi formulæ non arbitrarium. Æstimantur siquidem iudicia omnia siue arbitraria sint, siue bonæ fidei, siue stricti iuris ex condemnatione non ex absolutione, sicut æstimantur omnia ex iure & ex persona actoris, non ex iure aut persona rei. Et ob id in omnium iudiciorum formulis, solius condemnationis mentio fit non etiam absolutionis. Est enim id omnibus iudiciis commune vt absolui semper reus debeat etiamsi nihil ex parte sua præstiterit, si actor quisquis ille est intentionem suam non probauit *l. qui accusare 4. Cod. de edend. l. vltim. Cod. de rei vindic. l. actor quod asseuerat 23. Cod. de probat.* neque in eo differentia vlla est inter actiones bonæ fidei, strictas, & arbitrarias: nec proinde vllam hac parte notã habent ex qua dignosci possint: Cùm in omnibus summoueri actorẽ oporteat statim atque intra dilationes sibi datas ad probandum, probare nihil potuit: quamuis tùm quoque verum sit dicere, Summoueri eum, & absolui reum per iudicem datum in actione vel arbitraria, vel bonæ fidei, vel stricta. Sed hoc sensu vt actio illa aut arbitraria, aut bonæ fidei, aut stricta futura fuisset, si venisset, hoc est, si actor intentionem suam probauisset: Qua non probata, vtique soluitur actio, absoluitur reus. Verum itaque est dicere. Omnem actionẽ arbitrariam præsupponere quòd actoris intentio probata sit, Nec hoc tantùm, ne alioqui actio non teneat, sed illud etiam vt de eo primùm iam pronunciatum sit, vt fieri arbitrio locus possit ad dandum initium actioni arbitrariæ. In quo iam diximus primam elucere differentiam inter arbitrarias actiones & cæteras siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris, quòd in cæteris omnibus vnica pronunciatione & facti quæstio definitur, & reus condemnatur. Hæc sola differentia, quòd quæ sunt bonæ fidei pleniorem habent condemnationem. Quæ stricti iuris strictiorem, propter illa verba *ex bona fide* quæ in solis bonę fidei iudiciis addebantur, non item in strictis vt neque in arbitrariis. At in arbitrariis duplici pronunciatione opus est, vt possit locus esse condemnationi. Prior inducit necessitatem arbitrij, & arbitrium, facultatem potiùs quàm necessitatem parendi. At posterior vera & absolutè diffinitiua sententia est quæ totam litem & controuersiam diffinit per condemnationem, Quomodo diffinire etiam posset per absolutionem si arbitrio reus paruisset, aut non parendi causam iustam habuisset. Ideò autem non potest iudex prima pronunciatione in arbitrariis vnquam condemnare, quia ante contumaciam factam in parendo arbitrio nulla vnquam subest iusta causa condemnati, licèt possit interdum iusta esse absoluendi, vt diximus. Si actor in suis probationibus deficiat, atque ita prima quoque illa deficiat condicio *si paret* sub qua iudex reum condemnare iussus erat. Rursum vt intelligas id quod scriptum est *in d. l. qui restituere in fin.* non posse intelligi quomodo aduersarij volunt de arbitrio aliquo, quòd præcedat sententiam illam primam quæ nullam aut absolutionem contineat aut condemnationem. Obseruata loqui legem non tantùm de actionibus siue in rem sint, siue in personam, sed etiam de interdictis ex quibus arbitratu iudicis restituenda res est. Sunt enim pleraque interdicta restitutoria, multa prohibitoria, nonnulla etiam exhibitoria. Sed cedo aliquod, in quo ante pronunciationem vllam siue Prætor, siue iudex arbitrari possit aut debeat vt res restituatur. Percurre, omnia si voles. Præcipua certè illa sunt. *Vnde vi* & *Quod vi aut clam.* An non verò ex verbis ipsis vtriusque edicti prius est vt probetur & pronuncietur. Eum qui interdicto *Vnde vi* conuenitur vim fecisse. Aut opus quo de agitur in interdicto Quod vi aut clam, factum esse vi aut clam, quàm vt reus restituere iubeatur? Iussum ergo restituendi sequitur cognitionem facti & nisi restitutio fiat, lis æstimatur condemnato reo quanti actoris interest *l. 1. §. non solum 41. l. in interdicto 6. l. si plures 9. § 1. l. penult. & pass. De vnde vi l. si alius 7. §. 1. l. semper 15. §. hoc interdicto l. si opus 2. in princip. & in fin. D. quod vi aut clam l. videamus 8. §. in interdicto D. de vsur.* Nunquam verò iussum restituendi præcedit cognitionem facti, & eam quidem quæ plenissima sit, non quæ summaria. Cùm igitur supradicta siue Vlpiani, siue Triboniani sententia *in d. l. qui restituere*, sit generalis non tantùm ad actiones omnes arbitrarias, sed etiam ad alias actiones quaslibet si quæ sint ex quibus restitutionem fieri oporteat, adeóque ad interdicta, quæ tamen nulla sunt arbitraria. Ratio certè nulla, cur ab eo numero actionem. Quod metus causa, Publicianam, & alias quas nemo negat esse arbitrarias excludere debeamus, quarum vel præcipuè facienda mentio erat, cùm generaliter de iis actionibus tractaretur ex quibus arbitratu iudicis restitutio fit, atque adeò de interdictis quæ multò longiùs distant à vindicatione, quàm actiones arbitrariæ, Supposito etiam eo quòd vindicatio non sit arbitraria. idque euidentiùs apparet ex illo etiam, quòd qui hac parte distinguunt Publicianam quoque à directa rei vindicatione quasi Publiciana sit arbitraria, Eos necesse est perinde negare in Publiciana quod negant in actione. Quod metus causa, fieri restitutionem vllam manu militari. Quod tamen admisso, quis rogo effectus erit ius sententiæ quę à prudentibus ipsis tradita est. In Publiciana actione eadem omnia esse quæ in rei vindicatione directa & ciuili *l. 7. §. in Publiciana D. de Public. in rem act.* Quomodo enim omnia erunt eadem, si quod in vnaquaque actione caput & primum est, aliud sit in Publiciana, aliud in vindicatione, id est si in vindicatione facienda sit restitutio manu militari, in Publiciana non item. Respondent esse omnia eadem quantum ad rationem æstimationis & restitutionis fructuum, omnisque causæ Sed quid hoc est: An æstimanda est aut hæc, aut illa actio ex restitutione fructuum omnisque causæ ac non potiùs ex ipsius rei petitæ restitutione? Distingue quantũ voles, arbitrium, quod isti accipiunt pro litis æstimatione ab arbitrio, quòd fingunt interuenire debere ante primam pronunciationem. Verum semper erit dicere, in rei vindicatione nullam fieri litis æstimationem si possessor iussus restituere, rem habeat pręsentem quàm possit nec velit restituere. Quid enim æstimari possit, cùm possessio rei petitæ translata est manu militari in petitorem? Quare nec *in d. l. qui restituere*, scriptum est vllam hoc casu fieri litis æstimationem, sed tantùm necessa-

riam

riam esse condemnationem propter fructus: At in Publiciana si non æquè fiat restitutio manu militari, fatendum est necessariam esse litis æstimationem & quidem faciendam per iusiurandum in litem, quomodo ex iuris ratione fieri at etiam in vindicatione, vt constat euidenter ex *l. eius rei 46. & l. quod si possessor 7. D. de rei vindic.* Etsi enim nihil tale scriptum legimus *tit. de Public. in rem act.* Id tamen ideò factum videri debet quia satis fuit Vlpiano monere *in dict. §. in Publiciana*, Omnia eadem obtinere in Publiciana quæ in rei vindicatione iam dicta fuerant, Alioqui fuerant omnia repetenda quæ in rei vindicatione iam dicta fuerant, Alioqui fuerant omnia repetenda quæ scripta sunt in titulo præcedente. Sed & generaliter Marcianus ait *in l. in actionibus 5. De in lit. iur.* In actionibus in rem & Ad exhibendum, sicut in bonæ fidei iudicijs in litem iurari: In quo numero actionum in rem, nemo negauerit vindicationem & Publicianam saltem contineri, si non potius eæ solæ significantur quia ratione dominij competunt *dict. l. 7. §. Publiciana D. de Public. in rem action.* non vt hypothecaria ratione solius possessionis *l. si cùm venditor 66. in princip. D. de euict.* Nunquam enim iuratur in litem ratione solius possessionis, sed tantùm ratione dominij vt fusiùs à nobis demonstratum est in Coniecturis. Eodémque pertinet quod Marcellus scribit *in l. tutor 8. D. de in lit. iur.* de in litem iurando contra tutorem possidentem rem pupilli nec volentem eam restituere. Non enim de actione tutelæ intelligi ea lex debet, quomodo Bartolus malè intelligit, licèt in illa quoque actione vt in plerisque bonæ fidei iudicijs in litem iurari soleat contra tutorem *l. 1. 2. & tot. tit. C. eod.* Sed de directa rei vindicatione instituta per adultum, post consumptam iam actionem tutelæ quæ primo ipsius exercitio tota consumitur, ideóque ne consumatur non priùs competit quàm tutela ipsa & administratio finita sit *l. si tutor 9. §. vlt. De tute. & rat. distr.* Et ob id Marcellus *in d. l. tutor*, non de actore loquitur sed de petitore quo nomine significatur qui in rem agit non qui in personam *l. pecunia 178. § actionis De verb. sig.* Sed & obseruandum illud est, loqui eo loco Marcellum de tutore non qui rem petitam dolo desierit possidere, sed de eo qui possidet, nec de illo qui restituere non potest, sed qui non vult vt habent disertè verba legis. Et tamen non ait Marcellus faciendam esse restitutionem præcisè, manúque militari transferendam possessionem in petitorem, sed condemnandũ tutorem ob suam contumaciam, quanti adultus in litẽ iurauerit. Ex quo manifestissimè apparet, quàm verũ sit quod volumus, Iuris veteris rationem nunquam illam fuisse, vt iudicio vindicationis qui iussus esset restituere cogendus esset manu militari parere arbitrio, aut saltem pati translationem possessionis fuisse id ius nouum à Triboniano inductum sub Vlpiani nomine *in dict. l. qui restituere*, Nec tamen Tribonianum quasi immemorem alios omnes iuris locos corrupisse qui similiter corrumpendi erant, vt ab eo in plerisque alijs partibus factum est, ne qua iuris veteris vestigia superessent. Illud sanè non nisi huic Triboniani siue inscitiæ, siue audaciæ adscribi potest, quod sub Pauli nomine scriptum est *in l. arbitrio 18. D. de dolo.* Neque in actione De dolo, neque in actione Quod metus causa certam quantitatem adijci, vt possit per contumaciam suam tanti reus condemnari quanti actor in litem iurauerit Quid enim falsius dici potest quàm quòd ait nullam in actione De dolo adijci certam quantitatem? An non quadrupli pœna specialiter constituta est in actione Quod metus causa? *leg. item si cùm §. 1. & 14. D. quod met. caus.* Aut vbinam quæso gentium traditum est, in ea actione iurari in litem? Sed voluit Tribonianus tollere pœnam illam quadrupli, respiciens nimirum ad distinctionem illam de qua *in dict. leg. qui restituere* vt si is qui conuenitur actione Quod metus causa, & rem restituere iussus est nolit parere cùm possit, non in quadruplum condemnetur, sed manu militari cogendus sit pati vt transferatur possessio, si verò non possit restituere, quia dolo desierit possidere, nec hoc quidem casu condemnetur in quadruplum, sed quanti actor in litem iurauerit, sin absque dolo quanti reuera interierit petitoris. Sed tamen in hoc quoque sui immemor fuit Tribon. cùm adiecit, Officio iudicis debere in vtraque actione iusiurandum taxatione refrænari. Nam imò verò iurari in litem in omnibus actionibus arbitrarijs in infinitum & sine vlla taxatione scriptum est *in d. l. qui restituere.* Quod etiam scripserat Vlpianus *in l. 4. §. iurare D. de in lit. iur.* vbi tamen æquè Tribonianus de suo adiicit, Posse tamen id iusiurandum arbitrio iudicis refrænari: quod bona vetúsque iurisprudentia nunquam admisisset, vt alio loco scripsimus.

ERROR V.

De actione Ad exhibendum.

ACtionem Ad exhibendum nemo dubitat esse arbitrariam quòd & ita scriptum sit *in §. præterea Inst. de action.* & ei conueniant omnia quæ ad actionum arbitrariarum diffinitionem & naturam pertinent. De illo tantum dubitant nonnulli, An sit Prætoria, an ciuilis quibusdam affirmantibus esse ciuilem? illi potissimùm ratione quòd maximè comparata sit propter vindicationes, vt scriptum est *in l. 1. D. ad exhib.* Alijs contra negantibus & contendentibus esse Prætoriam, Ob id solùm quòd à directo iudicio distinguatur *in l. 3. paragrapho ibidem subiungit eod.* quasi non sit ipsa ordinarium iudicium & directum sed vtile & extraordinarium, quo nomine ciuiles actiones nunquam significantur. Sic enim ratiocinatur ille præcipuè, qui cùm non possint negare actionem hanc esse arbitrariam, tanquam in qua arbitrium iudici sit commissum, vt *in d. paragrapho ibidem* scriptum est, nolunt tamen admittere vllam esse arbitrariam, quæ sit ciuilis. Ego nolim negare Prætoriam esse actionem qui video tam multa alia remedia De exhibendo à Prætore introducta esse. Præsertim verò interdicta *De tab. exhibend. De liber. exhib. De homin. liber. exhib.* in quorum interdictorum etiam subsidium comparata fuit actio ista Ad exhibendum, vt eo demùm casu competeret, quo sufficere interdicta non possent *d. l. §. si quis extra hæredem D. ad exhib.* Quemadmodum è contrario competit hæc actio illi etiam qui interdicturus est *dict. l. 3. §. sed & si quis interdicturus*, Quod tamen nemo dixerit alio iure induci potuisse quàm Prætorio, ex quo interdicta omnia proficiscuntur. Sed tamen posset quis non malè fortassis adhibere in hac quæstione distinctionem eandem quam adhiberi placet, cùm de noxalibus actionibus quæritur an ciuiles sint an Prætoriæ, Scilicet vtrùm ex ciuili causa competant vt furti & legis Aquiliæ, an ex Prætoria, Vt iniuriarum, & Vi bonorum raptorum: Vt priore casu sint ciuiles. Posteriore verò Prætoriæ *§. sunt autem Instit. de noxal. action.* Sic enim & actionem Ad exhibendum aliquando ciuilem esse dici posse aliquando Prætoriam. Ciuilem si ex causa ciuili descendat, Qualis ea est quæ propter vindicationes fuit introducta. Nam cùm vindicationes

dicationes sint ciuiles, & inductæ ipsa lege duodecim tabularum, nec possit fieri vt vindicetur res quæ non sit exhibita & in iure apud Prætorem quòd alioqui non possint proferri vindicationis verba illa solemnia *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Quis credat mancam in eo fuisse legem 12. tabul. aut saltem prudentum interpretationem vt non induceret actionem Ad exhibendum quæ esset præparatoria vindicationis, & quam in necessarium antecedens induci oportuerat, ne rei mobilis occultatæ vindicatio impediretur: *dict. l. 1. ad exhib.* At ex aliis, omnibus causis quæ ex Prætoris iurisdictione descendunt fatendum est actionem Prætoriam esse non ciuilem, cùm iis quoque casibus non minùs quam propter vindicationes vsum eius necessarium & vtilem esse Prætor comperisset. Non possunt tamen admittere quod isti volunt esse vllo casu actionem Ad exhibendum extraordinariam, aut iudicium extraordinarium. Ea namque extraordinaria demum iudicia appellamus quæ non more & ritu ordinario iudiciorum, id est, apud datos Iudices & pedaneos expediuntur sed apud Prætorem ipsum, nec tam actione data quàm cognitione Prætoria *l. 2. Cod. de pendan. iudic. l. quòd si minor 24. §. vltim. D. de minor. l. 1. & tot. tit. De extraord. cognit.* Iudicium autem Ad exhibendum non per Prætorem ipsum sed per iudicem a Prætore datum expediri solitũ fuisse & per viam actionis, solito & ordinario iudiciorum more apparet *ex dict. l. 3. §. sciendum & dict. §. ibidem l. inst. 6. Cod eod.* aliisque omnibus iuris locis quotquot sunt, qui hanc actionem vocant. Quare nec vlla parte tit. *Ad exhibend. D. & Cod.* videat mentionem fieri cognitionis Prætoriæ ne quidem edicti Prætoris quod tamen non fuerat prætermittendum, si ex Prætoris primùm edicto comparata hæc actio fuisset. Imò nec vtilis vlla actio est Ad exhibendum, sed semper directa *l. cùm seruus 16. D. eod.* Adeò vt si quo casu competere non possit, & tamen æquitas aliqua actionem dari suadeat, recurrendum sit ad actionem in factum, vt in specie *dict. l. 3. §. penultim.* cui tamen locus esse non solet quoties vtilis actio locum habere potest *§. vltim. Inst. de leg. Aquil. l. si seruum 33. in fin. l. si quis fumo 50. l. bones 53. D. eod.* Neque qui contra sentiunt moueri ex eo debuerunt quòd iudicium Ad exhibendum opponatur directo *in dict. §. ibid.* Non enim id rationem illam habet quasi iudicium Ad exhibendum sit aut vtile, aut extraordinarium, licet iudicium vindicationis cui opponitur sit directum & ordinarium, Sed quia iudicium actionis Ad exhibendum præparatorium est & in ordine ad iudicium vindicationis, quod principale est, ideóque directum appellatur. Verùm ita sit vt voles. Parum ad institutam disputationem nostram pertinet an ciuilis hæc actio sit an Prætoria. Sufficiat esse in confesso, quòd sit arbitraria. Iam videamus quis in ea ordo seruandus sit à iudico dato, Vt scire possimus quid simile habeat, quid dissimile iis actionibus de quibus disputare cogimur an arbitrariæ sint, necne. Illud primùm ad officium Iudicis, qui huic actioni addictus est, pertinet, vt ante omnia debeat inquirere & cognoscere an intersit eius qui agit Ad exhibendum, vt si eius interesse videat permittat ei agere. Non permittat si videat nihil interesse *dict. l. 3. §. sciendum*, vbi ait Vlpianus iudicem summatim de hoc cognoscere debere. In quo cauendum tibi est, ne decipiaris si eum aduersariis, ex eo loco colligas. Summariam igitur aliquam non plenam cognitionem præcedere in cæteris actionibus arbitrariis, vt arbitrium aliquod sequatur, antequàm de iure litigatorum quicquam pronuncietur. Non enim nisi summariam istam cognitionem requirit Vlpianus ad hoc, vt statim sequi possit arbitrium De re exhibenda ante aliam vllam pronunciationem quia nec alia vlla plenior adhibenda est in hac actione in qua de hoc duntaxat quæritur, An intersit actoris, ad hoc vt sciatur, An admitti debeat actor ad hanc actionem: Nimirum vt si appareat interesse ex iusta & honesta causa rémque eius exhibitio petitur, à reo possideri, aut dolo malo desiisse illum eam possidere arbitrium sequi possit De re exhibenda, tùm condemnatio si res non exhibeatur. Ideo autem summaria hæc cognitio appellatur, non quòd plenè actor probare non debeat sua interesse, sed quia in hac actione non cogitur plenè probare de iure dominij sui quomodo in iudicio vindicationis. Quoniam iudicium ipsum ad exhibendum sicuti præparatorium est, & in ordine ad [illegible] iudicium maius, ita in comparatione maioris [illegible]lius iudicij summarium est, vt pluribus scripsimus in Rationalibus ad illum locum. Igitur quod in facto sit ex parte actoris, id est an [illegible] ius qui [illegible]modo intersit dummodò ex honesta & iusta causa, itemque ex parte illius qui conueniuntur, idest an possideat, necne, cognoscendum priùs est & quidem non summatim, nisi eo sensu quo diximus, ad differentiam pleniorum probationum quæ in iudicio directo requiruntur, sed sufficienti causæ cognitione adhibita, ac idoneis probationibus conquisitis, vt arbitrium De re exhibenda, & postmodùm si arbitrio non pareatur, condemnatio sequi possit, Quanti actor litem iurauerit. Vbi in ergo cognitum & pronunciatum fuerit, Rem quam exhiberi actoris interest ab eo qui conuenitur possideri, si nullam possessor exceptionem obiiciat, non statim quidem condemnabitur, sed statim arbitrium reddetur per quod iubeatur ille rem exhibere, nec rem tantùm sed etiam rei causam omnem, idest, vt eam causam habeat actor quam habiturus esset si cùm primùm ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Adeò vt si inter moras exhibendi vsucapta res sit à possessore, nihilominus debeat condemnari. Sed & fructuum medij temporis, idest eius, quod post acceptum Ad exhibendum iudicium, ante rem iudicatam intercesserit, rationem habere iudex debet. Quòd si neget reus cum quo ad exhibendum actum est, statim & in præsenti exhibere se posse, & tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur. dare ei debet, vt tamen caueat se restiturum. Quòd si neque statim iussu iudicis rem exhibeat, neque postea exhibiturum se caueat, condemnatus est in id omne quòd actoris interesset rem ab initio exhibitam fuisse. Sic enim Iustinianus disertis verbis *in §. si ad exhibendum Instit. de offic. iudic.* Cui sanè nihil possis addere, nisi quòd actori permittendum est, vt suo iureiurando æstimet quanti sua intersit *l. 3. §. præterea D. ad exhibend.* Ita fit vt in actione Ad exhibendum eadem sint omnia quæ in rei vindicatione suprà diximus, si illud excipias quod *in dict. §. præterea* scriptum est, In actione Ad exhibendum iudicem qui iusiurandum defert taxare quantitatem debere ad quam vsque iuretur, Cùm tamen in directa rei vindicatione permittatur actori iurare in infinitum sine vlla taxatione saltem illo casu quo is qui conuentus est, dolo malo desiit possidere *dict. l. qui restituere.* Sed non dubito quin à Triboniano addita sint verba illa *in dict. §. præterea, iudice quantitatem taxante.* Respiciente ad id nimirum, quod aliis locis idem Tribonianus constituit inuita Iurisprudentiæ veteris ratione, vt in potestate iudicis esse debeat iusiurandum deferentis vel refrenare

quantitatem ne in immensum iuretur, vel etiam post iusiurandum præstitum diminuere de quantitate iurata, cùm olim iurare in infinitum liceret, id est nulla taxata præscriptave certa quantitate *dict. lege qui restituere.* Iunct. *lege videamus 4. paragrapho iurare D. de in lit. iur.* Nimirum aliud est iurare in immensum quomodo intellexit Tribonianus, quòd certè nunquam licuit, Aliud verò iurare in infinitum, quod non solum semper olim licuit, sed etiam hodie licere deberet, Vel eodem teste Triboniano, qui quod sub Vlpiani nomine scripsit *in dict. lege qui restituere,* Iurari posse in infinitum sine vlla taxatione contra eum qui rem per vindicationem peritam dolo malo desiit possidere, voluit generaliter constitutum in omnibus actionibus arbitrariis, Nec in illis tantùm, sed etiam in interdictis omnibus in quibus arbitratu iudicis restitui quid oportet, ac ni restitutio fiat, sequitur condemnatio vt scriptum est *in fin. dict. lege qui restituere* Vnde proculdubio sumptum est quod de iureiurando in litem & deferendo & restringendo traditum legimus in Actionibus De eo quod metus causa & De dolo *in lege arbitrio 18. De dolo in hypoth·caria lege si fundus 16. paragrapho in vindicatione D. de pignor.* Et in interdicto Quod vi aut clam *l. semper 15. § hoc interd. versic. sed quod interfuit D. quod vi aut clam* In quibus omnibus anteà non iurabatur, propterea quòd non ad dominij sed ad possessionis causam pertineant, Dominij autem ratio sola illa sit quæ iusiurandum inducere potest ne inuitus dominus re sua carere cogatur vt in libris Coniecturarum docuimus ex *l. non enim 9. D. rerum amotar. cum similibus.* Ergo nec dubitandum est quin ius ita fuerit olim comparatum in actione Ad exhibendum vt iurata in litem actor posset, & quidem sine vlla taxatione, Scilicet si ea instituta erat actio Ad exhibendum, quæ præparatoria esset vindicationis, vt esse solet *dict. l. 1. D. ad exhibend.* Sic enim accipiendum puto quod scriptum est *in dict. §. præterea,* non etiam de qualibet actione Ad exhibendum quæ præparatoria sit alterius actionis in qua ipsa iurare non liceret, ne alioquin eueniat vt actionis præparatoriæ maior sit vis & potestas, quàm actionis præparatæ quod absurdum esset. Porrò quoties in actione Ad exhibendum iuratur in litem, nego taxari vllo casu debere quantitatem iurisiurandi. Nam in vindicatione quidem potest adhiberi distinctio illa Triboniana, An qui conuenitur facultatem habeat rei restituendæ an autem dolo malo fecerit ne haberet, Vt priore casu possessio manu militari transferatur in victorem, Posteriore verò condemnandus omnimodo sit reus quanti actor in litem iurauerit *dict. l. qui restituere.* At in actione Ad exhibendum nullus huic distinctioni locus esse potest: Non quòd fieri nequeat vt is qui conuenitur facultatem exhibendæ rei aliquo casu habeat, aliquo non habeat, Secundum id quod suprà diximus ex *dict. §. si ad exhibendum Instit. de offic. iud.* Sed quia tum quoque cùm facultatem illam rei exhibendæ habet, nullus tamen manu militari vsus esse potest, cùm exhibitam rem & præsentem esse oporteat, ad hoc vt eius possessio manu militari ab eo transferri possit, Ergo cùm non alia ratio sit propter quam noluit Tribonianus iurari posse in directa rei vindicatione cùm res præsens est, quàm quòd eo casu possit alio & meliore remedio consuli petitori adhibita scilicet militari manu, Prorsus consequens est vt cùm nullo casu possit manus militaris adhiberi in actione Ad exhibendum, id est ne tum quidem cùm exhibendæ rei facultatem reus habet, E contrario dicendum sit omni casu in litem iurari oportere siue exhibendi facultatem reus habeat, siue non habeat, quia nunquam præsens res esse potest ante exhibitionem. Iurari ergo semper in infinitum & sine vlla taxatione, quia longè magis dolo facit qui recusat exhibitionē rei quam exhibere posset si vellet, quā qui dolo fecit ne possit hodie illa exhibere. Quādo nec aduersus aliū datur actio Ad exhibendū quàm qui vel possidet, vel dolo desiit possidere [Inter quos casus sicuti nihil distat quod ad possessorē attinet quoniā dolus pro possessione est, Ita neque quod ad manum militarem pro actore adhibendam, quia non magis vno casu quàm alio militaris manus adhiberi potest ad extorquendam ab inuito rei occultæ & quæ nesciatur vbi sit, exhibitionem. Extra causam hanc adhibendæ manus militaris quam primus Tribonianus implorari & adhiberi posse voluit, Dico esse omnia similia in rei vindicatione directa & in actione Ad exhibendum siue ad naturam actionis respiciamus, siue ad officium iudicis, Licet ex parte rei de qua agitur, differentia illa sit, quòd non nisi præsentis rei vindicatio fieri potest, Exhibitio verò non nisi absentis aut saltem occultatæ postulari. Ex quo infero cùm actio Ad exhibendum semper & omnimodo arbitraria sit, vt scriptum est *in dict. paragrapho præterea Instit. de act. & in d. l. 13. paragrapho ibid. subiungit D. ad exhib.* Etiam directam & ciuilem rei vindicationem esse arbitrariam. Nec dissimilitudinis rationem afferri vllam posse, nisi quòd actiones quæ directæ sunt in rem, tantò magis necesse esse arbitrarias esse, quòd cùm ex præsenti tantùm possessione nascantur, vt loquitur Vlp. *in dict. l. non alias 24. paragrapho sed si postulatur D. de iudic.* non alia condemnationis ex ipsis irrogandæ ratio esse potest, quàm si arbitrio iudicis non pareatur. Quod in personalibus actionibus diuersum est, quæ vt plurimùm obligationem aliquam personalem pro causa habent, Exceptis illis quæ licet sint directæ in personam, tamen sunt scriptæ in rem, Quas soleo dicere, pasci ex variis causarum figuris, § 1. *de action. l. 1. D. eodem titul.* Inter quas est actio Ad exhibendum *l. 3. §. est autem D. ad exhibend.* vt & actio Quod metus causa, *dict. §. præterea,* & Aquæ pluuiæ arcendæ *l. si tertius 6. § aqua pluuia D. de aqua & aquæ pluu. arc.* A quibus tamen differt actio ad exhibendum in eo quòd nascitur illa ex præsenti possessione, non minùs quàm rei vindicatio. Actio verò Quod metus causa ex illato metu, à quocumque tandem illatus sit *l. item si cum 14. §. in hac act. & §. aliquando D. quod met. caus.* Actio autem aquę pluuię arcendę ex opere facto, ex quo damnum timetur *l. 1. § 1. l. apud Treb. 5. §. penultim. l. ie cum quo 7. & pass. ill. tit. De aqua & aqua pluuia arcend.* Ergo in actione ad exhibendum vt in cæteris omnibus arbitrariis pronunciationem aliquā præcedere oportet, Videri sc. interesse actoris ex honesta & iusta causa exhiberi rem quę à reo possidetur, aut quā reus dolo malo desiit possidere. Quæ tamen pronunciatio fieri non potest quin facti quæstio plenè discussa sit, non quidem de iure actoris (sufficit enim summaria, vt & in *l. 2. §. causa cognitio D. de carben. edict.* cùm plenior quæstio de iure dominij differenda sit vt diximus, in directam iudicium vindicationis *dict. l. 3. §. sciendum & paragrapho ibidem subiungit D. ad exhib.*) Sed quasi intersit actoris, & de possessione vel de dolo malo eius qui conuenitur. Alioqui absoluendus est reus si neque possideat, neque dolo desierit possidere *l. si ad exhibendum 8. D. eod.* Post illam verò pronunciationem sequi debet arbitrium De re exhibenda, Tum si non pareatur arbitrio, neque res exhibeatur, condemnatio tandem fit aut quanti actor

sua

sua interesse in litem iurauerit si vindicationis gratia exhibitio postuletur, Aut quanti reuera interesse sua probauerit, si non ad dominij sed ad alterius iuris causam actio referatur. Et hæc quidem de actione ad exibendum dixisse sufficiat, vt de aliis arbitrariis actionibus dicere pergamus.

ERROR VI.

De noxalibus, Nullas esse arbitrarias. Ad l. miles 6. §. 1. D. de re iudic.

SI quid est in libris nostris quod insciriam Triboniani detegat, illud sane est quod *in §. præterea. Instit. de action.* scripsit ille noxales actiones esse arbitrarias, Quem errorem etiam nos ante hunc diem secuti sumus, tanti viri authoritate potiùs quàm fide, aut iudicio decepti. Sic enim definit eo loco, Arbitrarias actiones esse illas, in quibus nisi arbitrio iudicis reus cum quo agitur satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel soluat, *vel*, inquit, *ex noxali causa seruum dedat* condemnari debeat. Et tamen si veram iuris rationem inspiciamus defendi certè nullo modo potest, Eo saltem sensu noxales actiones esse arbitrarias. Cùm enim arbitrariæ actiones illæ sint quæ ita pendent ex arbitrio iudicis, vt non aliter condemnatio ex iis sequi possit, quàm si arbitrio non pareatur, Apparet eas tales esse semper debere, vt arbitrium præcedat condemnationem, Vt ex illarum omnium exemplis de quibus hucusque diximus perspici potest. Et consequenter si noxales essent arbitrariæ non aliter condemnari vnquam dominus posset, quam si noxam dedere nollet, neque alia de causa, quàm quia non dederet, Quomodo haud dubie Tribonianus noster intellexit, cùm actiones noxales ideò arbitrarias esse vult quòd ex iis conuentus dominus si seruum noxæ non dedat condemnatur: Ita innuens debere arbitrium præcedere De seruo dedendo pro noxa, priusquam contra dominum sequi possit condemnatio. Atquin hoc falsum est, & quod bona Triboniani pace dictum sit, falsissimum. Noxæ siquidem deditio ex ipsa lege duodecim tabularum quæ hoc ius primùm induxit, nunquam in condemnationem deducitur, sed semper pecuniariam condemnationem sequitur, vt eleganter Vlpianus scribit *in l. miles 6. §. 1. D. de re iudic.* qui locus omnium aptissimus & accommodatissimus est ad naturam actionum noxalium exprimendam. Ait Vlpianus, Eum qui decem aut noxæ dedere condemnatus est, iudicati actione teneri in decem duntaxat non etiam ad noxam dedendam. Facultatem enim noxæ dedendæ, inquit, à lege accipit. Aliter atque si quis ab alio decem aut noxæ dedere stipuletur. Hic enim non sola decem ex stipulatione petere potest, sed quemadmodum vtrumque in stipulatione alternatiue continetur, Ita vtrumque sub disiunctione & alternatione petere debet, Ne alioqui causa plus petere videatur vt Iustinianus scribit *in § hinc autem vers. qua de causa Inst. de act.* Tam enim deducta sunt decem in huiusmodi stipulationem quàm noxæ deditio, nec minùs noxæ deditio, quàm decem. Singula scilicet per se, ac separatim considerata licèt vtraque simul & alternatiuè At iudicium solius noxæ deditionis nullum est, subiungit Vlpianus sed pecuniariam condemnationem sequitur, id est nullum iudicium in eam rem comparatum est vt dominus seruum noxæ dedat, sed tantùm, vt pro seruo præter pœnam legitimam siue furti siue legis Aquiliæ aut [illegible] si agitur. Vi bonorum raptorum, aut iniuriarum. Itaque pecuniariam condemnationem præcedere necesse est, & æstimari per sententiam, vt noxæ deditio sequi possit Tantum abest vt verum sit quod Tribonianus voluit, condemnandum esse reum ob id quòd seruum noxæ dedere noluerit. Nec dissimile est quod Caius scribit *in l. 1. De noxal. act.* Noxalium actionum eam vim & potestatem esse vt si damnati fuerimus, liceat nobis deditione corporis quod deliquerit euitare litis æstimationem. Vt intelligamus requiri condemnationem in necessarium antecedens, vt noxæ deditio sequi possit, Nec ad hoc prodesse deditionem noxæ vt euitetur condemnatio, quomodo in arbitrariis omnibus actionibus prodest arbitrio iudicis paruisse ad condemnationem euitandam, promerendamque absolutionem, sed ad hoc tantùm ne litis æstimationem quæ per condemnationem facta est, præstare cogatur dominus, quamuis condemnatus. Sic enim accipienda sunt verba illa *euitare litis æstimationem* vt non faciendam sed ad factam referantur. Æstimatur enim lis per condemnationem, Nec aliud est, Cogi quem pati æstimationem quàm vt sententiam & condemnationem pati cogatur, *in l. si culpa 63. D. de rei vindic. l. vlt. D. de condict. tritic.* Dixit igitur Caius *litis æstimationem* pro æstimationis præstatione cùm per noxæ deditionem non condemnatio impediatur, quàm præcessisse necesse est, sed tantùm exactio & executio condemnationis. Ideóque nec habet dominus saluam dedendæ noxæ facultatem nisi quousque iudicati conueniatur, vt ex Iuliano idem Vlpianus tractat *in l. item veniunt 20. §. idem rectè ait D. de hered. petit.* Quia cùm non possit conueniri ex iudicato nisi ad pecuniam *d. l. miles 6. §. 1. de re iudic.* id est ad litis æstimationem, quæ semper pecuniaria est, & per iudicatum ac iudicati actionem nouetur prior actio, quæ fuerat noxalis *l. vltim. C. de vsur. rei iudic.* Consequens est vt ipsa iudicati actio quæ non ex noxa sed ex iudicato nascitur noxalis esse non possit *dict. l. 1 in princip. De noxal. act.* Sicuti nec de noxæ deditione tractari vnquam potest, cùm post noxalem actionem propositam aliud iudicium quodlibet acceptum est *d. §. idem rectè.* Nunquam enim pro vna eademque noxa duplex iudicium noxale reddi potest, Nimirum quoniam noxæ deditio quæ in solutione tantùm est, à lege tribuitur non à iudice *d. l. miles §. 1. in fin.* lex autem semel tantùm loquitur, totáque ipsius potestas prima concessione facultatis dedendæ noxæ consumitur. Dixi noxæ deditionem in solutione tantùm esse non etiam in condemnatione *ex dict. §. 1. in fin.* iis verbis *his enim solis condemnatur*, Qoia licèt in actione qualibet noxali iudex ita sententiam ferre, debeat vt condemnet dominum præstare litis æstimationem aut noxæ dedere *dict. §. 1. in princip. & §. 1. Institut. de offic. iudicat.* Id tamen non ideò fit quòd vtrumque sub alternatione, ac pari iure in condemnationem deduci debeat, sed ne si aliter faciat iudex, nec de noxæ deditione quicquam exprimat, eam facultatem dedendæ noxæ quam lex 12 tab. condemnato tribuit ei adimere, atque ita contra legem iudicare videatur, vt initio illius *titul. De officio iudic.* Iustinianus noster docet. Proinde sic accipienda ea condemnatio est, acsi ad pecuniam duntaxat litisque æstimationem præstandam condemnatus esset dominus, sed sub illa tamen exceptione, Nisi malit ex facultate quæ per legem ei tribuitur, noxæ dedere. Simile quiddam est quod ex Iuliano, scriptum legimus *in l. cùm sine 19. D. quand. dies legat. ced.* Si legatum sine præfinitione temporis ita datum fuerit *Vxori meæ penum heres dato, si non dederis,*

centum dato, vnum duntaxat legatum intelligi pecuniæ scilicet & centum statim peti posse, Penoris autem causam eò tantùm pertinere vt ante litem contestatam tradita peno hæres liberetur. Sed etsi præfinitio certo tempore legatum datum proponatur hoc modo *si penum intra Calendas non dederis centum dato*, non eo magis putabat Iulianus effici vt duo essent legata, sed potiùs vt centum legata sub conditione videantur, Et quidem sola, ita vt si vxor ante Calendas decesserit, hæredi suo neque penum relinquat quæ legata non est, neque ea centum quia dies legati non cesserit. Quamquam in ea specie videtur Iulianus à cæteris prudentibus dissensisse, quorum vt frequentior ita verior fortasse fuit illa opinio, Vt duo sint legata. Vnum penoris, Alterum pecuniæ, Sed quorum prius transl tum videatur in posterius si noluerit hæres penum dare, vt tunc pecuniam hæres debere incipiat, cùm interpellatus non dederit penum, Et si interim decesserit legatarius, hæredi eius, penus tantum non etiam pecunia debeatur. Sic enim Paulus *in leg. si penum 24. eod. tit. & in l. 1. §. item si ita D. ad l. falcid* vbi cùm ait *quidam putant omnimodo in legato decem esse, penum autem mortis causa capi, nec in falcid. eam imputare ad heredem per*, Iulianum procul dubio intelligit & perstringit, cuius sententia extat *in d. l. cum fine*. Vtitur tamen Paulus ibidem distinctione, quæ tertiam quandam & mediam opinionem inducere videtur, Vt si incontinenti hæres penum soluerit, scilicet statim atque interpellatus est & ante moram contractam, videatur penus legata esse, & in legem falcidiam imputari posse, Et quod dicit *incontinenti* sic interpretatur, cum aliquo temporis spatio. Sed si iã mora facta soluerit hæres penum, tunc nec legatum accepisse videri debet, nec penus in falcidiam imputari Iam enim transfusum legatum esse & decem deberi. Non aliter quàm si legatum ab initio sic datum sit *si penum non dederit decem dato*, quo casu certum est penum non esse legatam, sed si detur mortis tantùm causa capi, id est non aliam ob causam quàm quia deficiat legati conditio, *d. l. leg. si penum in fin* Videtur tamen Iuliani sententia indistinctè placuisse non tantùm Vlpiano, sed etiam Marcello in notis ipsius ad Iulianum, vt constat *ex l. 1. D de pen. legat.* Vbi scribitur in hac ipsa specie, penum esse solummodò in præstatione, neque ex legato peti vllo casu posse, sed solam quantitatem. Habere tamen hæredem facultatem offerendi & soluendi penum vsque ad litem contestatam, Nisi fortè aliud tempus vel mente, vel verbis testator præstituit Quæ exceptio cadit in distinctionem illam Iulianian, cum præfinitione temporis, an sine præfinitione testator pecuniam legauerit si penus non daretur, Sed ille alius nec minus dubius, quàm subtilis tractatus est. Illud verò certius, quod nunc contendimus, Quoties in iudicio noxali Iudex condemnat dominum aut æstimationem litis soluere aut noxæ dedere, noxæ deditionem in solutione & præstatione duntaxat esse, idque ex legis potestate potiùs quàm ex sententia iudicis, Nullomodo autẽ in condemnatione, sed pecuniam tantùm, Ideóque nec mirum esse quod in executione iudicati & actione illa in factum quæ nascitur ex iudicato, sola pecunia semper petitur, post illud scilicet tempus quod iudicatis datur ad soluendum, Noxæ verò deditio numquam *d. l. miles paragrapho 1. De re iudic.* Cui tamen consequens non est vt qui noxali actione contra dominum agit, præcisè ad pecuniam agere debeat detracta noxæ deditione. Qui enim sic ageret vtique male ageret, & causa caderet, inspecta iuris veteris ratione, quasi non tam causa plus petens vt ille qui ea duabus rebus alternatiuè debitis alteram præcise petit *d. § huic autem vers. qua de causa Inst. de action* Quàm agens actione sibi non competenti. Nec enim ex delicto serui actio vlla præcise & absolutè competere potest aduersus dominum qui non ipse deliquit, sed noxalis tantùm, Nisi eo demum casu quo sciente domino nec prohibente cùm posset, seruus deliquerit. Tunc enim dominus in solidum obligatur, quasi ex proprio suo potiùs quam ex serui sui delicto *l. 2. 3. 4. & pass. D. de noxal. act.* Quò pertinet quod *in d. l. 4. §. vlt.* scriptum est, Si detracta noxæ deditione quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, non solùm absolui dominum debere, sed etiam absolutione secuta & finito iudicio amplius agendo cum noxæ deditione actorem exceptione rei iudicatæ summoueri debere, quia res, inquit, in superius iudicium deducta & finita est. Donec autem prius iudicium agitatur, licentia est agenti vt eadem lex ait si eum de scientia domini arguenda pœniteat, tunc ad noxalem causam transire, Contrà quoque si cum eo qui scit, cum noxæ deditione actum sit, amplius in dominum, detracta noxæ deditione, dandam actionem non esse, Vt appareat noxalem actionem detracta noxæ deditione institui nunquam posse, licet ipsa noxæ deditio in petitione nunquam sit. Quoniam aliud est contra dominum agere cum noxæ deditione, id est saluam relinquere domino facultatem dedendi seruum pro noxa quam facultatem habet à lege: Aliud verò agere ad ipsam noxæ deditionem, quod neque separatim, neque alternatiuè coniuncta pecuniæ petitione fieri vnquam potest. Id enim est quod Vlpianus ait *in d. l. miles 6. §. 1. De re iudic.* iudicem in eius noxæ deditionis nullum esse. Nec quemadmodum noxæ deditio esset in obligatione alternatiua si quis decem aut noxam dedere stipulanti promisisset, Ita in noxali iudicio deditionem noxæ perinde ac pecuniam alternatiuè in petitione esse. Nam in petitione numquam est, ac ne quidem in præstatione semper, sed post condemnationem tantùm. Neque contrarium est quod Caius scribit *in l. non solum 29. De noxal. act.* non solùm eum qui in potestate non habet seruum delinquentem recusare posse noxalẽ iudicium, verum etiam habenti in potestate liberum esse iudicium vitare si indefensam eam personam relinquat. Sed huic necesse esse ius suum ad actorem transferre: quod ipsum nihil aliud ést quàm seruum noxæ dedere. Sequitur enim statim apud Caium *perinde acsi damnatus esset* quasi recusatio illa defendendi seruum pro tacita quadam condemnatione habenda sit. Sic enim & Pomponius *in l. noxali 33. eod.* scribit, Noxali iudicio inuitum neminem cogi alium defendere, sed carere debere eo quem non defendit, si seruus est. Cùm igitur condemnationem aliquam siue expressam siue tacitam præcedere necesse sit vt noxæ deditio locum habere possit, An non absurdissimum est dicere cum Triboniano *in dict. §. præterea De act.* In noxalibus actionibus si reus conuentus seruum noxæ non dedat condemnari eum debere? Potiùs enim dicendum erat Posse illum ita demùm noxæ dedere si iam fuerit ipse condemnatus. Aut si nolens seruum defendere habeat se iam pro condemnato Neque hoc sanè aliquam videtur habere dubitationem. Difficilius est recentiorum nostrorum distinctiones quasdam refellere, quibus in huiusmodi quæstione vti solent.

ERROR VII.

De actionibus arbitrariis quæ contra dominum ex noxali cauſa inſtituuntur.

Recentiorum diſtinctio quam nos his refellendam ſuſcipimus, illa eſt, Vt ſi ex tali cauſa agatur ex qua arbitraria actio eſt etiam noxalis actio ſit arbitraria, & noxæ deditio ſit in arbitrio iudicis ante ſententiam, At ſi ex cauſa tali agatur ex qua arbitraria actio non eſt, nec ipſa noxalis actio quæ eo nomine competit arbitraria ſit. Verbi gratia, inquiunt, Si ſeruus tuus mihi per vim metúmque rem aliquam abſtulerit (melius dixiſſent *extorſerit* ad ſignificandum tradentis quoque conſenſum) & illa res ad te non peruenerit (ſi enim perueniſſet tuo nomine teneretis) agam contra te noxaliter ex edicto Prætoris Quod metus cauſa. Et talis actio noxalis erit arbitraria. Arbitrabitur enim iudex antè ſententiam, vt reſtituas, vel ſeruum noxæ dedas: Quòd ſi alterutrum feceris, vitabis condemnationem, Si non feceris condemnaberis in quadruplum vel noxæ dedere. At ſi ſeruus tuus mihi furtum fecerit, & res illa ad te non peruenerit, agam contra te furti actione noxaliter, Sed hæc actio arbitraria non erit, quia furti actio ſua natura arbitraria non eſt. Itaque in eiuſmodi cauſa ante ſententiam nihil licebit Iudici, ſed ex ſtricta formula iudicabit *Videri ſeruum tuum furtum feciſſe*. Et te condemnabit in duplum, Vel noxæ dedere. Sicque intelligunt quod ſcriptum eſt *in l. quod diximus 16. §. 1. D. de eo qui met cauſ.* Et diſtinctionis huius authorem laudat Duarenum *in tract. De in lit. iurand.* Ego verò diſtinctionem hanc neque laudare, neque pati poſſum. Etſi enim vellet quis admittere, quod tamen poſteà negabimus, actiones arbitrarias poſſe noxales fieri ſi ex dolo & delicto ſerui originem trahant *ex d. l. quod diximus §. 1.* Nego tamen manere illas noxales poſt arbitrium ſi dominus nominè ſerui conuentus & victus arbitrio parère nolit, Nam ſi verum eſt, vt eſt, quod illi volunt poſtquàm pronunciatum eſt *Rem qua de agitur, per vim aut metum à ſeruo illatum extortam videri* ſequi debere arbitrium, vt dominus eam rem reſtituat, vel noxæ dedat. Omnino conſequens eſt, vt ſi arbitrio parere dominus nolit, id eſt neque rem reſtituere neque ſeruum noxæ dedere, condemnari poſtmodum debeat in quadruplum ſine vlla noxæ dedendæ facultate, Tanquam qui exinde incipiat, non tam ex facto ſerui, quam ex ſuo conueniri: hoc eſt ex ſua contumacia, & ob id ſolùm quòd arbitrio parere noluerit. Hoc enim eſt quod tam ſæpè diximus in ſuperioribus, Condemnationem illam grauiorem quæ in actionibus arbitrariis irrogatur nihil niſi pœnam eſſe contumaciæ ſine qua nec vllà eſſet ratio condemnationis infligendæ *Ex l. vltim. D. de fideiuſſ. l. item ſi cum 14. §. in hac actione D. quod met. cauſ.* vbi eleganter Vlpianus tractat, Nemini debere iniquum videri quòd in actione Quod metus cauſa, etiam is qui neque vim, neque metum intulit ſi tamen ad eum res per vim extorta peruenerit, in quadruplum nihilominùs condemnatur, *quia*, inquit, *non ſtatim quadrupli eſt condemnatio, ſed ſi res non reſtituatur*, Quaſi dicat non ob vim ab alio illatam condemnari in quadruplum debere illum qui conuenitur, ſed ob id tantum quo arbitrio iudicis obtemperare recuſauerit rémque reſtituere cuius tamen reſtituendæ cùm ad eum peruenerit, habebat facultatem. Nec ſanè alia ratio vlla eſt propter quam fieri poſſit, vt non debeat iniqua videri condemnatio quadrupli in actione Quod metus cauſa contra eum qui licèt rem per vim aut metum extortam poſſideat, tamen neque vim intulit, neque metum. Factum enim cuique ſuum nocere debet non alteri *l. non debet 74. l. factum 155. De regul. iur.* nihilque aliud hoc eſſet, quàm ex facto vnius prægrauari alterum cui nihil imputari poſſet. Hoc igitur admiſſo, vt dominus noxali actione Quod metus cauſa conuentus in quadruplum condemnatus ſit, & meritò, quòd rem quam poterat reſtituere noluerit, vt ſcriptum eſt *in d. l. item ſi cùm §. hac autem actio.* Quis ferat aut æquum putet, ſaluam ei manere noxæ dedendæ facultatem poſt irrogatam quoque quadrupli condemnationem: Non enim alia noxæ deditionis permittendæ ratio fuit, quàm quod iniquum eſſet nequitiam ſeruorum vltra ipſorum corpora dominis damnoſam eſſe, vt Iuſtinianus tractat *in §. 1. De noxal act.* poſt Vlp. *in l. 1. D. eod.* Quæ ratio & æquitas ceſſat euidenter quoties aliquid imputari domino poteſt propter quod debuerit condemnari. Amplius hoc eſt in propoſita ſpecie, quod cùm arbitrium iudicis tale fuerit vt dominus eam rem quam ſeruus per vim aut metum extorſerat reſtitueret, vel ſeruum noxæ dederet, non poteſt dominus ſpernere arbitrium iudicis quin ipſam quoque noxæ dedendæ facultatem ſibi per arbitrium datã ſpernat & reſpuat. Cùm enim arbitrium interuenerit de hoc vel illo faciendo, alterutrum factum eſſe ſufficeret, vt arbitrio paritum dici poſſet. Et conſequenter ſecuta poſteà condemnatione verum eſt dicere, non minus ob id condemnatum eum eſſe quòd noxæ ſeruum dedere noluerit, quàm ob id quòd ſemper vim extortam non reſtituerit, cùm potuerit æquè noxam dedendo atque rem ipſam reſtituendo parere arbitrio & ita condemnationem euitare. Cur ergo permittamus ei redire ad beneficium legis quod ſemel aſpernatus eſt [, vt propemodum legem ipſam ludibrio habere videatur? Sicuti ratiocinatur Iuſtin. *in l. vlt. §. vbi autem Cod. de bon. quæ liber.* niſi fortè probabilius quis putet, vt tum quoque cùm noxale iudicium Quod metus cauſa acceptum eſt, arbitrium reddi debeat De re tantùm reſtituenda, non etiam de ſeruo noxæ dedendo, Noxæ autem dedendæ facultas In condemnationis, & iudicati tempus differatur. Sed hoc dic meo iudicio non poteſt Iniquum enim eſſet arbitrium illud, quo iuberetur dominus eam rem præcisè reſtituere, quam ſeruus per vim extorſiſſet, ſine noxæ deditione, Cùm tractemus eum caſum, quo res per vim extorta ad dominum non peruenerit, ac proinde cuius reſtituendæ facultatem ipſe non habeat, & quàm ideò nec iubendus eſſet reſtituere, ſi non ſerui ſui nomine conueniatur. Priùs enim eſt vt qui arbitraria actione conuenitur reſtituendæ rei habeat facultatem, ſiue quòd eam poſſideat, ſiue quòd dolo eam deſierit poſſidere, quàm vt reſtituere iubeatur, ne rei impoſſibilis præceptum videri poſſit. Ergo quoties arbitraria actio Quod metus cauſa ex facto ſerui proponitur contra dominum ad quem res per vim extorta non peruenit, Aut iniquum oportet reddi arbitrium aduerſus dominum de re illa reſtituenda præcisè, aut verba illa addi neceſſe eſt *aut noxam dedere*. Siquidem ea demùm iuſta cauſa eſſe poteſt, propter quam in quadruplum condemnari ipſe debeat, ſi cùm poſſet ſe liberare per noxæ deditionem, ne id quidem facere voluerit, Cui contrarium tamen eſt, quod ſuprà diximus *ex l. miles 6. §. 1. D. de re iud.* noxæ deditionem ſemper ſequi pecuniariam condemnationem. Quid enim hoc aliud eſt quã noxæ deditioni locum nullum eſſe niſi cùm agitur iudicio ſtricto. Cuiuſmodi

ant ea ferè omnia quæ ex delicto pr[illegible]scuntur, ex quibus scilicet postquàm de ea facti & delicti veritate cognitum est, vnica fit pronunciatio quæ condemnationem rectà continet hincque tanti æstimat quanti e. pœna est quæ delicto ex legibus debetur. Tritum namque est noxales actiones omnes ex delicto descendere, sicut actiones de peculio ex contractu nascuntur *d. l. l. 1. D. de noxal. act. leg. 1. §. si filiusfamilias. D. de qui effud. vel deiect.* Delicta vero [illegible]è omnia suas habere pœnas certas, & consequenter actiones quæ ex delictis competunt, non posse strictas non esse, nullumque in iis arbitrium iudicis interuenire, quod præcedere debeat condemnationem. Alia ratio est actionum quæ cùm ex delicto non nascantur propriè ac immediatè, delictum tamen aliquod supponunt, Velut actio Quod metus causa, quæ cum ad[illegible]us eum quoque possessorem detur q[illegible] metus & violentiæ conscius non fuit, non potest v[illegible] ex delicto nasci, *dict. l. item si cum 14. §. in hac actione & §. aliquando in fin. quod met. caus.* Et tamen supp[illegible] per delictum aliquod Vim scilicet i[illegible]e vel metum. Ad hoc enim [illegible] vt doc[illegible] vim aut metum in causa fuisse [illegible] factum sit, cuius rescissio p[illegible] in[illegible]grum restitutionis postulat[illegible] *dict. §. [illegible] hac actione*. Sed quia non tam pœnæ & vindictæ [illegible] persecutionem continet, da[illegible] contra omnes rei per vim extortæ possessores quamuis [illegible]entes. Placuit non aliter condemnari [illegible] ex ea [illegible] posse in quadruplum, quàm si [illegible]bitrium præ[illegible] de re restituenda, [illegible] recusauerit. Cum tamen in actionibus stri[illegible] & pœnalibus quæ rectà [illegible] ad pœnam [illegible] reo ad pœnam [illegible]tandam quòd rem restitue[illegible] sit paratus. Nec enim quisquam ex pœnitentia nocens esse desinit *l. quisquis mente 65. D. de furt.* Nimirum in cæteris actionibus quæ ex delicto nascuntur, obligatur reus ex ipso delicto. Quod vbi semel admissum est, fieri nequit vt admissum non sit. At in actione Quod metus causa quæ datur etiam contra innocentē, ac proinde nullomodo obligatum, nascitur tota condemnationis causa ex sola possessoris contumacia, nec tam delictum illati metus & violentiæ causam condemnationi præbet, quàm con[illegible] illa est sine qua non posset perueniri ad condemnationem. Si enim metus illatus non esset, actio hæc Quod metus causa locum hab[illegible]e nunquam posset. Porrò nulla possessoris contumacia esse potest si arbitrium iudicis De re restituenda nullum intercedat. Idque apparet euidentiùs in actione Rerum amotarum, Quæ licèt in eo differt ab actione Quod metus causa, quòd nascitur ex furto & delicto *l. si mulier 21. §. penultim. & vltim. D. rer. amot. l. si rerum 52. D. de re iudicat.* in eo tamen similis est quod rei persecutionem perinde continet non pœnæ *dict. §. penultim.* & ob id arbitraria quoque est. Continet enim arbitrium iudicis, De reddendis rebus amotis, & si non reddantur, condemnanda est mulier quæ res amouit quanti vir in litem iurauerit *l. si cùm dos 8. §. 1. & l. sequent. D. rer. amot.* Non quia deliquerit & furtum fecerit, sed quia noluerit reddere. Nec aliud est in actione De dolo quæ & ipsa arbitraria est, & in eo tamen dissimilis actioni Quod metus causa, quod non aduersus alium datur, quàm eum ipsum qui dolum commisit *l. sed & ex dolo 15. §. vlt. & l. sequent. D. de dolo.* Neque tamen nascitur semper ex delicto, cùm dolus non tam proprium & speciale aliquod delictum sit, quàm delictorum omnium veluti fons & origo, Et ideirco neque ad pœnam vllam datur, sed tantùm ad rei persecutionem arbitrio iudicis *l. arbitrio 18. D. eod.* [illegible]pe noxalis est sed interdum de peculio *l. [illegible] quis affirmauit 9.* aliàs *l. si oleum §. hac de dolo actio D. de dolo* Igitur in his omnibus actionibus si is qui [illegible] dolum, vel vim, vel furtum à seruo tuo pass[illegible] est contra te v[illegible]t agere velut ipsius serui tui nomine, noxale iudicium erit *dict. l. quod diximus 16. §. [illegible] quod met. caus. l. si quis adfirmauit 9. § hac de dolo actio l. vltim. D. de noxal. act. l. si mulier 21. §. at si in dotem D. D. rer. amot.* Sed an in quadruplum, an in simplum? Est enim aliquando actio etiam noxalis quadrupli aliquando simpli vt si seruus tuus vi bona mea rapuerit, eoque nomine agam contra te vi bonorum raptorum *l. penult. Cod. de noxal. action.* vbi pro *simplici* lego *simpli* in illis verbis *simplici noxali iudicio conuenire potes*, vt noxale iudicium simpli opponatur noxali iudicio quadrupli de quo sunt præcedentia. Datur enim actio Vi bonorum raptorum in quadruplum intra annum vtilem, Post annum verò in simplum. In quo videtur illa similis actioni Quod metus causa quæ perinde datur in quadruplum intra annum vtilem, in simplum verò post annum *dict. l. item si cùm 14. §. 1.* Sed cum hac tamen differentia, quòd in quadruplum competit omnimodo actio Vi bonorum raptorum intra annum, Actio verò Quod metus causa, non aliter quam si res non restituatur *§. item actio Inst. action.* Sicut & post annum non semper competit actio Quod metus causa sed tantum causa cognita, *dict. §. 1. in fin.* id est vt sequens §. explicat, ita demum si alia actio nulla sit, Cùm tamen actio Vi bonorum raptorum post annum detur omnimodo in simplum *l. 1. D. vi bonor. rapt. l. 2. 3. 4. & 5. Cod. eod.* & initio *tit. Inst. eod.* Nempe quoniam actio Vi bonorum raptorum est stricta & præcisa. Actio autem Quod metus causa est arbitraria. Ideóque magis esse puto vt in proposita quæstione cùm seruus tuus rem aliquam à me per vim extorsit dari debeat mihi contra iudicium noxale non Quod metus causa nec in quadruplum sed in simplum, id est ad indemnitatem, vt quanti damnum est quod mihi datum fuit, & quanti mea interest, condemneris, aut noxæ dedere. Cur enim daretur in quadruplum ab initio, cum ex ipsa actione Quod metus causa, non debeatur quadruplu statim & ab initio, sed ex eo tan[illegible] tempore quo noluit reus [illegible]ituere? *d. l. item si [illegible] in §. in hac act.* Atqui necess[illegible] est [illegible] in[illegible] ad aliquid, quod sit extra noxæ deditio[illegible]. [illegible]cium siquidem solus noxæ deditionis nullum est, vt ait Vlp. *in d. l. miles 6 §. 1 De re iud.* Ergo cùm neque ad solam noxæ deditionem, neque ad quadruplum dari possit necesse est vt ab initio detur ad id quod interest actoris, neque possit actio illa crescere ex postfacto, quomodo resceret si tandem daretur in quadruplum. Nunquā enim crescit ex postfacto præteriti delicti æstimatio, vt est in regula iuris *l. omnis har 138. §. 1. De reg. iur.* Omnes autem actiones noxales vt i[illegible]us, ex delicto & maleficio nascuntur. Ergo ad eam litis æstimationem dandæ sunt quæ ex ipso instanti delicti fuerit debita, & consequenter non ad quadruplum ob rem per metum extortā, cùm ex eiusmodi delicto nec liber homo debeat in quad[illegible]plum condemnari. Quam ob caus[illegible]m sic loquitur Vlpian. *in d. l. quod diximus §. 1.* vt videatur opponere noxalem actionem quæ si serui metum adhibuerint, cōpetit ipsorum nomine aduersus dominum, Actioni Quod metus causa qua cōueniri potest dominus propeio nomine si ad eum res per seruos [illegible] extorta peruenerit. Vt significet eo solo casu posse dominum condemnari in quadruplum, si suo nomine, non etiam si noxali iudicio conueniatur.

Ex

Ex quo concludendum est Actionem. Quod metus causa ex qua non potest alia sequi condemnatio quam in quadruplum, nunquam esse noxalem, Nec id alia de causa quàm quia semper sit arbitraria. Adeò verum est quod contra omnes & veterum & recentiorum opiniones defendimus, Neque noxales vllas esse arbitrarias, neque arbitrarias posse vllo casu esse noxales. Planè si dominus eam rem possideat, quam seruus per vim extorsit, perinde quidem iudicio noxali tenebitur si id eligere actor malit, sed præterea conueniri etiam proprio nomine poterit, & propria actione Quod metus causa per quam consequetur actor vel rem ipsam si reus arbitrio parere voluerit, vel quadruplum *d. l. quod diximus* ·. 1. vbi quod addit Vlpianus, Hanc actionem Quod metus causa durare contra dominum si ad eum res peruenerit, tametsi iudicio noxali iam conuentus fuerit, seruúmque noxæ dedere maluerit. Probat apertissimè, Noxalem igitur actionem illam priùs institutam, non esse actionem Quod metus causa sed aliam planè diuersam. Alioqui procul dubio per noxale iudicium consumpta fuisset cùm sententia in noxali iudicio reddita pariat exceptionem rei iudicatæ in iudicio puro, quia tota res in prius iudicium deducta & finita est, inquit Paulus *in l. 4 §. vltim. D. de noxal. action.* At quoniam iudicium noxale institutum propter vim à seruo illatam differt toto genere ab actione Quod metus causa, Placet vnam actionem per aliam non consumi, nisi hactenus vt si dominus per actionem Quod metus causa suo nomine conuentus vel rem præstiterit, vel quadruplum, prodesse ea res debeat seruo, ne quandocumque liber factus possit ex delicto suo conueniri, vt benè Accursius explicat Improbus enim esset qui ex eàdem causa bis idem consequi vellet *l. si quis dolo § 1. in fin. D. de re iudic.* Igitur si quæramus An ob vim a seruo adhibitam in re extorquenda condemnari dominus possit in quadruplum, adhibenda distinctio est An iudicio noxali conueniatur serui sui nomine, An suo proprio per actionem Quod metus causa, Vt priore casu nunquam condemnetur in quadruplum nec si seruum noxæ dedere recuset, sed tantùm in simplum: Posteriore verò vel arbitrio parere debeat & rem restituere, Vel quadrupli condemnationem omnino pati, nec possit se liberare seruum dedendo pro noxa eùm suo nomine & actione pura non noxali iudicio conueniatur. Sed si quis pergat quærere. An actione Quod metus causa conueniri semper possit, an noxali iudicio. Respondebo, Noxalem quidem actionem omnimodo competere quæ ex delicto serui datur, quia semper verum est seruum deliquisse. Sed quod pertinet ad actionem Quod metus causa, distinctionem aliam adhibendam esse, Vtrum res quam seruus per vim extorsit ad dominum peruenerit, necne, Vt si peruenerit, actione illa conueniri possit, & quidem quod est prorsus consequens suo nomine; si non peruenerit, non possit, solùmque iudicium noxale supersit quod contra dominum serui nomine proponere debeat is qui vim passus est.

ERROR VIII.

De actione rerum amotarum an sit arbitraria.

ANte nos fortassis nemo dixit quod nos in præcedentibus iam attigimus, Actionem rerum amotarum esse arbitrariam. Et ne id quisquam dicere poterit, in causa meo iudicio illud fuit quod scriptum legimus *in l. rerum 26. D. tit. tit. Rerum amot.* actionem rerum amotarum condictionem esse. Constat enim conditiones omnes strictas esse & stricti iuris, nullas arbitrarias: Eámque potissimùm ob causam eùm in superioribus Decadibus tam de conditionibus cæteris, quàm de actione Rerum amotarum tractaremus circa quæstionem illam, Vtrùm condictio furtiua, itémque Rerum amotarum detur in solidum contra hæredem. Monuimus actionem rerum amotarum conditionem non esse, sieque addita negatione legendum *in d. l. 26.* Et in depetendam rationem differentiæ illius quæ est inter condictionem furtiuam & actionem Rerum amotarum, vt condictio furtiua detur in solidum contra heredem, licèt nihil ad eum ea re furtiua peruenerit *l. in condictione 9. D. de cond. furt.* Actio autem rerum amotarum non detur, nisi in quantùm ad eum ex rebus amotis peruenerit *l. vltim. Cod. rer. amotar.* Nempe quia furtiua condictio cùm stricta sit sicut cæteræ condictiones omnes strictam quoque & præcisam habet condemnationem, ad quam rectà decurritur nullo arbitrio interueniente. At actio rerum amotarum cùm sit arbitraria, non aliter parere condemnationem potest quàm si præcedat arbitrium de rebus amotis restituendis ab eo qui amouit. Cui arbitrio si posteà parere nolit is contra quem agitur condemnari ipse debeat quanti sua interesse actor in litem iurauerit *l. si cùm dos 8. §. 1. & seq. D. eodem.* Atqui arbitrariis actionibus omnibus commune illud est, vt arbitrium quod in iis interuenire necesse est æquitatem maximam habeat Nihil enim aliud arbitrari iudex potest, quam quemadmodum ex bono & æquo actori satisfieri oporteat *§. præterea Instit. de action. l. quod si Ephesi 4. §. 1. D. de eo quod cert. loc.* Nemo autem dixerit æquum esse, vt heres mulieris quæ res amouit, iubeatur ob delictum defunctæ cuius non sit ipse conscius plus reddere, quàm ad eum peruenerit, & id restituere quod non habeat, vt *l. mulier 22. §. sed enim D. ad SC. Trebellian.* Ita enim fieret vt perinde teneretur, acsi delictum ipse commisisset, quod euidenter iniquum esset. Hactenus enim ex suo facti delicto heredem teneri æquum est, vt turpe lucrum ei auferatur, non etiam vt delicti pœnam aliquam sentiat. Vt in actione Quod metus causa quæ perinde arbitraria est tractat Vlpianus *in l. quod diximus 16 §. vlt. D. quod met. caus.* In quo licèt idem ius esse videatur aliarum quoq; actionum, quæ non sunt arbitrariæ, quia semper lucra turpia heredibus extorquenda sunt licèt crimina extinguuntur *l. in heredem §. in princ. D. de calumniat. l. vnic. Cod. ex delict. defunct. l. sicuti 38. De reg. iur.* excipiendæ tamen sunt condictiones, quarum nomen ipsum demonstrat esse illas æstimandas non tam ex eo quòd si penes reum qui conuenitur, quàm ex eo quod actor amisit. Atqui verum est solidum amisisse illum cui furtū factum est. Pòstquàm igitur placuit heredem quoque furis perinde ac furem teneri condictione furtiua quamuis non sit ipse fur ideóque nec furti actione teneatur *l. 2. l. ex furtiua §. D. de cond. furt.* Prorsus consequens est vt non minùs contra furis heredem, quam contra furem ipsum condictio furtiua in solidum detur. Cùmque actio rerum amotarum non sit condictio, tametsi contineat rei persecutionem *l. si mulier 21. §. hac actio D. rer. amot.* nihil certè causæ est cur in solidum dari debeat contra heredem, & suprà quàm ad eum peruenerit. Nec quod fatemur eam esse rei persecutoriam facere debet vt condictio videri debeat aut condictionis iure censeri. Non enim sicuti condictiones omnes rei persecutionem continent, & ipsa quoque condictio furtiua *l. si pro fure 7. §. 1. & seq. D. de condict. furt.* ita è contrario dicendum est omnes actiones quæ rei persecutionem contiuent esse conditiones, Alioqui tam eæ quæ bonæ fidei sunt, quàm quæ stricti iuris illo nomine continerentur, cùm omnes comparatæ

sint ad rem persequendam vt vel ex ipsa actionis definitione apparet *l. nihil aliud est* 51. *D. de obligat. & action.* Nimirum quædam sunt quæ rei persecutionem ex bona fide continent, quas bonæ fidei appellamus, alias quæ arbitrio iudicis, vt de actione in factum quæ datur ob alienationem iudicij mutandi causa factam, scribit Vlpian. *in l. item si 4. aliàs l. non solum § vlt. D de alien. iudic. mut. caus. fact* & de actione Quod metus causa *in l. item si cum* 14 *§. in causa autem cognitione in fin. D. quod met. caus.* Arbitrium igitur quod in actione rerum amotarum interuenire necesse est, & ex quo pendet actio ipsa tanquam arbitraria, in eo totum versatur, vt iudex in huiusmodi actione datus, iubeat res amotas reddi cui amotæ sunt. Nam si reddantur atque ita satisfiat arbitrio nihil nisi absolutio sequi potest: Sin arbitrio non pareatur, condemnatio sequetur quanti actor in litem iurauerit *d. l. si cùm dos §.* 1. Scilicet si rerum amotarum actio iure dominij deferatur, vt circa furti actionem loquitur Papinianus *in l. si vendidero* 80. *§.* 1. *D. de furt.* Nam cùm per actionem Rerum amotarum possit quis eas quoque res persequi quarum dominus nō fuit, puta quas pignori acceperat *l. si concubina* 17. *§ vlt. D rer. amot.* aut bona fide à non domino emerat *l. si rem* 20 *eod.* non puto earum rerum nomine in litem iurari posse, sed condemnari debere personam quæ conuenitur in id duntaxat quòd agentis reuera interest, vt euenit in hypothecaria, in actione De dolo, in Pauliana, inque aliis pluribus arbitrariis *l. si inter* 31. *§. vlt. D. de pignor. l. arbitrio* 18. *in princip. D. de dolo.* Nam neque aliam deferendi in huiusmodi actione iurisiurandi rationem affert Paulus *in l. non enim* 9. *D. rer. amot.* quàm quòd æquum non sit inuitū quē suo pretio res suas vendere. Quæ ratio perpetua est quoties iusiurandum defertur, & qua cessante iusiurandū deferri nunquā debet *l. tutor* 8. *D. de in lit. iur. l. eius rei* 46. *cum seq. l. nec quasi* 70. *D. de rei vindic. l. si filiusfamilias* 25. *§. maritum D. solut. matr.* Quomodo etiam intelligo quod scriptum est *in l. tum furti* 9. *D de in lit. iur.* in furti actione iurari in litem, Sicque iurari oportere, tanti rem fuisse cùm furtum factum est. Eo videlicet casu quo furti actio iure dominij deferatur, non etiam si ob id quòd ex alia causa intersit. Quamquam eo quoque casu, quo furti actio defertur iure dominij, mirum sanè videtur in ea iurari in litē, cùm per eam non res ipsa petatur sed pœna tantùm legitima: sed habet hoc ius illam rationem quòd in actione illa furti duplatur vel quadruplatur verū rei pretium *l. in furti* 50. *D. de furt.* Verum aut pretiū rei furtiuæ non ab alio cōstitui oportet quàm à domino cui furtum factū est *d. l. tutor. & d. l. eius rei.* Odio præsertim furis propter quod alia permulta recepta legimus cōtra vulgares regulas iuris *§. sic itaq; Inst. de act.* Nam illud certè constat In actionibus strictis, qualis est actio furti non solere in litem iurari. Extra casū *l. in act.* 5. *§ planè & l. seq. D. de in lit. iur.* id est, Nisi cùm aliter non potest iudex rem æstimare quæ non extat & quæ tamen æstimanda est ex præsenti tēpore quo extare iam desiit. Ad quam exceptionem vtique aptari non potest, quod de furti actione traditum est *in dict. l. cum furti*, quoniam in furti actione non iuratur tanti rem esse eo tempore quo iuratur, sed tanti rem fuisse cùm furtū factum est, vt ea lex ait. Inspecto igitur tempore præterito, ex quo æstimari rem nihil prohibet, etiam quæ non extat, vt euenit in actione legis Aquiliæ & in condictione furtiua *l.* 2. *§. quæsitum D. de priuat. delict.* Qua de causa fatendum est nullam fuisse rationem propter quam permitti debuisset iurari in litem in actione furti, nisi furtis odium ius illud à Iurisprudentia propemodum inuita extorsisset, Ideóque nec sic loquitur Vlpianus *in d. l. in furti*, vt dicas quadruplari iustum pretium, sed verum, quod aliud est. Iustum enim pretium vix esse potest, quod ex actoris iureiurando constituitur *dict. l. nec quasi.* Verum tamen esse potest, cùm nemo alius verum constituere meliùs possit, quam dominus *dict. l. tutor & dict. l. non enim & dict. l. eius rei.* Quemadmodum & *in dict. §. planè*, verum pretium est quod iureiurando agentis taxatur, licèt rei peremptæ pretium iustum esse nullum possit. Condictionis furtiuæ alia ratio est. In ea namque sicuti non iuratur in litem siue res furtiua extet tempore condemnationis, siue perierit, & extare desierit post litem contestatam, quoniam vtroque casu condemnatur est fur, vel heres eius quanti plurimi res vnquam fuit à tempore litis contestatæ in diem vsque condemnationis, *dict. §. quæsitum l. in re furtiua* 8. *D. de condict. furt.* Ita iurari necesse est si res perierit ante litem contestam. Non addo *post moram* quia fur à die furti admissi moram semper facere intelligitur *dict. l. in re furtiua in fi.* nec proinde necessaria est hæc adiectio quæ ponitur *in dict. §. planè*, Sed dico, si res antè litem contestatam perierit. Quandoquidem eo casu debetur præsens æstimatio, quæ est tempore contestationis & quæ tamen fieri sine iureiurando actoris nullomodo potest, non magis quam si alia qualibet stricta actione ageretur. Neque odium furis facere potuit vt extra hunc casum in litem iuraretur in condictione furtiua, qui iam satis superque visum est hactenus domino indulgere odio furis, vt contra furem detur condictio ad eam ipsam rem persequendam, cuius vindicatio contra eundem competit, solúsque ille cui furtum factum est habeat conditionem rei suæ quæ aliâs cuilibet domino denegatur *l.* 1. *De cond. furt. l. vltim. in fin. D. vsufr. uct. quem. caueat. dict. §. sic itaque Inst. de action.* vtque ex hac causa locutus sit æstimationi Quanti plurimi, cui extra hunc casum, & actionem legis Aquiliæ locus nullos esse vnquam potest: vt non obscurè innuit I. C. *in dict. l.* 2. *§: quæsitum De priuat. delict.* & nos alibi probauimus. Ex quo magis intelligimus quàm verum sit quod initio diximus Actionem rerum amotarum non esse condictionem. Cum in actione Rerum amotarum si res amotæ non reddantur æstimari debeant quanti in litem vir iurauerit *dict. l. si cum dos §.* 1. Si qua enim esset condictio in qua permittendum esset iurari in litem contra reum, qui nollet rem reddere, ea maximè esset condictio furtiua, qua non potest alia vlla esse fauorabilior ex parte actoris, nec odiosior ex parte illius qui conuenitur, maximè si fur ille sit. Et rursus cùm ex nullo contractu aut iudicio stricti iuris in litem iuretur extra casum *dict. l. in actionibus* 5. *§. planè De in lit. iur.* intelligimus actionem rerum amotarum in qua iurari ait Vlpianus si dominij iure deferatur, strictam non esse *dict. l. aliàs* 6. *eod. tit.* & consequenter cùm multò minùs bonæ fidei dici possit, arbitrariam omnino eam esse. Nam in arbitrariis similiter vt in bonæ fidei iudiciis licèt non in omnibus, in litem iuratur, *dict. l. actionibus.* Quoties scilicet rem suam actor petit *dict. l. non enim, & l. si filiusfamilias* 25. *§. maritum D. solut. matrim.* Neque pugnat quod Tribonianos scribit *in l. pen. De cond. furt.* Rerum amotarū æstimationem ad tempus quo amotæ sunt referri debere, sed si pluris factæ non restituatur, crescere æstimationem vt in condictione furtiuæ rei. Sensus enim est Actionem quidem rerum amotarum similem esse actioni furti in eo quòd quemadmodum in illa, ita in hac referenda est æstimatio ad tempus quo furtum factum est: Eóque pertinet quod rationis loco subiungit ibidem Tryphonius *nam varietate furtum fit, etsi lenius coercetur mulier.* Sed in eo tamen dissimilem, quod non sicut in actione furti, ita & in actiona Rerum amotarum

iuratur

iuratur in litem tanti rem fuisse *dict. l. cum fieri.* Nempe quia in actione furti duplandum est, vel quadruplandum pretium illud verum quod fuit præcisè eo tempore quo furtum factum est *dict. l. in furti 50. D. de furt.* At in actione rerum amotarum non item præcisè inspicienda est ea æstimatio, quæ fuit eo tempore quo res amotæ sunt, sed crescit æstimatio si à tempore litis contestatæ in tempus vsque condemnationis res illæ pluris fiant, quemadmodum euenit in furtiuæ rei condictione, In qua diximus spectari quanti plurimi res furtiua vnquam fuerit dum ne egrediatur æstimatio retrorsum iudicij accipiendi tempus. Cæterùm non ea Tryphonini sententia est, vt in cæteris omnibus actio rerum amotarum similis sit condictioni furtiuæ, In eo præsertim vt in neutra iuretur in litem. Nam quemadmodum sunt dissimiles in eo, quòd in condictione furtiua omnimodo fur condemnatur & furis hæres quanti plurimi vnquam res fuerit à die litis contestatæ vsque ad sententiam. Quia ex quo tempore contestata lis est ex stricta actione iam cœpit deberi pecunia, nec liberum est reo etiam rem ipsam præstando quæ petebatur euitare condemnationem, finisque dandi fuit quando iudicium acciperetur, vt in *l. si Titius 9. De verborum obligat.* iunct. *l. si Calendis 11. D. de re iudic. l. 2. D. de vsur.* In actione autem rerum amotarum non aliter æstimanda lis est, quàm si post litem contestatam arbitrio reddito De amotis rebus restituendis non pareatur (id enim est quod Tryphoninus ait *sed si pluris facta non restituantur.*) In eo quoque dissimiles illas esse fatendum est, quòd cùm in condictione furtiua nunquam in litem iuretur extra eum casum quo res furtiua perierit ante litem contestatam, In actione tamen Rerum amotarum iuratur, non quidem, vt in actione furti, ad æstimandam rem quanti fuerit eo tempore quo furtum factum est, sed ad æstimandam cum ipsis rebus amotis contumaciam eius qui arbitrio parêre, ac res amotas restituere noluit si amotæ res vel propriæ mariti fuerunt vel etiam dotales, quarum scilicet non minùs quàm propriarum vindicationem habere maritus potest *l. ob res amotas 24. eodem tit. l. dote 9. Cod. de rei vindicat.* Contumacia enim mulieris nolentis res quas amouit restituere arbitratu iudicis, digna est quæ per in litem iusiurandum actoris non minùs æstimetur quàm ipsæ res amotæ *l. 1. & dict. l. tutor 8. De in lit. iur.* Sed hoc vt diximus, ita demùm si ea actio iure dominij deferatur, quomodo semper condictio furtiua defertur *dict. l. 1. De cond. furt.* Nam si ab vno ex coniugibus aliæ res amotæ sint, quam quæ alterius coniugis propriæ fuerunt, alia litis estimatio facienda est, quàm per iusiurandum in litem, Cuius scilicet ratio cessat quoties ea res petitur quæ non est in dominio actoris, vt constat ex *dict. l. non enim dict. l. si filiusfamilias 25. §. 1. & dict. l. tutor.* Æstimabuntur ergo eo casu res amotæ, vt in furtiua condictione, quanti plurimi eæ fuerint à tempore litis contestatæ vsque ad condemnationem: Sed ita tamen vt possit æstimatio egredi retrorsum iudicij accipiendi tempus si pluris fuerint res amotæ tempore amotionis, Quod tamen in condictione furtiua nunquam similiter potest contingere. Meritò igitur iudicium Rerum amotarum singulare appellatur à Paulo *in l. 1. rer. amot.* quia propriam quandam & specialem naturam habet, aliis iudiciis furti & condictionis furtiuæ, & vindicationis similem in multis, sed tamen in multis quoque dissimilem. Similis est actioni furti in eo, quòd nascitur ex delicto, & quòd æstimatio refertur ad id tempus quo res amotæ sunt. quemadmodum actio furti ad illud tempus quo furtum factum fuit. Sed dissimilis in eo quòd non est famosa, & rei non pœnæ persecutionem continet, Rursum similis est condictioni furtiuæ in eo quòd non pœnam sed rem persequitur, & in vtraque crescit æstimatio litis si post litem contestatam crescat æstimatio rerum amotarum: Et condemnatur reus quanti plurimi fuerint res amotæ à die litis contestatæ si non propriæ actoris fuerunt, aut si fuerunt quidem, sed maluit actor consequi æstimationem Quanti plurimi quam iurare. Mos enim ei gerendus est *l. quòd si possessor 71. D. de rei vindic.* At dissimilis est in eo quòd condictio non est, nec stricti iuris sed arbitraria, & in illa egreditur æstimatio retrorsum iudicij accipiendi tempus si pluris fuerint res amotæ tempore amotionis. Item quòd in ea lis æstimatur & crescit æstimatio, non omnimodo, sed vt in cæteris omnibus arbitrariis ita demum si arbitrio iudicis non pareatur, neque res amotæ restituantur. Cum tamen in condictione furtiua omnimodo lis æstimetur vt in cæteris iudiciis strictis, Alioqui aucta rei furtiuæ æstimatione post litem contestatam, nunquam condemnaretur reus ad æstimationem Quanti plurimi, qui semper mallet rem minoris factam reddere, quàm maiorem illam æstimationem præstare. Sed & ea litis æstimatio fit in actione rerum amotarum per iusiurandum in litem eo scilicet casu quo eius res sunt cui amotæ fuerunt, siue res extent condemnationis tempore, siue post litem quoque contestatam extare desierint, At in furtiua condictione nûquam, nisi cùm res furtiua periit ante litem contestatam: quo casu nihil tractari potest de æstimatione quanti plurimi, quæ scilicet in actione illa nunquam egreditur retrorsum litis contestatæ tempus. Vnde etiam fit vt rerum furtiuarum quæ per condictionem furtiuam petuntur æstimatio nunquam referatur ad tempus furti, nec si pluris fuerint res furtiuæ eo tempore: quomodo refertur ad id tempus in hoc casu æstimatio rerum amotarum. Item quòd condictio furtiua datur soli domino. Actio rerum amotarum etiam non domino, Condictio furtiua cum alia condictione, nunquam concurrit, non magis quàm vindicatio. At rerum amotarum actio concurrit *d. l. ob res amotas cum sequent.* Condictio furtiua datur in solidum contra heredem *l. in condictione 9 D. de cond. furt.* Rerum amotarum actio quoniam est arbitraria non nisi in id quòd peruenit *l. vltim. C. rer. amot.* Denique similis est vindicationi in eo quòd vtraque ad rem persequendam datur, Vtraque est arbitraria, In vtraque iuratur in litem, & æstimatur lis eo tantùm in casu quo reus arbitrio parêre noluerit: At dissimilis tamen in eo quod ex delicto nascitur, licèt ad rei non ad pœnæ persecutionem detur. Item quòd non semper domino datur, sed ei quoque qui amotarum rerum dominus non fuit, dummodò eius intersit ex iusta & honesta causa. Postremò quòd concurrit non tantùm cum vindicatione sed etiam cum condictione, alia tamen quàm furtiua *d. l. ob res amotas,* quod nulli alij conuenit actioni. Habet igitur multa singularia actio Rerum amotarum quæ omnia ex eo nascuntur, quod quamuis ea persona quæ coniugis res amouet furtum reuera faciat, ideóque res amotæ tanquam furtiuæ vsucapi non possint *dict. l. pen.* tamen in honorem matrimonij neque famosa actio vt furti, neque turpis vt condictio furtiua ex eo furto dari potest contra eam personam quæ vxor fuit *l. 2. eod. tit.*

ERROR

ERROR IX.

De actione hypothecaria. Ad l. si fundus §. in vindicatione D. de pignor.

IN actione hypothecaria quam interpretes omnes fatentur esse arbitrariam ex Iustiniano *in §. præterea Instit. de action.* apertiora sunt omnia quæ in superioribus tractauimus, circa directam & ciuilem rei vindicationem, quam proinde arbitrariam similiter esse qui negant, nescio quam diuersitatis rationem afferre aut comminisci possint. Scriptum est ex Marciano *in l. si fundus 16. §. in vindicatione D. de pignor.* In vindicatione pignoris quæri an rem de qua actum est possideat is, cum quo actum est. Nam si non possideat nec dolo fecerit quominùs possideat, absolui eum debere. Si verò possideat, & aut pecuniam soluat, aut rem restituat, æque absoluendam esse. Si verò neutrum horum faciat, condemnatio, inquit, sequetur. Sed si velit restituere nec possit fortè quòd res abest, & longe est, vel in prouinciis, solet cautionibus res explicari. Nam si caueret se restituturum, absoluitur, Sin verò dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iurauerit, sicut in cæteris in rem actionibus. Nam si tanti condemnatus esset quantum deberetur quid proderat in rem actio, Cum & in personam agendo idem consequeretur: Hæc enim totius §. verba sunt, quæ licèt Triboniano magis, quàm Marciano adscribenda esse iampridem docuerim, habent tamen multa iuris rationi consentanea, Alia verò quædam aliena non minus a Tribonianica ipsa, quàm à vetere Iurisprudentia, vt facilius sit in eo Triboniani manum quàm scientiam aut prudentiam agnoscere. Illud primùm verum est in pignoris vindicatione, id est in hypothecaria quæri an rem de qua agitur possideat is qui conuenitur necne. Cùm enim sit actio in rem non minùs, quàm vindicatio dominij *l. pignoris 17. D. de pignor. l. pignoris 15. C. eod.* certum est perinde nasci eam ex præsenti possessione *l. non alias 24. sed si postulatur D. de iudic.* & consequenter contra quemcunque possessorem dari posse, contra alium verò quàm possessorem, nunquam *l. cum notissimi 7. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Sed tamen fatendum est parùm aptè hoc expressum esse a Triboniano illis verbis *an rem de qua actum est possideat is cum quo actum est*, pro eo quod scribere debuerat in tempore præsenti *an rem de qua agitur possideat is cum quo agitur.* Vel enim tunc de eo quærendum est cum agitur, vel antequam agatur, non autem cùm iam actum est *l. is qui destinauit 24. l. qui petitorio 36. D. de rei vind.* ideóque interrogatio plerunque necessaria est *l. qui seruum 20. §. pen. & vlt. D. de interrog. in iur. fac.* Quamuis etiam is qui tempore litis contestatæ non possidebat, si postea cœperit possidere non eo minùs condemnandus sit *l. si in autem 27. §. 1. D. de rei vind. l. quæsitum 30. in princ. D. de pecul.* Illud ergo etiam verum est, Si reus nec possideat, nec dolo fecerit quominùs possideret, absolui eum debere. Quod ita intelligendum est licet actor probet eum fundum de quo agitur sibi esse obligatum. Et si enim non aliter obtinere potest quam si hoc probet, sicuti neque is qui agit directa dominij vindicatione quàm si probet rem suam esse *l. officium 9. l. & ex diuerso 35. §. 1. D. de rei vind.* Non tamen statim atque hoc probauit obtinere debet, nisi etiam probet possessorem esse illum, qui conuenitur. Quamquam difficile videtur dicere, quomodo [illegible] fit iudicium accipi vindicationis contra eum qui non possidet cum in eo iudicio vt in cæteris omnibus in rem actionibus non tam persona [illegible] res conueniatur, quomodo loquitur Papinianus *in leg. denique 19. De iure fisc.* nec persona interueniat nisi vt rem defendat, Quod vix est vt eueniat, [illegible] rens vel possessor sit, vel saltem mentiatur se possessorem: quo casu nemo dubitat quin pro possessore damnandus sit, tanquam qui se vltrò liti obtulerat, cùm negare posset se possidere, scilicet si actor ignorauit, aut contra alium acturus fuit, nisi se [illegible] quasi possessor liti obtulisset *l. is qui obtulit 25 cum duabus sequentib. & l. vltim. D. de rei vindic.* Sed tamen accidit aliquando, vt actor conueniat [illegible] eum quem putat possidere qui tamen reuera [illegible] possideat, nec dissimulet se non possidere, quia [illegible] rique negant se possidere vt effugiant iudicium in rem, cùm tamen reuera possideat, Q[illegible] cùm arguuntur de mendacio hactenus p[illegible] sunt vt possessio quam habuerunt, & habe[illegible] nihilominus negauerunt, transferatur in actorem, velut in pœnam mendacij, *dict. l. vltim. D. de rei vindicat.* ita sunt absoluendi si non arguantur de mendacio, nec probentur possidere. Duò igitur probare actor debet vt obtineat in hypothecaria, Et rem obligatam esse, & eam possideri à reo qui conuenitur, Aut quod effectu idem est, se liti obtulisse illum vel dolo malo cum sciret se non possidere, idque vt deciperet actorem, vel citra dolum malum cùm putaret se possidere, ignorante tamen actore, vt *in l. si à te 9. §. 1. D. de except. rei iudic.* iunct. *dict. l. is qui se obtulit De rei vindicat.* Dolus enim pro possessione est non minus cùm quis se mentitus est possessorem, quam si dolo desiisset possidere. Nec tantùm dolus, sed etiam quod magis est factum eius qui se vltrò liti obtulit quasi possessor etiam per imprudentiam, si modò actor eo facto fuerit deceptus *dict. l. is qui.* Quòd si reus possideat, non tamen omnimodo condemnandus est, sed adhuc absoluendus duobus casibus. Vnus est si soluat debitam quantitatem pro qua pignus obligatum est, Alter est si rem obligatam restituat. Sic enim Marcianus supradicto loco. Quod tamen vereor, ne Triboniani quoque inscitiam sapiat. Nam cùm actio hypothecaria sit arbitraria, neque sua natura competere possit aduersus possessorem pignoris ad hoc vt soluat, præsertim cùm non sit ille obligatus, necesse est solutionem illam fieri ex solius arbitrij quod in huiusmodi actionibus interuenire debet, potestate. Quasi iudex in hac datus actione arbitrari debeat, vt possessor aut soluat, aut rem obligatam restituat. At qui non potest hoc dici, quoniam æquitas arbitrij non patitur, vt qui nihil debet iubeatur soluere, Nec magis sub illa alternatione *aut restituere* quàm præcisè nulla restitutionis addita mentione. Nam neque debitorem ipsum vrget vnquam Prætor aut iudex ad solutionem antequàm condemnatus sit, nisi in edicto De iureiurando, quod in hæc verba conceptum est *Eum à quo iusiurandum petatur, aut soluere, aut iurare cogam l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. ait Prætor D. de iureiur. l. delata 9. Cod. de rebus credit. & iureiur.* Idque speciali quadam ratione, vt qui ad iurandum præcisè cogi non potest, etiamsi nec velit soluere, cogatur saltem ad soluendum si neque iurare velit, neque iusiurandum referre. Etsi enim solutio facti est *l. consilio 7. §. vltim. D de curat. furios. l. 1. Cod. de probat.* Dici autem solet neminem cogi præcisè ad factum quòd vix fieri id queat citra vim & impressionem *l. si quis ab alio 13. in fin. De re iudic.* Potest tamen quis faciliùs ad solutionem cogi capis

ptis pignoribus, per quorum venditionem solutio ipsa extorqueatur, quomodo randem extorqueri solet in executione iudicati *l. à Diuo Pio* 15. §. *in venditione & pass. eodem tit.* Quod non similiter aut æquipollenter fieri potest si quis reum adigere velit ad iurandum. Et sanè præposterum est vt soluere quis iubeatur etiam per arbitrium antequàm sit condemnatus, cùm iudiciorum omnium non initium aut medium, sed finis & exitus ille sit vt solui pecuniam oporteat, ob idque pecuniam semper in condemnationem deduci *l.* 4. §. *ait Prætor eodem tit.* Quid? An non in rei potestate est, & esse debet, vt soluat si id malit, ad cauendam condemnationem? Nam & illud est quod veteres dicere solebant si Triboniano credimus *in* §. *vltim. Institut. de perpet. & tempor. action.* Iudicia omnia esse absolutoria quòd absolui semper reus debeat si ante rem iudicatam soluerit, aut aliter satisfecerit actori, quamuis tempore litis contestatæ acceptique iudicij in ea causa fuerit vt damnari deberet. Fateor posse debitorem soluere id quod debet, neque cogendum esse pati, & expectare condemnationem, adeòque nec accipere iudicium si in ipsa contestatione & apud Prætorem soluere paratus sit *l. ex iudicatum* 16. *De iudic. solui.* Sed dico, Solui eo casu iudicium quomodo & aliis plerisque casibus soluitur *l. iudicium soluitur* 58. *D. de iudic.* potiùs quàm absolui reum. Qua enim absolutione indiget ille qui iam satisfecit actori habétque ab eo iam fortassis apocham? Quis nescit solutione tolli obligationem omnem & consequenter actionem quæ ex obligatione nascebatur? Atqui fine actione non magis sequi potest absolutio, quàm condemnatio. Quid enim aliud est absolui, quàm ab actione proposita liberari? Ergo vbi actio nulla est, nec absolutio sequi vlla potest: Et cùm absolutionem necessariam esse dicimus, actionem tenere significamus. Absolutio namque ex iure illius qui absoluitur æstimanda est, non autem ex non iure actoris: Ideóque si nullo iure actor agat, non absoluendus est reus, sed actor summouendus. Quò respiciens Paulus *in l. Paulus respondit* 12. §. 1. *D. quibus mod. pign. vel hypoth. solut.* eleganter ait, Eos qui pignoris iure rem persequuntur, à rei vindicatione remoueri solere, si qualiscunque possessor offerre velit: Et rationem affert quia non debeat quæri de iure possessoris, cùm ius petitoris remoueatur soluto pignore. Quibus verbis an non significat apertissimè, nullam hoc casu vel necessariam vel vtilem esse absolutionem. Adde, quòd per solutionem illam factam à tertio possessore qui conuenitur hypothecaria, liberatur quidem pignus, sed non liberatur debitor. Pignus ipsum liberatur & inhibetur hypothecaria, quia suas cõditiones habet hæc actio, si pecunia soluta, vel aliter eo nomine satisfactum non erit *l. si rem* 9. §. *omnis pecun. D. de pign. act. l. si grege* 13. §. *etiam D. de pignor.* Satisfactum autem est creditori quoties soluta ei fuit pecunia, licet ab alio quàm à vero debitore. Quid enim aliud petere poterat, nisi solutionem? Et tamen non liberatur debitor, quia non ipsius nomine soluit possessor, sed vt pignus liberet *l. si quid possessor* 31. *D. de hared. petit. l. Papinianus* 28. *D. mandat.* Qua de causa petinde saluam habet ipso iure suam actionem creditor contra debitorem acsi solutio nulla facta esset, quamuis doli mali exceptione sit repellendus qui bis idem velit consequi *l. sicut* 8. §. *vltim. D. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.* iunct. *l. si quis dolo* 51. *in fin. D. de re iudic.* Inde igitur fieri dico, vt iudicis arbitrium in actione hypothecaria nunquam tale esse debeat, vt tertius possessor iubeatur soluere id quod neque ipse debeat, neque pro debitore solutum liberationem illam debitori possit acquirere. Ergo defendi ex vera iurisprudentia non potest quod legimus *in dict.* §. *in vindicatione*, Si is qui hypothecaria conuenitur rem possideat, esse illum æquè absoluendum si aut pecuniam soluat, aut rem ipsam restituat, quasi eiusdem arbitrij æquitate & potestate alterutrum necessariò facere debeat ad consequendam absolutionem. Sequitur *si verò neutrum horum faciat, condemnatio sequetur.* Hoc verò rectè. Nam quemadmodum condemnatio duobus casibus impediri potest, Si ant actor summouendus sit, aut reus absoluendus, Ita fieri nequit vt non sequatur ex competenti actione, si neque actorem summoueri oporteat, neque reum absolui æquum sit: soluat ergo reus vt actorem summoueat *dict. l. Paulus* §. 1 aut rem restituat arbitratu iudicis, vt absoluatur. Alioqui condemnatio necessariò sequetur. Sed quænam condemnatio? An illa quam putant Doctores & pragmatici duce Bartolo, Vt possessor rem restituat, eáque iure pignoris à creditore retineatur? Minimè verò. Nam neque in hypothecaria, neque in directa dominij vindicatione condemnatio vnquam fit ad restitutionem quæ facti est, vt toties monuimus. Sed lis æstimanda est, & facienda condemnatio in pecuniam. Et quidem longè aliter aduersus ipsum debitorem, Aliter verò aduersus quemuis possessorem. Nec aduersus possessorem non pluris quàm quantum debet, quia non pluris interest. Aduersus cæteros verò possessores etiam pluris, & quod amplius debito consecutus fuerit creditor restituere debebit debitori pignoratitia actione, vt idem Vlpianus explicat *in l. si tutor* 21 § *vltim. eod. tit.* Subiicitur *in dict.* §. *vindicatione sed si velit restituere nec possit, forte quod res abest & longè est, vel in prouincia* (vide quæso elegantiam Triboniani sic loquentis pro eo quod scribere debuit, *forte quòd res longè absit velut in prouincia*, nec enim vna & eadem res eodem tempore in pluribus prouinciis esse potest) *soles cautionibus res explicari: nam si caueret se restituturum absoluitur.* Hocquoque rectè, Nisi quòd pro *caueret* Vlpianus scripsisset potiùs *cauerit*. Ideò autem absoluitur hoc casu reus quia licèt rem ipsam non restituerit arbitratu iudicis, nihil tamen est quod ei possit imputari. Idémque ob eandem causam seruatur in dicta rei vindicatione *l. si à bona fidei* 11. *l. a quo* 58. *in fin. D. de rei vindicat.* & in actione Quod metus causa *l. item si cùm* 14. §. *quatenus D. quod met. caus.* itémque in omnibus aliis arbitrariis ex quibus arbitratu iudicis restitui rem oportet. Superest membrum postremum distinctionis Tribonianeæ conceptum in hæc verba *sin verò dolo quidem desierit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur quanti actor in litem iurauerit.* Nam si vera est hæc sententia quid attinebat addere verba illa *summa autem ope nisus* cùm non possit grauior condemnatio irrogari ei qui dolo malo desiit possidere, nec finullam restituendæ rei volũtatem præ se ferret, quàm vt condemnetur quanti actor in litem iurauerit: quæ grauissima pœna est eius qui vel restituere iussus, arbitrio iudicis parère noluit, vel dolo malo desiit possidere ob hoc ipsum vt arbitrio parendi viam sibi præcluderet *l. qui restituere* 68. *D. de re vindicat. l. vltim. D. de fideiuss.* Aut quid prodesse debet ei qui dolo malo desiit possidere rem obligatam, ne illam restituere iuberetur, quòd summa ope nisus sit eam recuperare, vt posset restituere, cùm dolus malus ipsius pro possessione sit ex vulgari iuris regula, Sibique debeat imputare, qui se dolo suo malo in eas coniecit angustias vt rem hodie restituere, licèt maximè velit, tamen non possit. Frustrà igitur adeóque ineptè addita sunt à Triboniano

niano verba illa *summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere.* Sed quod subiicitur condemnari hoc casu debere possessorem quanti actor in litem iurauerit, multò ineptius est, & ad inscitiam manumque Triboniani detegendam accommodatius, Vt non solùm ex iis appatet quæ scripsimus *lib. 16. Conect. cap. 15.* vbi probauimus, Nunquam in hypothecaria iurari in litem explicauimus sigillatim verba *d. §. in vindicatione*, minùs tamen accuratè quàm à nobis hoc loco factum sit. Sed constabit etiam manifestiùs ex illis quæ sequenti capite scribemus.

ERROR X.

De differentiis actionis hypothecariæ & vindicationis dominij circa condemnationem & litis æstimationem.

DVo præcipuè sunt *in dict. § in vindicatione l. si fundus 16. D. de pignor.* quæ nunquam potui concoquere. Primum illud quòd vult in actione hypothecaria iurari in litem. Contra quàm ab eodem Vlpiano scriptum sit *in l. si inter 21. §. vltim. eod. tit.* & aduersus meram verámque rationem iuris. De quo quia fusissimè scripsimus *lib. 16. Conect. cap. 15.* plura hic non dicemus. Alterum est quòd meliorem facit conditionem possessoris qui cùm rem obligatam præsentem habeat, eiusque restituendæ facultatem, recusat tamen parere arbitrio iudicis, Quàm eius qui ne iuberi posset quidem restituere, dolo malo desiit possidere. Nam hunc si neque pecuniam soluat, neque rem restituat, lex simpliciter ait condemnandum esse, illis verbis *condemnatio sequetur* nulla iurisiurandi in litem facta mentione. Illum verò qui non possit restituere etiamsi maximè velit, ob id solùm quod anteà dolo malo desierit possidere, condemnandum esse quanti actor in litem iurauerit. Et tamen nemo non videt, cùm iurisiurandi in litem deferendi, præcipua ratio proficiscatur ex contumacia eius qui arbitrio parere, & rem restituere nolit *l. 1. & l. tutor 8. D. de in lit. iur. l. vltim. D. de fideiuss.* longè maiorem esse contumaciam illius, qui cùm rem præsentem habeat eiúsque restituendæ paratam facultatem, non vult tamen restituere, quam illius qui licèt dolo malo desierit possidere, ob idque pro adhuc possessore habendus sit, restituere tamen hodie non potest, etiamsi maximè velit, dolúmque suum possit restitutione purgare. Qualis ille est de quo *in dict. § in vindicatione*. Quod textus ponit summa ope nisum esse vt restitueret, nec restituere tamen amplius posse. Fateor non debere hunc melioris esse conditionis ob id quòd nequeat rem obligatam restituere, cùm per eum factum sit ne possit. Sed quis ferat esse deterioris ob præteritum dolum, quam si præsens dolus esset? An non grauiorem pœnam esse iustum est præsentis contumaciæ quam præteritæ? Et ideò videas aliquando prudentes nostros monere, Præteritum dolum venire in actionem, in quam venire dolum præsentem adeò certum esset, vt nulla in eam rem opus esset admonitione. Vt de hæreditatis petitione scribit Vlp. *in l. sed etsi 25. §. quod ait Senatus D. de hæred. petit.* Nec sanè video quid ad hanc obiectionem responderi possit: Nisi illud fortasse quod ceteræ Triboniani quoque ius nouum ab eodem Triboniano inductum *in l. qui restituere 68. D. de rei vindic.* vbi sub eiusdem Vlpiani nomine generaliter constituit non solùm in actionibus in rem omnibus in quarum numero est hypothecaria sed etiam in cæteris arbitrariis adeóque in omnibus interdictis ex quibus arbitratu iudicis restitutionem fieri oportet si is qui restituere iussus est iudici non pareat, manu militari auferendam esse possessionem & transferendam in actorem, Vt proinde nulla sit necessitas iurandi hoc casu in litem sed tunc tantùm cùm reus dolo malo desiit possidere, quod eo casu authoritas manus militaris adhiberi & implorari nulla possit. Sed ne interpretatio hæc capi queat, illud facit quòd si actionem hypothecariam vindicationi ciuili hac parte æquiparemus, consequens erit dicere nullam in hypothecaria condemnationem sequi debere contra reum, quamuis nec soluere velit, nec rem obligatam restituere. Aperte enim scriptum est *in dict. l. qui restituere*, Cum is qui restituere iussus est, iudici non paret, fructuum dumtaxat nomine condemnatione fieri oportere, ne pe quòd ratione ipsius rei quæ petitur nullus condemnationi faciendæ locus relinquatur, quippe quidem eius rei possessio manu militari aufertur possessori, & transfertur in petitorem: quod cum fit, nihil iam superest quod adiudicandum sit actori si excipias fructus, in quos nõ cadit nouum illud & à Triboniano excogitatũ manus militaris remedium. Atqui di[s]ertè ait textus *dict. §. in vindic.* si reus hypothecaria conuentus neque soluat, neque restituat condemnationem sequi debere. Ac ne dubitare possis quin de ipsa re obligata id intelligendum sit, non de fructibus, subiungitur statim *in dict § interdum*, Interdum de fructibus quoque arbitrari iudicem debere, vt ex quo lis instituta fit, ex eo tempore etiam in fructus condemnet. Quid enim si minoris sit prædium, inquit, quam debetur? Nam de antecedentibus fructibus nihil pronunciare potest, nisi extent, & res non sufficiat. Hæc enim illius §. verba sunt, non minùs quidem insulsa quàm præcedentia, ideoq; nec minùs Triboniano adscribenda vt mox docebimus, sed quæ tamen probant euidentissimè id quod scriptum est in præcedentibus de condemnatione irroganda possessori, non ad fructus sed ad ipsius rei obligatæ de qua principaliter agitur in hypothecaria restitutionem omnino pertinere. In quo tantò magis Triboniani manum cognosco & inconstantiam, qui vt mendaces solent, immemor eius sententiæ quam sub Vlpiani nomine generalem proposuerat *in dict. l. qui restituere*, aliud procul dubio iuris constituit in hypothecaria, quàm quod voluerat generaliter constitutum in omnibus arbitrariis, Maximè verò in actionibus in rem, quarum tamen similitudine & comparatione sola mouetur vt in hac quoq; actione contra omnes iuris regulas iurari velit in litem. Itaque dissentit Tribonianus non tantùm à vetere iurisprudentia, quod minùs esset mirandum, sed etiã à seipso: Ab illa quidem in eo, quòd non vult fieri condemnationem in id quod interest actoris, secundum tamen etiam distinctionem quæ ponitur *in d. l. si inter 21. §. 1. eod. tit.* Sed vult iurari in litem, Nec id tamen eo casu quo possessor pignoris facultatem præsentem habeat restituendi statim, nec vel utquamuis iussu restituere. At eo duntaxat casu quo is dolo malo desierit rem obligatam possidere, quod est ridiculum, vt probauimus; A seipso autem in eo, quòd possessore non restituente rem obligatã cuius restituendæ potestatem haberet si vellet, non in auxilium aduocat manum militarem per quem cogat eum parere arbitrio iudicis vt *in d. l. qui restit.* sed vult sequi condemnationem, cui tamen quæcunq; tandẽ illa sit locus nullus relinquetetur si manus militaris admitti posset: Siuè condemnationem eam, velis intelligere, quæ simpliciter fiat in id quod interest, siue

siue illam quæ fiat per iusiurandum in litem. Nemo enim locum esse quoties manus militaris admouenda est intelligimus *ex d.l. qui restituere* vbi cùm tres ponantur species, Prima quando reus arbitrio parère potest nec vult, Secunda cũ dolo malo desinendo possidere fecit ne arbitrio etiam parère posset, Tertia cùm nihil dolo malo fecit, nec tamen restituendi facultatem habet, In secunda quidem vult condemnari reum quanti actor in litem sine vlla taxatione & in infinitum iurauerit, In tertia verò quanti ille venera interesse sua aliter quàm per iusiurandum probauerit. Sed in prima negat vllam condemnationem irrogandam esse reo nisi pro fructibus. Satis.n. actori esse debere quòd manu militari auferatur possessio reo & in actorem ipsum transferatur. Parum itaque laborare debemus in ratione inuestigandæ ius sententiæ quam Triboniano imprudenti neque ad id quod agebat satis attendenti excidisse videmus contra quàm & à prudentibus responsum esset, & ab ipso constitutum Maxime verò cùm rationes quas affert in sequentibus adeò friuiles, pueriles, & ineptæ sint, vt nihil aliud ex iis inferre possis, nisi id egisse Tribonianum vt cum ratione insanire ac desipere quodammodo videretur. Quænam enim obsecro illa ratio est, propter quam iurari in litem debeat in hypothecaria, quòd in cæteris quoque in rem actionibus in litem iuretur? Quasi verò hypothecaria nihil distet à cæteris in rem actionibus ob id quòd ipsa quoque in rem sit: Nihilque intersit an iure dominij quis agat in rem an iure pignoratitij creditoris. Quod si ita est, Non ergo maior fiet iniuria ei qui re sua carere, eamque propter aduersarij contumaciam inuitus vendere cogitur, quàm creditori nihil nisi debitam sibi pecuniam prætendenti. Quænam rursus illa ratio est quę sequitur illis verbis *nam si tanti condemnatus esset quantum deberetur quid proderat in rem actio, cum & in personam agendo idem consequeretur.* An verò inutilis erit hypothecaria nec vllum habebit commodum & effectum supra personalem actionem, si non in ea iuretur in litem? An fortè dicendum erit perinde competere personalem atque hypothecariam aduersus tertium possessorem? Quòd si non competit, quomodo non competere illam certum est, An non magnus hypothecariæ effectus in eo est, quod per hypothecariam cogitur possessor, qui nihil debet, id ipsum soluere quod ab alio debetur. Nec tantùm id quod debetur, sed longè amplius, si pluris res sit quàm debeatur, *dict. l. si inter §. 1.* Sed & cùm aduersus debitorem ipsum hypothecaria exercetur, licèt non pluris æstimanda lis sit quàm quantùm debetur *dict. §. 1.* nemo tamen negauerit hypothecariam adhuc vtiliorem esse quàm actionem personalem, quatenus dici solet, & verum est plus cautionis esse in rem quàm in personam, *vulg. l. plus cautionis 25. De regul. iur.* Quamquàm dubitationem hac parte non paruam illud facere videtur, quòd post litem in actione hypothecaria æstimatam, quæ æstimatio nunquam nisi pecuniaria esse potest, non maior creditoris vtilitas esse videatur, quã si de hypotheca nihil pronunciatũ esset, cùm iudicati exequendi ad habendam pecuniã ratio alia nulla sit, quàm vt pignora capiantur, & distrahantur: Quod peræquè fieret etiamsi nulla conuentionalis hypotheca contracta proponeretur *l. à Diuo Pio 15. §. in venditione & pass. l. debitoribus 31. De re iudic.* Eòque pertinere videtur quæstio proposita *in d. l. si fundus § creditor* Quemadmodum possit creditor habere hypothecam sibi adiudicatã per sententiam. Nam dominiũ eius vtique vindicare non potest. Quid ergo aliud facere creditor possit, nisi vt agat hypothecaria iterum & si à possessore obiiciatur exceptio rei iudicatæ replicet ille *si secundum me iudicatum non est.* Atque ita concluditur *in dict. §. creditor.* Sed parum subtiliter nisi me fallo Ita enim dabitur progressus in infinitum si postquàm creditor egit hypothecaria & obtinuit, rursum eandem actionem proponere cogatur, Eadem enim quæstio recurret, vbi rursum obtinuerit. Nec enim secunda victoria plus iuris tribuet quàm prima si perstet possessor in sua contumacia, nec velit aut soluere aut rem restituere. Semper que eò decurrendum erit vt & condemnationem in pecunia fieri, & ad explicandam pecuniam pignora capi distrahique oporteat, Nisi dicas iterum agendum hypothecaria: quo admisso eueniet haud dubiè absurdum illud quod prædixi vt progressus detur in infinitum, quo absurdius nihil dici aut in philosophia, aut in Iurisprudentia potest. Melius igitur est dicere sic prospiciendum esse creditori, qui obtinuit in hypothecaria, id est cui obligatam rem esse pronunciatũ est & cui condemnatus possessor fuit præstare litis æstimationem, nõ vt hypothecam vindicet siue dominij siue pignoris iure quorũ neutrum facere potest, Sed vt in executione iudicati illa ipsa hypothecæ distrahatur, nec alia pignora, vt aliàs fieri solet, capiantur vt distrahantur. Quid enim opus est pignus iudiciale constituere ad exequendam sententiã, cùm habeamus conuentionale? Nã & conuentionale semper commodius est, cùm de pignoribus quæ in iudicati executione capiuntur, plerumque occurrãt variæ quęstiones & controuersię aut de proprietate, aut de iure potiori alicuius pignoris, propter quas dimitti oporteat pignus quod captũ est, & aliud capi quod sit absque controuersia *d. l. à Diuo Pio § si rerum & seq. D de rè iud.* quod in pignore conuentionali de quo iam cognitum & pronunciatum est, euenire non similiter potest Non dico *quod iam adiudicatum sit* quomodo hypothecam adiudicatã ponit Tribon. *in d. §. credit.* Inauditum.n. est apud prudentes nostros ti locum huc excipias vt de pignoris vel hypothecæ adiudicatione loquantur, sed tantũ de addictione vt *in d. l. à Diuo Pio §. si pignora & §. si post addictũ & seq. l. vlt. C. si in caus. iud. pign. capt. sit. l. 1. C. de iur. domin. impetr.* Aut de dominij impetratione vt *in d. l. 1 & vlt. cod.* Nec ad hunc tractatũ pertinet adiudicationis nomen, sed tãtùm ad actiones finium regundorum familię erciscundę, & Cõmuni diuidundo in quibus mutuas adiudicationes fieri plerumque necesse est, & ex iis adiudicationib. dominium transferri ex authoritate legis duodecim tabularum, quæ hoc ipsum induxit, vt adiudicatio propter has causas esset vnus ex modis sex acquirẽdi dominij iure Quiritium *§. vlt Inst de offic. iud.* & apud Vlp *in fragment. Tit. 19. De acquisit. rer.* Vt proinde fatendum sit, Si quo casu adiudicatio hypothecæ facta esset futurum vt vindicari ea posset cùm vindicatio competat ei qui dominus est iure Quiritium & ciuili *l. in rem 23. D. de rei vind.* Contrà quàm tamen scriptum sit *in d. §. cred* vbi manum Tribon. agnoscere tantò facilius est, qui per magnã inscitiam dixit adiudicatam esse hypothecam pro eo quòd dicere debuit, Pronunciatũ fuisse pro creditore Rem de qua quæritur esse illi obligatam, quę iuris hypothecæ declaratio tantùm, non etiam rei obligatæ adiudicatio est. Quod ab interpretibus nostris obseruatum non esse miror, quibus solemne est dicere, Per sententiam acquiri dominium, Si quo.n. casu acquiri posset, maximè acquireretur per eam sententiam quæ rei controuersię adiudicationé contineret, Et tamen negat id apertè Tribon. cùm ait creditorem non posse vindicare dominium hypothecæ, etiam quæ fuerit ei adiudicata Nec apertior vllus iuris locus contra interpretum errorem adduci

posset, si esset ille Vlpiani non Triboniani. Sufficit autem nobis quod Iustinianus scribit *in d. §. vlt. Inst. de offic. iudic.* Speciale esse in tribus illis iudiciis Finium regundorum, Familiæ ercifcundæ & Communi diuidūdo vt quod in illis alicui adiudicatum fuerit, id statim eius fiat cui adiudicatum est, vt intelligamus in cæteris iudiciis aliud esse. Nam nec in vindicatione dominij ius adiudicatur, vt satis imperitè plerique putant, sed declaratur esse petitoris *l. & ex diuerso 35. §. 1. D. de rei vindic. l. Pomp. 40. § sed & is qui D. de procurat.* Cæterùm ex illo ipso §. creditor apparet euidentissimè nullum in actione hypothecaria manui militari locum esse posse, Si quis enim esse posset, nihil attineret quærere, quomodo hypothecam sibi adiudicatam habere posset creditor. Haberet namque facillimè, adhibita scilicet manu militari. Nec rursus remedij loco dicendum esset dandam rerum creditori hypothecariam eum replicatione aduersus exceptionem rei iudicatæ. Esset enim multò expeditius transferri in eum possessionē manu militari vt possessor ipse factus pignoris distrahendi eius facultatem haberet, si diutiùs incumbere pignori nollet. Ex quo intelligimus quænam differentiæ sint hodie & iam olim fuerint inter vindicationem dominij siue ciuilem & directam, siue Prætoriam, id est Publi. & hypothecariam. In vtraq; dominij vindicatione olim iurabatur in litem, & lis æstimabatur quanti actor in litem iurasset siue restituendę rei facultatem actor habere post arbitrium siue dolo malo desiisset habere. Aut in hypothecaria nullo casu iurabatur in litem quamuis pertinde & in rem actio esset, & arbitraria, sed lis æstimabatur quanti creditoris interesset. Quæ res faciebat vt aliter æstimanda esset contra debitorem ipsum, aliter verò contra tertium possessorem, quòd vno casu plures intersit creditoris quàm altero. Sed hodie in rei vindicatione siue directa siue vtili non iuratur in litem si possessor restituendæ rei facultatem habeat, quia manu militari transfertur possessio in victorem. Iuratur tamen si possessor dolo malo desierit possidere ne posset restituere *d. l. qui restituere.* In hypothecaria autem nec manus militaris adhibetur, nec per iusiurandum lis æstimatur nisi eo solo casu quo possessor dolo malo desierit possidere *d. §. in vindicatione & d. §. creditor.* Sed & differunt fructibus. Nam in rei vindicatione veniunt fructus qui post litem contestatam percepti sunt, vsque adeò vt etiamsi per errorem pronunciatum sit actoris rem esse quæ erat aliena, debeat iudex eodem errore de fructibus quoque reum condemnare *d. l. & ex diuerso §. 1.* In hypothecaria verò veniunt fructus, nisi certis casibus de quibus *in d. leg. si fundus §. interdum.* Qui tamen locus Triboniani quoque est vt ex sequentibus apparebit.

ANTONII FABRI I.C.

Decas nonagesimatertia.

ERROR PRIMVS

De fructibus in hypothecaria act. adiudicandis.

Pertinet hic tractatus ad ea quæ proximo superioris Decadis capite scripsimus De actione hypothecaria & de cōdēnatione quam in ea facere iudex deberet iam circa fructus, aliter quàm facienda sit in directa rei vindicatione. In illa enim vsque adeò debet iudex victum reum in fructibus condemnare, vt quamuis per errorem pronunciauerit petitoris esse fundum qui reuera sit alienus, eodem tamen errore de fructibus quoque ipsum cōdemnare debeat. Quo enim iure fructus retineri possit is qui de proprietate victus est? vt ex Marciano Paul disputat *in l. & ex diuerso 35 §. 1. D. de rei vind.* Item quod magis mirum est, vt quamuis nulla possit de re ipsa fieri condemnatio, sc. eo casu quo possessor arbitrio iudicis restituere iussus, si parere noluerit, coactus sit manu militari facere restitutionem. Fructuum tamen nomine condemnationem sequi oportear scriptum est *in l. qui restituere 65. eo tit.* At in actione hypothecaria, regulare est, vt nihil omnino de fructibus pronunciari debeat, vt ex eo apparet quod ait *l. si fundus 16. §. ire eadem D. de pign.* Interdum de fructibus quoque arbitrari debere iudicem in actione hypothecaria vt ex quo lis inchoata est ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quod enim fieri interdum dicimus, regulariter contrà fieri solere significamus. Nec sanè difficile est rationem reddere cur fructuum condemnatio nulla fiat in actione hypothecaria, ne quidem eorū qui percepti sint post litem contestatam. Et enim quod dici solet ac verissimum est, Ex litis contestatione per petuò induci malam fidem, vt proinde fructus omnes percepti post lites contestationem, non nisi mala fide percepti dici possint *l. etsi 25. §. antè D. de her. pet.* id tamen alienum est à tractatu actionis hypothecariæ, quæ cùm non alij competat quàm creditori pignoratitio, qui semper scit rem alienam se possidere *l. pignori 13. D. de vsuc.* distinctionem hanc bonæ fidei & malæ fidei possessoris non admittit. Siquidem bonæ fidei possessor non alius est, quàm qui rem alienam detinet non tantùm bona fide, sed etiam opinione domini, quique idcirco falsam quod ad fructus attinet, penè loco domini esse intelligatur *l. bona fidei 48. D. de acq. rer. domin.* cùm bona fides tantundem possideuti, præstet quantùm veritas vbi lex non est impedimento *l. bona fides 136. de reg. iur.* Malæ autem fidei possessor ille est non quisquis scit rem esse alienam licèt hoc quoq; requiratur, sed maximè qui nullā se iustam habere scit causam possidendi *l. & generalit. 28. D. de nox. act.* Atqui creditor qui pignus accepit neq; putat se esse dominum, cùm sciat rem esse alienam *d. l. pignori,* neque possidet animo domini cùm id facere non possit quin possessionem debitoris interuertat, quod ipsum citra furtum fieri non potest, *l. si pign. 54. & sequ. D. de furt.* Vnde est quod possidet ad cæteras quidem omnes causas sed non quod ad vsucapionē, *l. serui nomine 16. D. de vsuc.* Et tamē malę fidei possessor non est cùm possessio ipsius sit iusta, non minùs quàm quæ est precaria *l. quacunque 13 § 1. D. de Publ. in rē act.* Imò tantò iustior quòd qui precariò possidet

possidet non tam possessor est quàm in possessione *l. certè 6. §. vt qui rogauit D. de prec. l. si quis ante 10 § 1. D. de acq. pos.* Nec pergit precaria possessio vsque ad iudicij vigorem, vt loquitur *Vlp. in l. communi 7. § inter prædones D. comm. diu.* Creditor autem qui pignus habet conuentiale verè possidet præterquàm ad causam vsucapionis, vt dictum est ex *d. l. si seruit.* ideoque habet omnia interdicta, Maximè vero interdictum Vti possidetis, quod non habent cæteri creditores qui in possessione tantum sunt custodiæ causa *l. officium 9. D. de rei vindic. l. 3 §. vlt. D. vti possid.* Cùm igitur superueniens litis contestatio non possit malæ fidei possessorem facere creditorem, qui bonæ fidei possessor nunquam fuit, quid refert quærere de fructibus aut distinguere an percepti sint antè litem contestatam, an post? Sed & superuacua est quæstio illa, Vtrum creditori agenti hypothecaria restituendi sint fructus percepti à possessore fundi obligati, Cùm etsi à creditore ipso percepti essent; imputari tamen ei deberent in sortem ad eius diminutionem *l. 1. l. 2. & pass. C. de pign. act.* Inde namque fit vt nihil interesse creditoris videatur, ao veniat fructus in condemnationem, necne, nisi fortè eatenus quatenus eius interest vt pecuniæ sibi debitæ solutionem consequatur. Qui sentius planè alienus est à quæstione nostra quæ est de fructibus non in solutum, sed accessionis vice præstandis & qui lucro debeant cedere victoris non in solutionis causam proficere. Itaque cùm fructibus etiam post litem contestatam percepti non veniant in hypothecariam, ratio vt dixi in obscuro posita non est. Sed difficilius illud est intelligere, quam rationem habeat, quod *in d. §. interdum*, scriptum est. De fructibus quoque interdum arbitrari iudicem debere in hypothecaria, ex quo lis inchoata & contestata est. Etsi quisnam ille casus sit, idem textus explicat cum subiicit, *Quid. n. si minoris sit prædium, quàm debetur?* Quibus verbia significat, Eo solo casu quo prædium obligatũ sit minoris æstimationis, quàm sit ea quantitas quæ debetur, officiumque iudicis in actione hypothecaria tale esse debere, vt condemnet possessorem etiam in fructus. Quasi hoc casu cesset ratio illa, quæ alioqui facere debeat, vt nulla in eo actionis genere fructuũ ratio habeatur. Nam cùm hypothecaria, siue contrà debitorem ipsum, siue contra tertium pignoris possessoré exerceatur, non ad aliud detur, quam ad id quod interest creditoris, si res arbitrio iudicis non restituatur; quamuis vno casu pluris æstimetur lis, quam alteru *l. si vter 21. §. vlt. eod. De pig.* fatendum sanè est nihil interesse creditoris, vt fructus in restitutionem veniant quoties prædium pignori obligatũ eius precij est, vt sufficere possit toti debito exsoluẽdo. Quid. n. refert an ex pretio ipsius prædij, an ex fructibus creditor suum consequatur? Cùm etsi fructus ei adiudicati essent, nõ ideo tamen fieret locupletior qui eosdem fructus in sortem sibi imputare cogeretur, vt diximus. At interest sanè cùm plus est in debito, quam in rei obligatæ æstimatione, quia futurum sit, vt iacturã pro parte debiti sentiat, si quod pignoris pretio deest ad totius debiti solutioné ex fructibus non suppleatur. iis saltem qui percepti sint post lité contestatam. Vixque alia certè ratio supradictæ exceptionis afferri meo iudicio potest. Videamus tamen ne non sit satis bona & probabilis: nam tametsi ponas minus esse in pretio pignoris quàm in debito, an non potest consoli aliunde indẽnitati actoris in executione iudicati, captis, vt fieri solet pignoribus. Nisi fortè ponas alia nulla esse bona, nisi illud ipsum prædiũ quod fuit obligatum. Quo, tamen casu quid vetat ipsos etiam fructus post litem contestatã perceptos capi pignori si extant, quid prodest condemnate possessorem ad restitutionem fructuum, quos præ inopia restituere nunquam possit? Verum enim est quod iactari solet, Qui nihil habeat quod perdat aut soluat, eius periculo nihil esse *l. itaque, 12. in princ. D. de furt.* Tum verò etiamsi ses eò reciderer, vt debiti iacturam ea parte faceret creditor, ubi id quòd pignoris æstimatio impar esset quantitati debitæ. An nõ imputare sibi deberet ille, quòd minoris æstimationis prædiũ pignoris accepisset? Cum enim pignorum vsus non ad aliud comparatus sit, quam vt creditori cautum esse possit (alterutro enim modo cauendum est, aut pignoribus datis, aut fideiussoribus *l. si mandatũ 59. § vlt. D. mandat. l. 4. § addios 8. D. de fideicomm. l.* solemne est benè consultis creditoribus, ea pignora accipere quæ superent debiti quantitaté, Vt si forsitan vsurarũ accessione debitum augeatur, eo quoque nomine satis cautum inueniatur. Quid ergo absurdius est, in damno aliquo notari creditorem ex ea causa, quòd minoris sit pignus, quàm ea quantitas quæ debetur? Aut quis ferat violari ob eam ré iuris regulas, & actionem hypothecariam, contra suam naturam extendi ad fructus, qui tamen ipsi minimè sunt obligati? Nemo siquidem dixerit fructus pignoris ideò censeri debere pignoratos, quòd ex re pignorata percepti sint, sicut neq; pecunia quæ redacta est ex rei pignoratæ venditione pignorata intelligitur, neque res empta ex pecunia pignorata *l. cum iam 57. § vlt. D. qui pot. in pign. hab.* Quod enim fructus dicuntur percipi iure soli non iure seminis *l. qui scit 25. §. 1. D. de vsur.* efficiet quidé vt fructus etiam qui a creditore percepti sunt ad debitorem tamen potiùs quam ad creditorem pertineant, at non etiam vt pignoris vinculo perinde teneri debeant, nisi de fructibus quoq; aut quod amplius est, etiã de futuris bonis pignori obligandis conuenerit, vt *in l. 1 §. cùm prædium D. de pignor.* Quare nec ad creditorem pertinerent, nisi eos creditori acquireret ratio illa quòd à creditore percipiuntur ex debitoris eiusdemque dominij voluntate. Quemodo de fundi locati fructibus à conductore perceptis ratiocinatur Africanus in *l. si seruus 61 §. locaui D. de furt.* Et idcirco demum cogitur creditor eos quos percepit imputare in solutũ *dict. leg. 1. & 2. C. de pignor. act.* quia scilicet eos suos facit, quos si non faceret, vtique nec sibi ex iis soluere posset, cùm rem quæ in solutũ accepta est, necesse sit factam esse accipientis *l. si alieni 78. & seq. D. de solut.* Porrò cum ad creditorem pertineant fructus qui ab eo percipiuntur, Qui verò a debitore, ita sint debitoris, vt nullum in iis habet creditor ius pignoris, si non de iis quoque nominatim conuenerit. Apparet neutro casu posse fructus venire in hypothecariam, non eos, qui à creditore percepti sunt, quia pignus rei propriæ non consistit *l. neque pign 45. De regul. iur. l penultim. §. 1 ad fin. D. de except. rei iudic.* Non illos etiam qui ab ipso debitore, quia non sunt obligati, quamuis fuerint in dominio debitoris *dict §. cum prædium.* Quo igitur iure venirent in hypothecariam? nisi forte tanquam accessiones, & eo iure quo aliis plerisque iudiciis solent venire fructus qui percepti sunt post litem contestatam *l. 4 §. post litem De fin. regund. l. videamus, 38, § si act D. de vsur.* Sed quemadmodum ius illud non ad omnes in personam actiones pertinet, sed ad eas tantum quæ speciali nomine non dictiones appellantur, quibus repeto id quod aliquando meum fuit, vt in *d. §. si actionem*, & ad actionem finium regundorum, quia pro vindicatione est *dict. leg. 4. §. post litem* iunct. *l. 1. De fin. regund.* Idque ratione illa, quod quale quid est, cùm petitur tale dari debeat, vt Papinianus noster ratiocinatur *in l. D. de vsur.* Ita neque ad omnes in rem actiones accommodari debet, sed ad eas tantùm quibus petimus rem nostram qualis est directa vindicatio, & Publiciana,

In quibus ideò veniunt fructus post litem contestatam percepti, quoniam actori omne id præstari æquum est, quod habuisset actor, si mora ei facta non fuisset, id est si possessor litis contestatæ tempore rem restituisset *l. præterea 20. D. de rei vindic.* At nulla eiusmodi æquitas in hypothecaria locum habet, quia etiamsi creditori hypothecariam exercenti restitutum fuisset pignus tempore litis contestatæ, non eo tamen locupletior esset hodie creditor, qui fructus à se perceptos in solutum imputare cogeretur, nisi quòd tantò tutiùs integri debiti solutionem consequi posset; verum ex alia parte tantò incommodiùs quòd solutio per partes, magna ex parte creditoris, habere solet incommoda *l. 3. D. famil. ercisc.* Præter id quod proxima & immediata ratio, propter quam in rei vindicatione etiam directa fructuum restitutio fit officio iudicis, non ex eo sumenda est, ne alioqui petitor in damno moretur, sed illa potiùs, ne lucro possessoris qui victus est, fructus cedant *d. l. & ex diuerso §. 1.* In quo differunt fructus ab vsuris, quæ nec propter lucrum petentium, nec vt lucrum aliquod improbo litigatori extorqueatur, sed propter moram non soluentium infliguntur *l. cùm quidam 17. §. si pupillo D. de vsur.* id est, vt hoc damnum sentiat pecuniæ debitor, qui fuit in mora. Atqui nullum possessoris pignorum lucrum est etiamsi post litem contestatam fructus perceperit, si eos ita consumpserit, vt ex eorum consumptione locupletior factus non sit, Quemadmodum è contrario nullum est damnum creditoris ob fructus à debitore perceptos, ex quibus debitor factus sit locupletior, cùm ex ea causa futurum sit, vt tantò plus habeat debitor, ex quo in executione iudicati facere possit. Nullo igitur casu dici potest interesse creditoris, vt in hypothecariis ad fructuum quoque restitutionem pignoris possessor, qui idem & debitor sit, condemnetur, idest siue soluendo ille sit, siue non. Quòd si proponas non debitorem esse, sed extraneũ possessorem eum qui conuenitur, tantò maior de re est, vt condemnari debeat de fructibus etiam post litem contestatam perceptis. Non illa solùm generaliori ratione, quam attulimus, quòd non sint ipsi obligati, nisi specialiter id actum sit *d. §. cum prædium.* sed etiam quia pertinent ad possessorem iure dominij, si ponas emisse illum, aut aliter acquisiuisse à domino, cùm neque pignoris obligatio translationem dominij impediat *l. si dominium 9. l. dist. 14. & seq. C. de pignor.* neque litis contestatio malæ fidei possessorem facere possit eum qui plusquàm bonæ fidei possessor est, cùm sit & dominus. Cur ergo dicamus condemnari eum debere ad fructus, etiam quos post litem contestatam perceperit? Aut quid refert possessoris an res obligata tanti sit, quantum est in debito, an minoris? cùm neque debitor ipse sit, neque obligati sint fructus quod ipse perceperit? Sed etsi non esset ille dominus, at bonæ fidei tantùm possessor, adhuc tamen eodem iure censeri deberet, quo dominus, non solùm quòd ad fructus pertineret ante litem contestatam perceptos, quos vtique suos facit interim sola perceptione, *d. l. bonæ fidei 48. De acquir. rer. domin.* at solutè verò per consumptionem *d. § post litis l. 4. §. lana D. de vsucap. l. certum 22. C. de rei vindic. & dict. § cùm prædium.* Sed etiam quòd ad eos qui post litem contestatam percepti essent. Nec enim litis contestatio facta cum creditore inducit malam fidem, sed ea tantum quæ facta est à domino, siquidem mala fides non priùs induci potest, quàm cœperit scire possessor rem ad se non pertinere *d. l. sed etsi 25. §. si ante & §. scire D. de hæred. petit.* quòd per litis contestationem in actione hypothecaria factam contingere nunquam potest, non magis quam vt res fiat litigiosa *l. 1. iunct. Auth. litigiosa C. de litig.* Ex quibus intelligimus quam stulta sit ratio restituendorum fructuum in hypothecaria, quæ ponitur *in d. §. interdum* supradictis iis verbis, *Quid. n. si minoris sit prædium quam debetur.* Planè de antecedentibus fructibus, idest qui percepti sint ante litem contestatam nihil pronunciare iudicem posse constat, vt subiicitur *in d. §. interdum* Sed quæ mox sequitur exceptio *nisi extant & res non sufficit* æquè inepta & ridicula est. Quid enim iuris habet creditor aut quem iuris colorem pro fructibus antecedentibus, tametsi extent, neque res sufficiat? An fortassis eò magis obligati sunt, de iis obligandis in ipsa pignoris conuentione nihil specialiter ac nominatim conuenerit? Cùm in directa quoque rei vindicatione placeat etiam extantes fructus, non vi actionis venire in restitutionem, siue ante siue post litem contestatam percepti sint, sed tantùm officio iudicis *dict. §. 2. Institut. de offic. iudic.* Quamuis maior ratio sit, vt quia iure soli percipiuntur ad eius dominium pertineant, qui fundi dominus est, quam vt qui ex re pignori obligata prouenerunt, pignori quoque obligati intelligantur. Et sanè si tractes de fructibus obligatis, frustra est quærere & distinguere an res ipsa obligata sufficiat necne, cùm sint ipsi omnimodo obligati, & ius pignoris indiuiduum sit *leg. quandiu 7. Codic. de distrahend. pignor. l. 1. Codic. debit. vendit. pig. imped. non poss.* Si verò tractes de fructibus qui non sint obligati, de quibus solis tractari potest, cùm nulla specialis eorum obligatio est, quid refert an extent necne, & an res obligata sufficiat, an non? Aut quis officio iudicis locus esse potest pro fructibus perceptis ante litem contestatam, Cùm nec ad eum pertineant futuri temporis tractatus, Inquit Papinianus, aut potius ad Papinianum Paulus *in l. 1 § 1. vers. Paulus notat. D. de vsur.* Totum siquidem officium iudicis à tempore litis contestatæ in tempus vsque condemnationis concluditur *l. iudex, posteaquàm 55. D. de re iudic.* Certè cùm fructus quoque obligati sunt, distinctio illa necessaria esse creditur, An extent, an verò consumpti sint, quia extantes quidem directa actione quasi Seruiana peti possunt, Non solùm si à domino eodémque debitore percepti sint, sed etsi à bonæ fidei possessore, si nostris credimus, Consumpti verò ne quidem vtili. Quæ Papiniani sententia esse videtur *in d. §. cum prædium.* Si modò non est is quoque locus corruptus, De quo dicemus sequenti capite. Itémque de iis distinctionibus quas affert Accurs. An fructus consumpti sint mala fide, an bona, & an ex opera & industria possessoris prouenerint necne. Iam enim tempus est vt concludamus, Totum hoc quod scriptum est *in d. §. interdum*, cùm à vera rectaque iuris ratione abhorreat Triboniani esse non Marciani. Sicut & quod *in §. præcedente*, & *in §. creditor*, de quo suprà diximus & *in §. si pluris*, de cuius etiam sententia nos alibi scripsimus.

ERROR II.

De distinctione fructuum extantium & consumptorum in hypothecariis Ad l. 1. §. cùm prædium D. de pignor.

QVi supponuntur fructus venire in actionẽ hypothecariam saltem eos qui percepti sunt post litem contestatam, si minoris sit res obligata, quàm quantum est quod debetur. Adeóque illos qui ante contestationem si fortè extent, & res non sufficit ex *lege si fundus 16 paragrapho interdum D. de pignor.* solent distinguere post Accursium

Accursium & Bartolum ad eum locũ. An extent fructus, an verò consumpti sint, Et rursum de consũptis, an bona fide consũpti sint, an mala fide. Eiúsq; distinctionis authorẽ laudant, non modò Marcianũ, in *d. §. interdum*, sed etiam Papinianũ *in l. 1. §. cum prædium D. de pign.* vbi tractat ille speciem elegantem de creditore qui prædium sui debitoris pignori acceperat, & nominatim vt eius prædij fructus quoque pignori essent, conuenerat. Tum vendito prædio emptori bonæ fidei qui ex eo fundo fructus perceperat, & consumpserat, idem creditor postulabat eos fructus emptor vtili Seruiana restituere cogeretur. Quærebatur an iure ageret, & negat Papinianus vtilem Seruianam competere, Ratione illa quòd nunquam fuerint in dominio debitoris, vt ex responsi fine apparet. Illa enim verba quæ rationis loco ponuntur. *Pignoris etenim causam nec vsucapione perimi placuit, quoniam quæstio pignoris ab extentione dominij separatur*, non decidendi rationem continent, sed dubitandi ex eo sumptam, quòd causa dominij cum quæstione pignoris nulla societate coniungatur, adeò vt secuta vsucapio causam pignoris non perimat *l. vsucapio 7. C. eod. l. iusto errore 44. §. non mutat 5. D. de vsucap.* Inde namque sequi videbatur, vt non esset bona consecutio, si quis ex eo quòd fructus isti acquisiti fuerant bonæ fidei emptori inferre vellet, non esse igitur per vtilem hypothecariam & Seruianam vtilem restituendos. Sed rationem hanc dubitandi eludit Papinianus, vt doceat multum interesse, an tractamus de persecutione pignoris rectè & vtiliter constituti, an de eo persequendo pignore, quod nunquam casu verè fuerit rectè & vtiliter constitutum. Priore casu verè dicitur causam pignoris vsucapione non perimi, quia pignus quod semel bene constitutum est, tandiu durat, quandiu verum est solutam non esse pecuniam quæ debetur, nec eo nomine aliter satisfactum *l. grege 13. §. etiam eod. tit. l. debitor 59. ad Treb. l. penult. §. 1. De except. rei iudic.* Atqui nemo dixerit ab id videri satisfactum creditori, quòd debitor rei suæ dominium per vsucapionem amiserit, quod non ad creditorem, sed ad vsucapientem peruenit. Posteriore autem casu nec locus quæstioni relinquitur, An vsucapione, aut quo alio modo pignus extinctum sit quod nunquam incepit. Prius enim est vt initium quàm vt finem accipiat *l. si in diem 46. l. Titio vsusfructus 69. De condit. & demonstrat. l. non potest videri 208. De regul. iur.* Porrò certissimum est pignus non ab alio, quàm à vero domino constitui vtiliter posse *l. vlt. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* & ad vtilem pignoraticiam, id est hypothecariam, & quasi Seruianam inducendam illud saltem requiri, vt posteà dominus esse cœperit debitor, qui ab initio cõstituit pignus non suit *l. cum res 5. eod. l. si Titio 22. D. de pign.* Atqui certum quoque illud est fructus fundi pignorati, quos & ipsos nominatim pignori debitor dederit nunquam fuisse debitoris, idest neque ab initio, neque ex postfacto: Non ab initio cùm eo tempore constituti pignoris nondum essent in rerum natura. Quod enim nondum in rerum natura est, in nullius dominio esse potest. Vnde est, quod nec olim per vindicationem legari poterant fructus futuri, quod eo genere legati non aliæ res dari possent, quàm quarum dominus iure Quiritium fuisset testator vtroq; tempore, & testamenti, & mortis. præterquàm si pondere, vel numero vel mensura continerentur, vt Vlpianus & Caius in fragmentis scribunt in titulis De legatis. Quamuis per damnationem legari commodè possent, vt ibidem Caius ait, Quomodo haud dubiè accipiendum est quod generalius scriptum est ex Pomponio *in l. quod in rerum 24. in princip. de legat. 1.* Et ob eandem causam stipulatio fructuum, quamuis purè concepta nihilominùs conditionem tacitam habere intelligitur, si fructus nascentur *l. interdum 73. De verb. oblig.* Rursum nemo dixerit fructus illos à bonæ fidei possessore perceptos fuisse factos debitoris à quo tempore percepti sunt, Cùm non ab ipso debitore percepti sint, sed à bonæ fidei possessore, qui eos percipiendo suos statim fecit, adeòque pleno iure *l. bona fidei 48. De acquir. rer. domin. l. in pecudum 28. D. de vsur.* priùs etiam, quàm in horreo sint reconditi, In quo plus iuris habet bonæ fidei possessor, quàm fructuarius *l. si fructuarius messem 13. D. quib. mod. vsusfr. amitt.* Cùm ergo fructus de quibus quærimus semper fuerint bonæ fidei possessoris, consequens est vt pignus quod in iis a debitore constitutum fuit, nunquam valuerit. Ac proinde vt nulla pro iis Seruiana vtilis possit competere, quamuis hypothecaria directa quæ pro fundo ipso æquè pignorato ea die constitori pignoris nata est, etiam post completam fundi vsucapionem duret. Nam quemadmodum plus iuris habet debitor in fundo, cuius dominus est tempore contracti pignoris, ita plus habet quod amittat, ratione fundi, quem bonæ fidei emptor pòsteà vsucepit, quàm ratione fructuum à bonæ fidei possessore perceptorum, in quibus nihil vnquàm iuris debitor habuit. Idcòque cùm non plus iuris habere possit in re obligata creditor pignoratitius, quàm is qui obligauit, fateendum est nullum posse illum habere ius pignoris in fructibus, quibus debitoris nunquam fuerunt, retinere tamen ius quod habuit in fundo etiam post vsucapionem. quia & ante vsucapionem habuit, & vsucapio dominium quidem rei vsucaptæ acquirit possessori, sed pignus quod ab initio benè contractum fuit, vt dial, non extinguit: Nec quod vulgò iactari solet, Resoluto iure datoris resolui ius accipientis *ex l. lex vectigal. 3. eod. tit. de pignor.* ad rem & quæstionem nostram pertinet, in qua non resoluitur per vsucapionem ius debitoris, ita vt res vsucapta nunquam eius fuisse videatur. Vsucapio si quidem acquirit dominium ea quo duntaxat die completa est, nec retrofingit dominium nunquam fuisse eum cuius res vsucapta fuit, quem ex contrario dominum fuisse omninò necesse est, vt dominium amittere potuerit, quod alius acquisiuit. Proinde sicuti post completam quoque vsucapionem verum est eum qui rem pignori dedit fuisse dominum eo tempore quo dabat. Ita & illud verum est, Manere igitur pignus quod ab initio fuit à verò domino constitutum. Fructuũ alia ratio est. qui cùm à possessore ipso fuerint percepti, nec vnquàm in debitoris possessione ac potestate fuerint, nec in dominio eius vnquam esse potuerunt. Nam quemadmodũ dominia primùm à naturali & corporali possessione cœperunt, vt ait *l. 1. D. de acquir. poss.* Sic ea prima illa dominiorũ introductione retentũ est, vt vix possit quisquam dominium eius rei acquirere, quã nõ habeat in sua põstate. Certũ autem est nunquã in potestate debitoris fuisse eos fructus, quos bona fide emptor percepit, siue fuerit ipse, siue alius *d. l. bona fidei.* Ergo neque specialiter obligari potuerunt, non magis quàm venire in generalẽ obligationem bonorum omnium etiam futurorum *lib. & qua ondum 15. paragrapho quod dicitur D. de pignoribus.* Faciliùs enim est vt ea res, quæ contractus tempore aliena est deducatur in generalem obligationem, quàm vt in specialem *l. 1. in princip eodem tit.* Quod cùm ita sit, fatendum est, nihil causæ fuisse cur Papinianus in *d. §. cum prædium*, de consumptis fructibus loqueretur, Cùm generaliter verum sit fructus omnes qui à bonæ fidei possessore percepti sunt statim & pleno iure

iure acquiri bonæ fidei possessori, nec minùs extantes quàm consumptos. Consumptio enim non parit acquisitionem, sed lucrum fructuum, id est efficit duntaxat vt quos fructus bonæ fidei possessor sola perceptione suos fecit, ita lucretur, ne officio iudicis eos restituere vnquam teneatur, quomodo tenetur restituere extantes necdum consumptos *l. cert. 22. C. de rei vind. & 2. Inst. de offi. iud.* iunct. *l. 4. paragrapho post litem D. fin. regun.* Neque verò potest in fructus consumptos cadere illa quæstio, An possit creditor hypothecarius per quasi Seruianam petere fundi obligati fructus obligatos quoque specialiter, quos bona fide possessor non tantùm perceperit, sed etiam consumpserit. Prius enim est vt quod sit in rerum natura quàm eius persecutio iure pignoris competere possit, quemadmodum & prius est vt aliquo tempore fuerit debitoris, quàm vt vinculo pignoris vllo teneatur. Nam cùm persecutio pignoris in rem sit *l. pignoris 17. D. de pign. l. pignoris 15. C. eod.* apparet non posse illam competere in rem quæ non extat, Nec si res illa fuisset aliquando debitoris, Siquidem in hypothecaria quæ ex numero arbitrariarum *§. præterea Inst. de act.* necesse est arbitrium iudicis interuenire, priusquam ad condemnationem perueniri possit: Arbitrium, inquam, de re restituenda *l. si fundus 16 §. in vindicatione D. de pign.* Quis verò iudex aut vir bonus vnquam arbitrabitur restitui debere rem quæ non extet? Fateor si dolo malo possessoris extare desierit, non solum haberi posse illam pro extante, sed etiam pro ea quæ adhuc possideatur, quia dolus pro possessione est, vt habet iuris regula. Sed Papinianus de iis fructibus loquitur qui bona fide & percepti fuerint, & consumpti, vt verba legis ostendunt. Quamquam frustra est quærere, An mala fide consumpti sint, dummodo cōstet bona fide perceptos fuisse Cùm n. sola perceptione acquirātur, ita vt exinde fiant bonæ fidei possessoris, & quidē pleno iure, vt diximus, fieri certè nequit, vt quis mala fide consumat fructus, quos bona fide percipiēdo iā suos fecerit, Quādo is qui domin. esse incipit, hoc ipso licet non desinat esse possessor, desinit tamē esse possessor bonæ fidei, adiectione scilicet iuris maioris & plenioris quod extinguit minus. Esse namque bonæ vel malæ fidei possessorem qualitates sunt eius qui possessor tantùm sit, non etiam dominus, quia nemo potest mala fide possidere rem cuius dominium habeat. Ideòque dicitur quæstio illa esse facti potiùs quàm iuris *d. l. bona fides §. in contr. quia & possessio ipsa facti est.* Multò minùs eam consumere mala fide, quamuis abutatur ea manifestissimè, cū ad excludendam malam fidem possit sufficere quòd putet quis abuti re sua licèt ea sit verè aliena *l. sed et si 25 §. consul. & seq D. pet. hered.* Quod si mala fide cōsumi nō possint fructus quæ bona fide percepti fuerunt, consequens est vt nec bona fide consumpti dici possint, cùm dominij iure consumpti sint, quod extrà & supra bonæ fidei causam est. In eoque dispar ratio est perceptionis & consumptionis fructuum, quòd perceptione acquiritur dominium iure & potestate solius bonæ fidei, quæ hoc casu tantum potest, quātum veritas, quia lex impedimento non est. At fructuum bona fide perceptorum consumptio fit iure dominij quia consumptio sicuti semper sequitur perceptionem, ita & acquisitionem. Quare nec mirum [illegible] debet, quòd fructus etiam qui percipiendo f[act]i sunt bonæ fidei possessoris, restituendi tamen [illegible] officio iudicis si adhuc extent eo tempore quo fundus vindicatur, non item si consumpti probentur. Q[u]oniam [per]ceptio sicuti debitorem causā habet, id est bonam fidem possessoris non [illegible], ita minùs potest quam consumptio, [illegible] dominij verè acquisiti. Perceptio sola [illegible]

fructuum acquirit statim & pleno iure, sed interim duntaxat, vt Paulus loquitur *in d. l. bona fides*, hoc est quousque bonæ fidei possessor in iudicio vindicationis fundi eos restituere iubeatur: Sed consumptio acquirit eos absolutè, quia facit vt eorum restitutio non possit diutiùs manere in suspenso, cùm efficiat vt ex instanti consumptionis certum esse incipiat nunquam futurum, vt extantes inueniantur tempore vindicationis, quandocunque secuturæ. Quod enim consumitur hoc ipso extinguitur, nec interim sed absolutè. Facit igitur cōsumptio non vt acquirātur fructus, qui iam perceptione acquisiti fuerant (quod enim iam meum est magis meum fieri non potest *vulg. §. sic itaque Inst. de act.*) sed vt acquisitio illa quæ fuerat reuocabilis, si antè consumptionem fructuum vindicatus fundus fuisset, locúsque officio iudicis esse potuisset, fiat irreuocabilis, tametsi non extinguat ipsius fundi, quandiu is extabit, vindicationem. Ac quamquam nihil vetat post factam bona fide fructuum perceptionem superuenire malam fidem ex scientia rei alienæ ante consumptionem: Non potest tamen ea res facere, vt mala fide consumptos eos dici possit, imò nec possessos, cùm iure dominij & possessi sint & consumpti, si modò bona fide, quod ponimus, percepti fuerunt. Superueniens namque mala fides, impedire quidem fortassis potest acquisitionem fructuum percipiendorum, si cum Pomponio & Paulo *in d. l. bona fides §. in contrarium*, ita sentire malis, quàm cum Iuliano *in l. qui scit 25. §. vlt. D. de vsur.* Sed acquisitionem iam factam fructuum perceptorum tollere, ac reuocare nullomodo potest, quia non quemadmodū bona fides modus est acquirendi interim dominij fructuum, Ita è contrariò mala fides modus est amittendi eorum dominij iam acquisiti, vel ob id maximè quod, vt diximus nunquam in eiusdem persona & ratione eiusdem rei potest mala fides cum iure dominij concurrere, non nego posse ea postfacto fieri malæ fidei possessorem eum, qui ab initio bonæ fidei fuerit, & fructus bona fide perceperit, superueniente nimirū sciētia rei alienæ, vt sentētiæ Pomponij locum relinquamus, in fructibus ab eo tempore perceptis, sed hoc contendo, malam illam fidem quæ superuenerit, sicuti vsucapionem iam inchoatam, necdum tamen completam interrumpere nullomodo potest, vel ipso fatente Pomponio *in d. §. in contrarium*, quia vt ibi ratiocinatur Paulus, vsucapio ad ius refertur, possessio autem vel bonæ vel malæ fidei ad factum, Ita neque posse adimere bonæ fidei possessori dominium fructuum, quòd ei perceptio iam acquisiuerit. Est enim vt esse debet difficilior amissio dominij iam quæsiti quàm acquirendi, Dominium autem fructuum perceptorum iam acquisitum est, fundi verò nondum vsucapti, acquirendum, cuius tamen acquisitio non ex eo solo impeditur, quòd superuenerit mala fides, nec si per litis contestationem *l. si post acceptum 18. D. de rei vindic.* quamuis contestatio mundus sit omnium efficacissimus ad inducendam malam fidem, cùm possessores omnes faciat prædones, aut saltem quasi prædones *d. l. et si §. si ante De pet. hered.* Itaque quod per scriptum est *in d. l. bonæ fides*, fructus bona fide perceptos fieri interim possessoris, non sic accipi debet, vt fiant [e]ius quandiu duntaxat bona fides durat, & in id vsque tempus quo mala fides superuenerit (nec enim dominium fructuum sicut & alterius rei v[l]lius ad tempus acquiri potest.) Sed ita vt maneant bonæ fidei possessoris quousque fundus euictus fuerit, quomodo loquitur Iulianus *in dict. [l.] qui scit paragrapho vltim.* quo tamen casu non recedit ipso iure dominium fructuum à bonæ fidei possessore quod fieri posse negamus, sed restituuntur fructus per

officium

officium iudicis, qui de rei vindicatione cognoscit, nec prius amittit eorum dominium possessor bonæ fidei quam eos restituerit, quod citra traditionem fieri non potest. Proinde fatendum est propositam à Papiniano quæstionem *in d. §. cùm prædium* de quasi Seruiana pro fructibus danda, vel deneganda, non posse ad eos fructus pertinere, qui à bonæ fidei possessore consumpti sint, sed ad extantes duntaxat, de quibus licèt idipsum verè dici possit, quòd de consumptis, Nunquam fuisse illos debitoris, maior tamen ratio erat dubitandi, propter quam videbatur posse illos vindicari per hypothecariam, quasi sola ratio illa posset sufficere, quòd nihil habet commune quæstio pignoris cum intentione dominij. Verùm non idcirco aliud iuris in fructibus extantibus constituendum esse vult Papinianus, Propterea quòd omnem actionem hypothecariam excludat potentior illa ratio, quòd pignus in ils nunquam vtiliter constitutum fuerit, quia nunquam debitoris fuerunt.

ERROR III.

De emendatione d. §. cùm prædium & l. 4. §. lana D. de vsucap. l. quæsitum 40. De acquir. rer. Domin. l. 5. D. de damn. infect.

Hinc nimirum moueor vt putem in Papiniani responso de quo tractamus irreptitiam esse dictionem illam *consumptos* & superuacuam. Additam autem ab imperito interprete existimante solos eos fructus esse bonæ fidei possessoris, qui ab eo non tantùm percepti, sed etiam consumpti sunt. Sic enim plerique ex veteribus interpretibus iam olim existimarunt distinguendum esse in difficili quæstione illa De fructibus à bonæ fidei possessore perceptis, An consumpti sint necne, vt sola consumptione fiant ipsius, non etiam sola perceptione. Nam & hinc factum puto, vt apud Paulum *in l. 4. §. lana in fin. D. de vsuc.* addita sint verba illa, *si consumpti sint*, quorum additio sanè nec præcedentibus conuenit, nec iuris rationi. Quærit enim ibi Paulus de lana ouium furtiuarum, & ait si apud furem ipsum detonsa sit vsucapi eam non posse, quia scilicet furtiua est, sed si apud bonæ fidei emptorem cōtra, id est neque furtiuam eam esse, neque vsucapionem eius prohiberi, neque tamen vsucapi eam debere, cùm statim emptoris fiat, quoniam in fructu est. Quid verò est statim fieri emptoris, nisi hoc ipsum quod volumus, vt non sit expectanda eorum consumptio? At neque expectandum vt in horreum accordantur, quomodo expectandum est cùm de vsufructuario tractatur, qui ob eam nimirum causam in percipiendis fructibus minùs iuris habere dicitur, quàm bonæ fidei possessor *d. l. fructuarius messem 13. D. quibus mod. vsufr. amit.* Ergo quod sequitur apud Paulum, Idem in agnis dicendum esse non potest interpretationem & restrictionem illam recipere *si consumpti sint*. Cùm sint fructus naturales æquè ac lana, & eo amplius solum naturæ factum exigant, non etiam hominis industriam, vt producantur, quod In lana diuersum est, quam saltem detonsam esse oportet, vt in fructu esse & videri possit. Nec primùs apud Africanum *in l. quæsitum 40. D. de acqui. rer. domin.* eandem actionem *consumptos*, quam à Papiniano tollimus, irreptitiam tollendámque esse contendimus in postremis illis verbis legis, *vt quo casu fructus prædiorum consumptos suos faciat bona fidei possessor*. Et sanè quid absurdius dici potest, quàm quòd fidei possessorem facere fructus suos per consumptionem? Quasi verè consumptio sit modus acquirendi dominij, ac non potiùs amittendi. Quinimò vsque adeò verum est sola perceptione fieri statim fructus bonæ fidei possessoris, vt eos vsucapere non debeat, quemadmodum loquitur Paulus *in d. §. lana*. Quod ego sic accipio, vt non solùm non debeat, sed nec etiam possit, tametsi maximè velit, quia siue dicas vsucapionem esse adoptionem dominij, vt scriptum est *in l. 3. D. de vsucap.* siue adiectionem, vt alij legunt, certum est id, quod iam fit bonæ fidei emptoris, eius fieri magis non posse *d. § sic itaque Instit. de action. l. in bello 12. §. si quis seruum vers. & si ignorans D. de captiu. & post lim.* Ex quo intelligimus per solam perceptionem acquiri eos bonæ fidei possessori, non quod ad dominium bonitarium duntaxat, sed etiam quod ad quiritarium, aliqui non ob id excluderetur vsucapio fructuum bona fide perceptorum, quòd iam facti essent in bonis possessoris. Quandoquidem nihil vetat domino bonitario adiici quiritarium per vsucapionem, *l. si finita 15. §. Iulianus scribit 15. D. de dam. infect.* iunct. *l. Prætoris 5. in princ. eod. tit.* Idque est quod Caius scribit *in l. pecudum 28. De vsur.* & agnos, & hœdos, & vitulos statim pleno iure fieri bonæ fidei possessoris & fructuarij. Non enim pleno iure acquirerentur, si in bonis tantùm, non etiam iure Quiritium fierent bonæ fidei possessoris, nec priuandus esset bonæ fidei possessor iure & commodo vsucapionis, vt fructus quos per solam perceptionem minùs legitimè suos fecisset, saltem per vsucapionem qui legitimus modus est acquirendi dominij suos legitimè faceret, sicuti solemus dicere de fideicommissario qui licèt post factam ex SC. Trebelliano restitutionem hæreditatis incipiat habere in bonis res omnes hæreditarias priùs etiam quàm corporalem earum possessionem nactus sit *l. facta 63. in princip. D. ad SC. Treb.* non priùs tamen legitimus, idest quiritarius fit earum dominus, quàm eas vsuceperit, & statuto legibus tēpore possederit *l. quæsitum 3. D. si vsusfr. petet.* Nempe quoniam fidei commissa legitus & iuri ciuili incognita iustum dominij transferendi titulum præbere non possunt, Iustam verò causam præcedere oportet, vt iustum & legitimum dominium etiam per traditionem acquiri possit *l. nunquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin.* Sicque legendum puto *in d. l. Prætoris, iustum dominium* pro eo quod scriptum est *in suum dominium* & in præcedentibus *rei* pro *eam*. Prætoris. n. officium est in causa damni infecti, vt missus in possessionem ex secundo scilicet decreto, non tantùm possessionem ipsam habeat quæ faciat vt rem ipsam in bonis habere existimetur, sed etiam rei iustum dominium per longi temporis spatium capere, & acquire possit. Quæ etiam verba *per longi temporis spatium* dubitandum non est Triboniani esse respicientis ad transformationem illam vsucapionis in longi temporis possessionem & Iustiniani constitutione *in l. vnic. C. de vsuc. transform.* vt & quod scriptū est *in d. §. Iulianus per longum tempus dominium capere*, pro eo Paulus vno loco & Vlpianus altero haud dubiè scripserant *vsucapere*. Nihilne igitur proderit bonæ fidei possessori, quòd fructus à se perceptos longo tempore possederit? Imò proderit, at non in eo vt ipsos vsucepisse videri possit, quorum dominium etiam quiritarium pleno iure sibi per solam perceptionem iam acquisiuerit, sed vti ne illos teneatur restituere domino rem ipsam quandocunque vindicanti. Cùm. n. longius sit tempus constitutum ad vsucapiendas rēs immobiles, quam ad mobiles, siue

vsucapionem illam veterem inspiciamus quam lex duodecim tabularum induxerat siue nouam à Iustiniano transformatam, apparet euenire facilè posse, vt ante completam fundi vsucapionem, fructuum qui sunt in numero rerum mobilium vsucapio compleatur. Quod cùm euenit, dubitari non oportet, quin tantùm prodesse debeat ea fructuum possessio per legitimum tempus continuata, quantum si ex eiusmodi possessione vsucapio aliqua & procedere & completi potuisset, Vt non minùs fauorabilis sit bonæ fidei possessor ob id, quòd vsucapere non potuerit, cùm ea sola ratio impedierit vsucapionem, quod iam plus iuris haberet citra vsucapionem, quá habeant illi quibus vsucapiendi facultas & ius cóceditur, quippe qui iam dominus sit, & quidê pleno iure, vt diximus. Similis namque ratiocinatio est apud Triphonium *in d. §. si quis seruum*, vbi elegantem quæstionem tractat de eo qui captiuum ignorans redimit existimans esse vendentis, Et quærit an quasi vsucepisse videatur, scilicet ne post legitimum tempus facultas supersit priori domino pretij offerendi. Occurrit enim inquit, pro ratione dubitandi, quòd constitutio quæ de redemptis lata est, eum redimentis seruum facit, & quod meum iam est vsucapere me intelligi non potest. Rursum, quæ ratio decidendi est, cum ea constitutio non deteriorem causam redimentium, sed si quo, id est si qua via facere potuit, & quantum in se fuit, meliorem effecerit, Iniquissimum sane fuerit & contra mentem constitutionis perimi ius bonæ fidei emptoris cuiuslibet vetustissimum, & iam inde ab ipsa duodecim tabularum lege inductum Proinde concludit Tryphoninus dicendum esse, Tanto tempore transacto, quanto vsucapi redemptus seruus potuisset, nisi eum redimentis proprium constitutio fecisset, nihil iuris dominis superesse ex constitutione. Lego enim *dominis* non *domini* repetita vltima litera ex priore syllaba sequentis dictionis, Similiter igitur, & in proposita quæstione dicamus, Fructus quidem bona fide perceptos à possessore statim & pleno iure ipsius fieri per solam perceptionem, indéque euenire vt illos vsucapere bonæ fidei emptor, neque debeat, neque possit, sed tamen transacto tempore, quo eos vsucapere illos potuisset, si perceptio proprios eos emptoris non fecisset, nullum ius pristino domino superesse ad illos nô dicam iure dominij, & per actionem vindicandos, quod nec antè completum vsucapionis tempus facere liceret, sed neque per officium iudicis restituendos, non magis, quam si essent vsucapti licèt vsucapi non potuerint, Ne quòd in fauoré bonæ fidei possessoris iure commentitio receptû est, vt quod ad fructus qualescunque siue naturales, siue industriales percipiendos attinet domini plenè loco habeatur *d. l. bonæ fidei 48. D. de acquir. rer. dom.* in eorum perniciem & odium retorquebatur, quod eueniret si ob id solùm quod eos fructos iam factos suos vsucapere non potuisset, etiam post completa vsucapionis tempora domino fundum suum iure vindicanti eos fructus, tùm adhuc extantes officio iudicis restituere cogerentur. In eoque nos etiam cæteris interpretibus omnibus errauimus. Cùm hanc ipsam quæstionem in prioribus Coniecturarum nostrarú libris tractantes scripsimus, eos solos fructus in restitutionem officio iudicis non venire, qui vel consumpti fuerint vel vsucapti. Quasi aliqua species dari possit fructuum a bonæ fidei possessore perceptorum, in quam illud cadere queat, vt ab eo vsucapi vel debeant, vel possint, quod non ita est Debuimus ergo scribere, Fructus illos à bonæ fidei possessore perceptos in restitutionem solos non venire qui iusto tempore vel iam consumpti probentur vel tanto tempore possessi, quantum sufficere potuisset ad eos vsucapiendos, nisi prioris dominij acquisitio iam pleno iure facta omnem vsucapiendi causam & facultatem sustulisset. Est igitur eadem potestas consumptionis, & longæ possessionis, ne ampliùs dicam vsucapionis, quod ad hoc, vt liceat possessori fructus quos bona fide percepit retinere, nec officio iudicis eos restituere sit cogendus: sed diuersa tamen ratione, Quia longa fructuum possessio, licèt fructus non acquirat iam acquisitos, acquisitionis tamen locó est, & paris cum vsucapione potestatis. Consumptio autem non acquisitionis loco est, sed potius alienationis, affertque, cum hanc, siue vtilitatis, siue æquitatis rationem, quod non debeat condemnari possessor vt eos fructus restituat, quos nec habet, nec dolo desiit habere. licèt tales sint qui si extarent, venire deberent in restitutionem. Vt enim veniant extantes ratio illa facit quod sine possessoris incommoda ita ius constitui posse videatur. Non etiam si consumpti sint, id est ita vt nihil ex iis in rem & vtilitatem possessoris versum sit: Cum alioqui non possit dici assumptum, quod in corpore patrimonij quodammodo retinetur *l. idem seruandum 72. De legat. 2.* Nam nec alia ratione tenetur malæ fidei possessor fructus omnes etiam consumptos restituere *l. certum 22. C. de rei vindic.* quam quia cùm percepti & consumpti sint mala fide pro extantibus habeantur, vt & alias dici solet quoties dolus pro possessione est. Fieri enim nequit vt non mala fide consumpti sint, & extare desierint fructus quia mala fide percepti fuot.

ERROR IV.

De vindicatione aut condictione fructuum à malæ fidei possessore perceptorum ex fundo pignorato, & pignoratorum. Ad d. §. cùm prædium.

QVa de causa non magis mirari quis possit, Cur non competat domino aduersus malæ fidei possessorem vindicatio fructuû quoque perinde ac fundi, Non quidem consumptorum, quorum scilicet vindicatio est omnino impossibilis, vt cæterarum rerum omnium quæ non sint præsentes, in quas non potest cadere vetus illa, & solemnis formula vindicationis. *Hanc rem ex mea iure Quiritium esse aio*, sed extantium. Illud enim vtique certum ést non magis vindicari posse fructus extantes, qui à prædone percepti sunt, quàm consumptos, sed officio tantùm iudicis æquè omnes restituendos esse *d. l. certum 22. Cod de rei vindic. §. 1. de offic. iud.* Et tamen negari non potest, quin generaliter verum sit fructus omnes etiam industriales iure soli potiùs quàm seminis percipi *d. l. qui scit 25. §. 1. de vsur.* Nec in prædone vllam esse bonam fidem quæ facere debeat, vt ab eo iure recedatur in fauorem possessoris. Verùm respondendum est ex eo ius hoc proficisci, quod iam suprà diximus, quemadmodum dominia omnia cœperunt à naturali possessione *l. 1. D. de acquiren possess.* ita vix est vt quis dominus fieri possit eius rei quam ipse nunquam possederit, si eos casus excipias, quibus dominium sola legis potestate citra vllam traditionem transfertur *l. 1. in fin. & l. 2. D. de Publ. in rem act.* Atqui dominus fundi nunquam possedit fructus à possessore fundi, quantumuis mala fide perceptos, Ergo dominus eorum neque fuit vnquam, neque esse potuit. Idcóque nec extantes vindicare potest, nec per se ac separatim condicere quorum scilicet dominium quod nunquam habuit, nunquam amisit, (condictio namque ei demùm competit, qui dominus aliquando fuit & esse desiit,) Sed tantùm

tùm vindicando fundum ipsum id assequi, vt simul cum fundo ipsi veniant officio iudicis in restitutionem. Quòd cùm ita sit, illud adhuc mirum est, Quanam ergo ratione fiat vt de fructibus tantùm fide percepti loquatur Papinianus *in d. §. cùm prædium*, si in fructibus à malæ quoque fidei possessore perceptis eadem illa iuris ratio locum habeat, quòd nunquam fuerint debitoris. Quomodo enim fieri potest vt in iis pignus fuerit vtiliter constitutum, Aut si nunquam fuit, vt tamen per vtilem Seruianam petere creditor eos possit? Atque hinc sanè intelligimus tantò manifestius verum esse quod contendimus Papinianum de consumptis fructibus loqui non potuisse, Cum in iis distinctio illa malæ & bonæ fidei locum habere nullum possit. At neque quæstio de hypothecaria, siue directa, siue vtili, quando quidem prius est, vt ea res extet, quæ pignori data est, quàm vt eius persecutio per hypothecariam, siue directam, siue vtilem competere possit: Cum hypothecaria, siue directa sit, siue vtilis semper in rem sit, quæ nulla est si extare desierit, licèt fuerit aliquando. At extantium fructuum alia ratio est. Quamuis enim commune illud habeant cum iis qui consumpti sunt quòd nunquam debitoris fuerunt, & idcircò non magis in his quàm in illis pignus constitutum dici potest, hoc tamen habent dissimile quòd sunt illi ipsi fructus, de quibus vt pignori essent conuenit, ac proinde cùm adhuc in rerum natura sint, nihil vetat eorum persecutionem dari per hypothecariam non quidem directam, quia non magis ius pignoris in iis constitit, quàm si consumpti proponerentur: Sed vtilem propterea quòd non debeat melior esse conditio possessoris, ob id quòd eos mala fide perceperit, nec deterior creditoris ob eam caussam quòd debitoris nunquam fuerint, qui eos percepturus fuerit, si nihil in iis percipiendis mala fide factum fuisset, & cui etiam post consumptionem restitui adhuc officio iudicis debeant, Vt quandiu ius debitoris, quantum ad eos fructus pertinet, non omnino peremptum est, tandiu ius quoque creditoris qui conuenit de pignore, durare intelligatur. Quæ ratio cùm tota ex æquitate sumpta sit, ex qua etiam ceteræ omnes vtiles actiones æstimantur, non perinde vsurpari potest contra bonæ fidei possessorem, qui licèt de extantibus fructibus quos bona fide percepit, ipsi domino eidémque debitori restituendis officio iudicis teneatur, quandocunque fundum ab eo vindicari contingat. Cùm tamen interim dominus factus sit, & quidem ita vt ab eorum restituendorum periculo immunis fieri possit, siue eos consumendo, siue possidendo tanto tempore quanto vsucapturus esset, si legitimus eorum dominus factus non fuisset, nulla æquitatis ratio est propter quam permittendum sit creditori, cui mera iure ratio prorsus obstat, vt eum inquietet, quia quod habet ius debitor in percipiendis fructibus, vt penè dominij loco sit, non ex persona illius habet qui fundum fundique fructus dedit pignori, sed ex propria, propter suam bonam fidem quæ hoc fauore, & priuilegio digna visa est. Cessante igitur hoc fauore qui proculdubio nullus esse potest in malæ fidei possessore, danda vtique est vt hypothecaria creditori, non in fructus consumptos, qui iam nulli sint, sed in extantes, nec directa tamen, sed vtilis, ex æquitate scilicet, deficiente iure. Quemadmodum non aliis non paucis casibus euenit, vt hypothecaria quæ competere directa non potest ob rationem aliquam iuris, quæ constitutionem pignoris ab initio impedierit, detur tamen vtilis, si æquitas aliqua sit, quæ suadeat, vt pignus quod directò non constitit, ex postfacto conualescat, vt in specie *l. rem alienam 41. D. de pignor. act. l. si Titio 22. D. de pignor. l. cùm res 5. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Et ob id nimirum *in d. §. cùm prædium*, loquitur Papinianus de vtili Seruiana, non vt significet quasi Seruianam, quæ ipsa nihil nisi directa hypothecaria est, sed vt hypothecariam vtilem, cùm de directa dubitari non oporteret, quin competere nullomodo posset. Ratio autem illa *qui nunquam debitoris fuerunt*, non tam eò pertinet, vt intelligamus cur in eos fructus non detur vtilis hypothecaria, Quàm ne quis putaret directam quoque posse competere, ob id, quòd quæstio pignoris nulla cum iure dominij societate coniungatur. Directa namque ideò non competit, quia fructus illi quamuis ab eo fuerint primùm obligati, qui dominus fundi fuit, eósque obligandi ius habuit, nunquam tamen ipsius fuerunt, quod necesse erat vt pignoris obligatio de iis vtiliter constituta suum in iis effectum habere posset. Et hæc iuris ratio communis est omnibus fructibus à quocunque, siue malæ fidei possessore perceptis, & siue extantibus, siue consumptis, nisi quòd in consumptis hoc amplius est, quòd pignoris persecutionem admittere nunquam possunt, nec si debitoris qui eos obligauit, aliquando fuissent. At si quæras cur nec vtilis hypothecaria danda sit, alia ratio quærenda est, quæ non ex mero iure sumatur sed ex æquitate, & quæ proinde bonæ fidei possessori soli fauere debeat, non etiam prædoni, vt *in l. penult. in fin. D. ad SC. Trebel.* Et quam tamen non possis ad fructus consumptos extendere, ne quidem in persona prædonis, aut alterius cuiuslibet malæ fidei possessoris propterea quòd cùm fructus consumpti sunt, per rerum naturam ipsam fiat, ne pignoris iure vindicari possint, tametsi restituendorum ipsorum æquitas non deesset, si natura pateretur. Vnde apparet quàm ineptè post Accursium Bartolus ad Papinianum distinguat, an bona, an mala fide fructus consumpti sint, sic enim ille *ad l. si fundus 10. §. in vindicatione num. vltimo. D. de pignor.* Quasi vno casu magis quàm alio fieri possit, vt pignoris iure vindicentur. Quod sanè falsum est, non modò si tractes de fructibus, qui à possessore vel bonæ vel malæ fidei consumpti sunt, qui casus ideò minorem dubitationem habet, quia debitoris nunquam fuerunt, sed etiamsi de fructibus perceptis & consumptis ab ipso debitore, quos certum est non solùm vindicari non posse post consumptionem, ipsa rerum natura repugnante, sed neque officio iudicis de hypothecaria cognoscentis venire posse in restitutionē: Tametsi velis addere, & perceptos & consumptos fuisse post litem contestatam: quia vt in superioribus ostendimus litis contestatio facta in hypothecaria contra ipsum præsertim debitorem sicut dominium debitori eripere non potest, ita neque malam fidem inducere in persona illius qui dominus manet, vt ad restitutionem fructuum cōsumptorum quasi extantium obligatus dici possit. Non enim quod dicimus, eos fructus per Seruianam peti non posse qui debitoris nunquam fuerunt, facere debet, vt è contrario argumentari liceat, Peti ergo posse omni casu omnes qui fuerint aliquando debitoris Illud enim propterea semper requiritur, vt extent, Alioqui neque vindicari possunt, siue pignoris, siue dominij iure, neque condici per eum, cuius nunquam fuerunt. Vt autem etiam extantes peti non possint per directam hypothecariam, illa ratio facit quod nunquam fuerint debitoris. At vt neque per vtilem illa sola, quòd æquitas, quæ contra dominium ipsum, eundémque debitorem fauet bonæ fidei possessori, multò magis fauendum esse suadeat contra creditorem, qui non plus iuris habere quàm dominus ipse potest, Dominus autem minùs iuris habet quòd ad percipiendos fructus, quàm bonæ fidei possessor qui hac parte domini

loco

locoëst, vt interim fructus suos faciat perceptione sola citra consumptionem. Superueniens enim consumptio, neque affert, neque auget acquisitionem sed acquisitioni addit lucrum, vt nunquam eos restituere teneatur, quasi exinde non iam interim, vt antea, sed absolutè suos factos. Longè namque aliud est fructus acquirere, aliud lucrari l. 4 post literam D. fin. regund. in quo totius quæstionis huius & cardo & exitus versatur. Cæterum sola perceptione fructus omnes etiam naturales acquiri bonæ fidei possessori, & quidem pleno iure, vt scriptum est in d. l. in pecudum 28. De vsur. id est vt interpretati sumus nulla expectata aut vsucapione aut consumptione. Ex eo quoque potest intelligi quod ibidem Caius æquiparat bonæ fidei possessorem fructuario, quem nemo vnquam dixit, non prius suos fructus facere, quam eos consumpserit, Cùm tamen minus iuris habeat, quàm bonæ fidei possessor quod ad instans & celeritatem acquisitionis, vt diximus ex dict. leg. si fructuarius messem 13. D. de quib. mod. vsusfruct. amit. Nisi quod bonæ fidei possessor ab initio suos quidem facit sola separatione a solo ante perceptionem, & quisquis ille sit qui eos separauerit, adeóque pleno iure, sed interim tantum fructuarius verò non quidem ante perceptionem, sed exinde & pleno iure & absolutè. Illa quoque secunda nostrorum distinctio circa fructus in actione hypothecaria officio iudicis restituendos omnino improbabilis est, An de fructibus naturalibus tractemus, an de industrialibus quos possessor ipse seuerit. Quasi facilius permittendum sit in eo actionis genere, vt fructus naturales in restitutionem veniant, quam industriales. Nam quemadmodum ius bonæ fidei possessoris in omnibus percipiendis fructibus æquale est omnesque pari modo statim atque à solo separati sunt, acquiruntur ei interim pleno iure d. l. bona fide 48. De acquir. rer. domin. d. l. in pecudum 28. D. de vsur. Ita & fatendum est non plus iuris habere creditorem agentem hypothecaria ad iudicis officium extorquendum pro fructibus naturalibus, quàm pro industrialibus, siue extent, siue consumpti sint, Cùm omnes possessoris lucro cedere debeant, etiam qui post litem contestatam percepti sunt, nec tantum in bonæ fidei possessore id obtinet, sed etiam in prædone, dummodò non sint fructus ipsi specialiter obligati, vt in d. §. cum prædium l. 1. D. de pignor. Sed huius distinctionis inducendæ causam sumpserunt interpretes ex eo, quòd putant, In alia quæstione illa De fructibus a bonæ fidei possessore perceptis adhibendam esse distinctionem inter fructus industriales & naturales, Vt industriales quidem statim pleno iure acquirantur omnimodo bonæ fidei possessori, naturales verò non aliter, quam si consumpti sint. Nec enim aliter sibi visi sunt posse conciliare tot iuris locos, qui secum inuicem pugnare videntur. Nos longè aliter lib. 3. Coniect. cap. 17. nec nos adhuc pœnitet nostræ sententiæ.

19 **ERROR V.**

De actione Pauliana.

Redeundum nobis iam est ad institutum tractatum de actionibus arbitrariis. Nec enim absolutus esse potest quousque de omnibus his actionibus, quæ in hoc numero sunt aliquid dixerimus. In quarum numero an Pauliana censeri debeat quæ aliquando reuocatoria alienando fraudatoria appellatur nonnulli dubitant, ob id potissimum quod eam inter arbitrarias non enumeratam [illegible] uus in §. præterea in l. ff. de act. Sed debili argumento cum eo loci profiteatur Iustinianus, non omnes arbitrarias à se numeratas esse, [illegible] quas quasdam nonnullas inuenire enumeratas fuisse, [illegible] deque arbitrarias, tam in rem quam in personam, in quibus omnibus permittitur arbitrio iudicis ex bono & æquo secundum cuiusque rei [illegible] actum est naturam æstimare, quemadmodum [illegible] in rem sit, vt idem Iustinianus credidit in §. autem si quis in fraudem cred. sive in personam, vt non [illegible] dimus, & ex vera ratione conie [illegible] dissputauimus lib. 10. Coniect. cap. 16. [illegible] illam arbitrariam, dummodò arbitrium [illegible] nomen ei conuenire possit. Cùm [illegible] arbitrariarum nomen ex eo sumpserint, quod [illegible] arbitrio pendeat, videamus an in actione P[auliana] sit aliquod arbitrium, & quale demum [illegible]. Arbitrium aliquod esse negari non potest [illegible] ctum etiam vt iudex de hac dat[a] actione [illegible] dicatur l. ex his 8. D. quæ in fraud. credit. post [illegible] stionem quam Paulus ex Proculo in[illegible] dente proposuerat, si debitor in fraud[em] cred[itorum] minore pretio fundum scienti emptori v[endiderit], deinde hi quibus de eo reuocando a[ctio] [illegible] an pretium restituendum esse fundi m, etiamsi pretium non soluatur, subiungit Venuleius [illegible] hoc accipiendum, vt ne quidem portio v[illegible] [illegible] edenda sit ex pretio, Posse tamen [illegible] iam tem apud arbitrum ex causa animaduertendam, Vt si nummi soluti in bonis extent, id est siue extent [illegible] ipsi qui soluti sunt, siue aliquid ex iis comparatum sit, propter quod videri possint retenti in corpore patrimonij, vt in l. idem seruandum 72. De legat. 2. iubeat arbiter eos reddi, vt ea ratione neuter fraudetur. Dixi apud arbitrum, quia sic legendum puto, nòn vt vulgò apud arbitrium. Sequitur enim iubeat eos reddi, quæ verba non nisi ad personam arbitri referri possunt. Cur verò arbitrium dixit Venuleius, nisi vt significet pendere ex iudicis dari arbitrio, ad quem modum ex bono & æquo satisfieri actori oporteat: Sed hoc ipsum apertiùs expressum est ab Vlpiano in l. ait Prætor 10. §. & fructus 20. eod. tit. vbi ait, & fructus non tantùm eos qui percipi à fraudatore potuerunt, venire in hanc actionem, sed cum aliquo modo & temperamento, licet vt sumptus facti deducantur, nam arbitrio iudicis imquit, non prius cogendus est rem restituere, quam si impensas necessarias consequatur. Idemque probandum esse etsi quos alios sumptus, id est non necessarios, sed vtiles tantùm aut voluptarios ex voluntate fideiussorum debitoris, creditorúmque fecerit. Sic enim lego & intelligo quod scriptum est in fine eiusdem paragraphi. Ex quo euidentissimè apparet in huiusmodi actione fieri restitutionem arbitrio iudicis, & consequenter non nisi ex bono & æquo, siquidem arbitrium omne iudicis semper bonum & æquum esse oportet. Nec illud minus obseruatione dignum est quod necessarias duntaxat impensis arbitrio iudicis deducendis Vlpianus ibi loquitur, Contra errorem Cuiacij, Molinæi & aliorum existimantium, In quæstione illa De impensarum repetitione in rem alienam factarum siue a bonæ siue à malæ fidei possessore, Nullam ex æquitate constituendam esse differentiam inter possessores, sed tantùm inspecto iuris rigore, Vt si metum ius inspicias nullas prorsus impensas deducere aut retinere possit malæ fidei possessor, quòd sibi debeat imputare, qui sciens in rem alienam impenderit, Ex æquitate tamen omnium deductio ei permittenda sit saltem vtilium, ne contra natura-

lem

lem æquitatem ex aliena iactura petitor locupletetur *l. plane 37. D. de hered. pet.* Nam imò vero ipsa quoque iuris ratio nedum æquitatis facit, vt necessariarum impensarum rationem haberi semper oporteat, etiam in persona prædonis, siue alterius cuiuslibet malæ fidei possessoris, cùm impensæ necessariæ illæ demum sint, quæ si factæ non essent, res aut omnino peritura, aut futura deterior fuisset *l. impensæ necessariæ 14. D. de impens. in reb. dot. fact. l. impensa 79. De verb. sig.* ob idque præcipuo quodam fauore, ac priuilegio dignæ existimentur, adeò vt dotem quoque ipsam qua nihil fauorabilius est ipso iure minuant, quoties dotis natura patitur eam diminutionem fieri, hoc est, cùm dos consistit in pecunia numerata, vel in æstimatis corporibus. Nam & idem esset datis quoque in dotem fundis non æstimatis, nisi absurdum esset dicere diminutionem corporum fieri propter pecuniam *l. quod dicitur 5. De impens. in reb. dotal. fact. l. cogi 16. §. unde quæritur D. ad SC. Trebell.* Indeque etiam est quòd si dos tota soluta sit, non habita ratione impensarum, condici potest id quod pro impensis necessariis compensari solet *d. l. quod dicitur 5. §. si dos tota.* Vbi addit Vlp plerisque quidem hoc negare, sed tamen ex æquitate sententiam Marcelli qui primus ita scripsit, sequendam esse negandi quidem causa, non improbabilis illa fuit, quòd expensarum nomine quæcunque tandem illæ sint, & quantumuis bona fide factæ, actio nulla dari solet: sed tantùm retentio *l. si in area 33. D. de cond. indeb.* quia nec fiunt impensæ vnquam eo animo, vt alius obligetur, ne quidem necessariæ, sed ob id potiùs ne si non fiant, teneatur is qui facere illas debuit *d. l. impensa*, aut si de vtilibus loquamur, vt res fiat fructuosior, vel qua alia ratione preciosior. Nunquam autem acquirere sibi actionem quia potest ex eo, quòd non eo animo fecerit, vt alium sibi obligaret *l. in hoc iudicium 14. §. 1. D. commun. diuid.* iunct. *l. non omnis 19. D. de reb. cred.* Sed illa tamen Marcelli sententiæ probandæ minor ratio est, quòd cum impensarum necessariarum compensatio, vt cæterarum rerum omnium quæ compensantur, ipso iure fiat, id est statim atque opposita est, pro facta habeatur *l. si ambo 10. l. posteaquam 21. D. de compensat. l. si constat 4. l. vltim. & pass. C. eod.* pro indebito haberi oportet quod compensari potuit, quasi iam solutum. Quidni ergo condicatur? Sed hoc ad necessarias duntaxat impensas pertinet, non etiam ad vtiles, quarum scilicet compensatio nunquam fit, sed tantùm deductio, quæ in eo maximè differt à compensatione quòd facti est non iuris, factúmque hominis & iudicis necessariò requirit. Retinenda igitur semper est differentia, quam prudentes constanter tenuerunt inter impensas necessarias & vtiles, siue de bonæ fidei possessore tractemus, siue de malæ fidei possessore & prædone. Verùm hoc obiter dictum sit. Ergo in Pauliana actione tale arbitrium iudicis esse debet, vt non priùs cogatur reus, idémque possessor rem restituere, quàm impensas necessarias consecutus sit, non adhibita distinctione illa, An ex voluntate fideiussorum debitoris creditorúmque eas fecerit, an non, quomodo distinguendum necessariò est in vtilibus, cùm ab eo factæ sunt, qui acquisiit in fraudem creditorum, & qui Pauliana conuenitur. Id enim nunquam bonæ fidei possessor est licèt sit dominus, cùm ab initio sciuerit aut scire debuerit futurum vt rem illá restituere quandoque teneretur. Et ideò æquum non est vt impensarum deductionem illam habeat, nisi cùm ex eorum voluntate factæ sunt contra quos deductio postulatur, Vt solemus dicere de vtilibus impensis in res dotales factis *l. vtilium 8. D. de impens. in res dot. fact. l. vnic. §. taceat versic. sed nec ob impensas C. de rei vxor. act.* Nam & similiter maritus licèt plusquàm bonæ fidei possessor sit, cùm sit & dominus, quia tamen impé[n]dit in rem quam scit aliquo casu fore obnoxiam restitutioni, deterioris hac parte conditionis est, quàm cæteri bonæ fidei possessores. Denique Paulian. actionem arbitrariam esse vel ex eo maximè cõstat quòd arbitrariarum actionum natura & definitio ei conuenit, cùm in ea sicut in cæteris arbitrariis ita eueniat, vt si reus rem alienatam in fraudem non restituat condemnandus sit, si restituat absoluendus *d. § præterea*, iunct. *l. vlt. § 1. D. quæ in fraud. credit.* vbi Venuleius ait, si à socero fraudatore sciẽs is gener acceperit dotem, teneri eum hac actione, & si eam restituerit desinere illum dotem habere, nec quicquam emancipatæ, diuortió facto restituturum, quia hæc actio inquit, rei persequendæ gratia non pœnæ nomine datur, ideóque absolui solet reus si restituerit. Ergo è contrario condemnari si non restituat, sc. ad id quod interest actoris, vt solent dari actiones omnes in factum, In quo genere hæc quoque continetur *l. hæc in factum 14. eod. tit.* vbi Vlpianus scribit hac in factum actione non solùm dominia reuocari, verùm etiam actiones restaurari. Ea propter competere hãc actionem etiã aduersus eos quibus actio competit vt actione cedant, non minùs quàm aduersus eos qui res possident vt restituant. Sed enim lego detracta negatione quæ abundat in illis verbis *qui res non possident.* cùm actio ad restituendum nunquam dari possit, contra eum qui restituendi facultatem non habet *l. officium 9. in fin. D. de rei vendic.* nisi cùm per eum factum est ne habeat puta si dolo malo desierit possidere, quo casu pro possessore, & habetur & condemnatur. Idémque in reuocatoriis omnibus iuris est, per quas scilicet quamuis in personam sint, res tamen ipsa potiùs quàm persona conueniri intelligitur, vt Papinianus in specie non valde dissimili loquitur *in leg. denique 19. D. de iur. fisc.* Sed maximè cùm agitur de reuocando dominio, vt *in d. l. hac in fact.* quod sicut non nisi per traditionem admittitur, *l. traditionibus 20. C. de pact.* ita nec sine traditione restitui potest, nec rursus à non possidente fieri traditio, quæ ipsa nihil nisi translatio possessionis est. Et certè quid absurdius dici potest, quàm dari actionem reuocatoriam contra eos qui non possident vt restituant? Aut quonam obsecro colore posuisset Tribonianus actionem Paulianam inter actiones in rem, si pro corporibus posset competere etiam contra non possidentem? Sane pro actionibus quæ quoniam incorporales sunt & in iure consistunt possideri nullomodo possunt, & quæ tamen per hanc Paulianam actionem perinde atque corpora reuocantur, necesse est ius & vt ita dixerim competentiam actionis pro cessione esse, eiúsque cessionem pro traditione. Denique generaliter verum est quod idem Vlpianus scribit *in l. ait Prætor 10. §. præterea generaliter eod. tit.* Ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, siue res sint, id est corpora quæ alienata fuerint, siue obligationes vt perinde omnia reuocentur acsi liberatio facta non esset. Propter quod, inquit, etiam medij temporis commodum quod quis liberatione non facta consequeretur, præstandum erit dum vsuræ non præstentur si in stipulatum deductæ non fuerint, aut ni talis contractus fuit in quo vsuræ deberi potuerunt etiam non deductæ. Nam & hîc quoque vulgata lectio emendanda est quę sic habet *aut si talis contractus fuit*, nisi malis tollere articulum *si* vt eum supplere possis, non solùm, sed cum sua negatione posita in verbis proximè præcedentibus, quibus expressa est conditio illa negatiua *si non in stipulatum deductæ fuerint.* Secundum quam exceptionem duplicem, intelligi necessariò

debet

debet quod Papinianus tractat *in dict. l. denique* 19. *De iur. fisc* non esse præstandas vsuras pecuniæ quæ reuocatur. Nec si eam fiscus ex suo priuilegio reuocet, quoniam inquit, res non persona conuenitur. Et hoc quoque ostendit euidentiùs Paulianam actionem esse arbitrariam, cùm in arbitrariis omnibus iudex arbitrari possit, & debeat ex bono & æquo quemadmodum actori satisfieri oporteat *d. §. præterea.* Æquitas enim non patitur vt extra causam iudiciorum bonæ fidei & alias nonnullas vsuræ debeantur citra vinculum stipulationis *l. 3. C. de vsur. l. Tit. 24. D. de præscript. verb.* Fructuum alia ratio est qui cum sint accessiones naturales faciliùs interpretationem illam æquitatis admittunt vt veniant in restitutionem, non tantùm ex die litis contestatæ, vt in omnibus etiam strictis iudiciis *l. 2. l. videamus 38. §. si action. D. de vsur.* sed etiam antè litem contestatam vt in condictionibus per quas repetit actor id quod eius aliquando fuit *dict. §. si actionem, & in l. debiti 15. D. de condict. indeb.* Veniunt igitur etiam in Paulianam, nec tantùm qui percepti sunt, sed etiam qui percipi potuerunt à fraudatore *dict. l. ait Prætor §. & fructus*, quia per hanc actionem restitui res debet cum sua scilicet causa *§. per hanc ibid.* Sed hoc tamen cum aliqua distinctione. Nam ij demum fructus ante litem contestatam percepti veniunt qui alienationis tempore terræ cohæserunt, quia in bonis fraudatoris fuerunt. Item illi qui post inchoatum iudicium percepti sunt, Medio autem tempore percepti non veniunt, vt neque partus ancillæ per fraudem alienatæ, & medio tempore editus, quia in bonis non fuerunt *d. l. vlt. §. non solùm & seq. eod. titul.* nempe quia hæc actio sui natura reuocat tantùm ea quæ in fraudem alienata fuerunt, in quo numero non possunt esse illa quæ debitor nunquam in bonis habuit quia nec alienari potuerunt, licèt non fuerit ea possessor habiturus si alienatio nulla facta fuisset. Cui non est contrarium quod diximus ex *dict. §. præter* generaliter, perinde omnia reuocari ac si liberatio facta non fuisset, ideóque præstandum etiam esse medij temporis commodum, quod quis liberatione non facta consequeretur. Id enim sicut ad obligationes & actiones pertinet, non ad dominia circa quæ nihil de liberatione tractari potest. ita de fructibus rerum corporalium intelligi non debet, qui quoniam iure soli & dominij percipiuntur *l. qui scit, 25. §. 1. de vsur.* non ad alium pertinere possunt quam ad possessorem qui medio tempore dominus fuerit, eósque suo iure perceperit. Neque verò Pauliana datur eo colore quasi res in fraudem alienata nunquam acquisitoris fuerit, sed quasi sit adhuc hodie in bonis debitoris, vt se reuocari possit & venire in venditionem bonorum debitoris quod fieri non posset si alienatio non reuocaretur inducta huiusmodi fictionis potestate. Quæ fictio cùm sit mendaciũ non nisi ex necessitate induci debet. Necessitas porrò eius inducendæ nulla est nisi quantum ad rem ipsam, quæ aliquando fuit debitoris, non etiam quantum ad fructus qui nunquam eius fuerunt. Exemplo eius quod alibi docuimus, Circa fructus legatorum, Non eandem iuris fictionem in iis locum habere quę locum habet in legatis ipsis, quę vt effectum illum sortiri possint qui necessarius est ad voluntatem testatoris conseruandam, vt recta via transire possint à testatore in legatarium, sic necessariò habenda sunt vt nunquam videantur facta hæredis *l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. De furt.* iunct. *l. si ego 9. §. si rei D. de iur. dot.* At in legatorum fructibus non idem respondemus quia nõ sunt ipsi in legato, ideóque nec ad legatarium pertinent nisi ex die litis contestatæ *l. 1. & tot. tit. C. de vsur. & fructib. legat.* Præterquàm si mora aliqua ante & citra litis contestationem facta sit *l. in minorũ 4. Codice in quibus caus. nõ est ne* [illegible] *in integr. restit. l. Titia Seio 87. paragrapho vsuras D. legat. 2.* Non enim eadem subest necessitas retrofingendæ acquisitionis propter fructus legatorum quæ propter legata ipsa, quorum acquisitio alioqui impediretur si retrofictio illa cessaret. Idem ergo in Pauliana euenit vt alia rei per fraudem alienatę ratio habenda sit, alia fructuum ex ea re post alienationem perceptorum Idque ex æquitate illa quam iudex in arbitrando habere ante oculos debet, cùm æquitas suadeat reuocari quidem alienationem [illegible] de[bi]tore factam in fraudem creditorum, at non etiam acquisitionem fructuũ medio tempore ab emptore perceptorum, qui sicuti nunquam debitoris fuerunt, ita nec ab eo in creditorum fraudẽ alienari potuerunt: Præter id quòd nec bona consecutio est vt eos percepturus fuerit debitor si fundum non alienasset, quandoquidem fieri poterat vt etiam nulla facta alienatione nullos tamen fructus debitor perciperet, si fortè nullam pro iis percipiendis culturam & curã impendere voluisset. Fructus enim tametsi iure soli non seminis percipiuntur, vt diximus, non tamen sine semine, nec sine cultura curâve aliqua percipiuntur *§. si quis à non domino Inst. de rer. diuis.* Ex hoc igitur tãtò magis intelligimus Paulianam actionem esse arbitrariam, in qua nisi arbitrio iudicis res in fraudem alienata restituatur, condemnatio sit, ad id scil. quod interest actoris, Non tamen quanti actor sua interesse in litem iurauerit. Nec enim tale iusiurandum alij vnquam conceditur, quàm ei qui rem suam petit. & ob aduersarij restituere nolentis contumaciam vendere illam cogitur, non etiam ei q[ui] rem alien[a]m persequitur, licèt alienatam in fraudem vt supradicto Coniecturarum loco probauimus. Quinquam in actionibus F[au]iana & Caluisiana, quæ ad Paulianam proximè accedunt aliter vtrumque obseruatur, id est, quod ad fructus attinet, & quod ad iusiurandum in litem, vt sequenti capite dicemus.

ERROR VI.

De actionibus Fauiana & Caluisiana.

PAulianæ actioni de qua proximè diximus simillimę sunt Fauiana & Caluisiana, de quibus nunc dicendum nobis est. Sunt enim ambæ perinde reuocatoriæ, & ad ea reuocanda pertinent, quæ in patroni fraudem alienata proponuntur. Differunt tamen à Pauliana in quibusdam, & ideò videndum est an æquè sint arbitrariæ, & quale in iis arbitrium iudicis esse debeat. Arbitrarias esse fatentur etiam illi qui ex arbitrariatũ numero alias tam multas tollunt, quamuis nulla istarum mentio fiat *in §. præterea Inst. de action.* Et sanè iis non minùs quàm Paulianæ conuenit arbitrariarum definitio, quia pendent ex arbitrio iudicis, ita vt nulla ex iis possit sequi condemnatio aut absolutio iudicis præcedente cui reus parêre vel voluerit, vel recusauerit. Quisquis enim siue Fauiana, siue Caluisiana actione conuenitur ob ea quæ libertus, siue testatus posteà, siue intestatus in fraudem patroni alienauerit iubetur primùm restituere quicquid alienatum est in fraudem quàm ipse participauerit, Tum si restituat & arbitrio iudicis pareat absoluendus est, si non pareat condemnandus. Et quidem arbitrium iudicis aliquot in his actionibus interuenire (de vtraque enim simul loquor, quia inter se conueniunt in omnibus nec in alio differunt, nisi quòd facto testamento Fauiana locum habet, Caluisiana autem liberto mortuo intestato *l. 1 §. aduersus l. 3. § patronum & seq. D.* [illegible]

in fraud.patr.l.2 C.eo. (satis apertè docet Vlpianus *in d.l. 1. §. si quis in fraudem*, vbi quæsit, si quis in fraudem patroni rem aliquam vendiderit, vel locauerit, vel permutauerit, quale debeat esse arbitrium iudicis, Et ad quæstionem respondet, adhibendas esse multas distinctiones, de quibus nunc tractare nihil attinet, sed ex quibus tamen apparet, arbitrium iudicis tale semper esse debere vt res quæ in fraudem alienata sunt restituatur patrono, sed adhibitis pro circumstantiarum veritate plerisque temperamentis æquitatis, cuius præcipua ratio haberi solet in actionibus arbitrariis quod ad arbitrium duntaxat, non etiam quod ad condemnationem vel absolutionem, quæ certa semper est non in arbitrio iudicis posita, vt in præcedentibus explicauimus. Debet enim iudex pro arbitrio suo æstimare ex bono & æquo quemadmodum actori satisfieri oporteat, vt scriptum *est in dict. §. præterea.* sed si arbitrio non pareatur, tum verò non modò præcise & distinctè, sed etiam seueriter condemnare illum debet, Ita vt dici quodammodo possint actiones arbitrarias, quæ nec bonæ fidei sunt nec stricti iuris, medium quodammodo locum inter has, & illas tenere, vt ratione arbitrij sint veluti bonæ fidei, quatenus bona fides æquitatem semper admixtam habet, stricti verò iuris ratione condemnationis. Non quasi minùs plena semper in iis fiat condemnatio, quæ religioni & sacramento actoris plerumque permittitur vt vindicatione, Publiciana, & aliis nonnullis, qua condemnatione grauior alia via vlla esse potest, sed quoniam non est in arbitrio iudicis vt ex legibus debitæ condemnationi addat quicquam vel detrahat, siue talis actio sit in qua iurari in litē oporteat, siue talis quæ condemnatione aius quod interest, aut alia leuiore contenta sit. Eòdem pertinet quod idem Vlpianus scribit *in dict.l.1.§.si ferme eod. tit. si quis in fraud. patron.* Si seruo meo vel filiofamilias libertus in fraudem patroni quid dederit, cōpetere Fauianum iudiciū aduersus me, vel aduersus patrem, & ita quidem competere, vt debeat sufficere, nec præterea necesse sit deductionem de peculio & de in rem verso, quoniam arbitrio iudicis continea tur tam id quod in rem versum est condemnandi quàm id quod in peculio, id est quòd iudicis arbitrium tale esse debeat, vt iubeat dominum vel patrē actione Fauiana conuentum id omne præstare quod alioquin ordinariis actionibus De peculio, vel De in rem verso præstare teneretur. Quidni enim arbitrio huiusmodi contineatur ex æquitate, quicquid in actiones illas venirer, quæ sicuti sunt prætoriæ, ita æquitatem semper pro causa habent? Obseruandum verò est, quod condemnandi verbo Vlpianus vtitur, cum de arbitrio tractat, Non quasi arbitrium iudicis in arbitrariis verè condemnatio sit, quod nos negauimus, sed quia condemnationis vim & effectū obtinet, si ei parere velit reus, cùm eo casu nihil nisi absolutio sequi possit, nec actor aliud consequi quàm quod in arbitrium fuit deductum, Vt proinde condemnationis quodammodo vicem sit, Quandoquidem nec alius condemnationis effectus esse potest, nisi vt satisfiat actori. Quod etiam sensu accipi debere videtur, quod Paulus scribit *in l. & ex diuerso 35 §. 1. D. de rei vindic.* Vbi alienum fundum petij & iudex sententia sua declarauit meum esse debere illum etiam de fructibus eodem errore possessorem condemnare, id est sic arbitrium concipere vt iubeat possessorem non modò fundum sed etiam fundi fructus restituere, vt posteà vel absoluere eum possit vel condemnare. Sicut & *in l. qui restituere,* Tribonianus sub Vlpiani nomine scribit, si is qui restituere iussus est, arbitrio non paruerit cùm posset, & ab eo manu militari possessio translata sit, adhuc tamen fructuum & omnis causæ nomine condemnationem fieri oportere. Sensus enim est debere arbitrati iudicem vt fructus omnes restituantur, & omnis causa, ac ni restituantur, condemnare eum eo nomine, ad fructuum scilicet, atque omnis causæ æstimationem, & si quid præterea ex hac causa interest, Non autem, vt ad fructuum restitutionem recta, nulloque præcedente arbitrio reus condēnetur. Debet enim id fieri per arbitrium non per condemnationem, nisi quatenus arbitrium, vt diximus, condemnationis loco est. Idem in Fauiana actione contingit vt quoniam arbitraria est arbitriū iudicis contineat de fructibus quoque restituendis, Nec tantùm de iis, qui post litem contestatam percepti sunt, de quibus tractat Vlpianus *in dict. l. 1. §. vlt.* (nam & in quamlibet actionem quantumuis strictam illi veniunt *l. videamus 38. §. si act. D. de vsur.* Sed etiam de præteritis, id est qui ante litem contestatam percepti fuerint vt ex Marciano subijcitur *in l. 2. eod. tit. si quid in fraud. patron.* quoniam Prætor omnem fraudem libertorum, vt ea lex ait, vult rescindere, quam tamē non in totum rescinderet si maneret illa, quod ad fructus præteritos, impunita. Quod tamen mirum videri possit ex iis quæ diximus superiore capite de Pauliana in quam non alios fructus venire docuimus, quàm qui vel post acceptum iudiciū percepti sint, vel fundo cohæserint tempore alienationis in fraudem creditorum factæ, & ita in bonis debitoris aliquando fuerint *l. vlt. §. non solum & § fructus autem D. quæ in fraud credit.* Nam cùm vtraque actio tam Fauiana & Caluisiana, quàm Pauliana sit reuocatoria eorum, quæ in fraudem alienatæ sunt, nec in alio differre videantur, quàm quòd per Paulianam ea tantùm reuocantur, quæ in fraudem creditorum alienata probantur, Per Fauianam verò & Caluisianam ea, quæ in fraudem patronorum. Difficile videtur dicere cur plenior sit quantum ad fructus Fauiana & Caluisiana, quàm Pauliana. Præsertim cùm creditorum causa tantò fauorabilior videri debeat quòd certant illi de damno vitando Patroni verò succedentes libertis de lucro captando. Nam & ind. est, quod in ipsa etiā actione Pauliana multum interest placeat an in fraudem eorum facta sit alienatio qui sint creditoris ex causa onerosa, an in eorum qui ex causa lucratiua, vt puta donationis *l. quod autem 6. §. similimodo D. quæ in fraud. cred. iubet. l. non debet 41. § 1. De reg. iur. l. Ait. § fin verò creditores Cod. de iur. de lib.* Adde quòd ipsum etiam reuocationis nomen ad ea tantùm pertinere videtur quæ alienata sunt, Alienata porrò intelligi nequeunt ea quæ debitoris nunquam fuerunt *l. 1. C. de fund. dotal l. alienationis 28. De verb signif.* Augetur dubitatio ea eo quod inter actiones istas Fauianam & Paulianam Paulus noster nullam hac parte videtur agnoscere differentiam *in d. l. videamus §. in Fauiana,* vt scribit in Fauianā quoque actione & Pauliana fructus restitui, propterea quòd id agat Prætor vt perinde sint omnia atque si nihil alienatū esset: Ideòque in vtraque actione proponenda verbum *restituendi* vsurpauit, quod plenissimam habet significationem vt fructus quoque restituantur. An ergo quod de fructibus præteritis per Fauianam actionem reuocandis scriptum est *in d. l. 2. si quid in fraud. patr.* sic accipiendum erit, vt ad eos fructus coangustetur qui fundo cohæserint tempore alienationis? An potiùs sic Paulum interpretabimur, vt in vtramque quidem actionem veniat restitutio fructuū, sed pleniùs in Fauiana quàm in Pauliana. Posset, *n.* dici pro hac interpretatione, pleniorem esse Fauianā debere, quòd instar vniuersalis actionis habere intelligatur, cùm ab eo exerceatur qui liberi sui successionem iure quodam hæreditario persequitur. In petitione autem hæreditatis constat venire fructus, non tanquam accessiones, sed tanquam portionem

[1] nem aliquam hæreditatis,quæ,cùm in iure consistat, [2] argumentum recipit,& diminutionem *l. item veniunt* 20. *§. item non solum*, iunct. *l. hered.* 50. *& l. seq. §.* 1. *D. de petit. hered.* Sed tamen si verum amamus, fatendum est multùm distare petitionem hæreditatis siue ciuilem,siue prætoriam & possessoriam quæ datur bonorum possessori à Fauiana & Caluisiana, quæ speciales actiones,sunt,non de vniuersitate,& ad reuocanda tantùm ea competunt, quæ in fraudem alienata sunt,non etiam ad vindicandum liberti successioné, quamuis neutra competat nisi mortuo demo liberto siue testato, quæ Fauiana est, siue intestato quæ Caluisiana At neque verum est in petitione hæreditatis quamlibet venire fructus omnes qui venirēt in petitionem hæreditatis ciuilem. Excipienda enim est fideic. in quā constat non venire fructus nisi ex quo die moræ restitutioni facta est,quoniam qui rogatus est hæreditatem restituere id tātùm videtur rogatus reddere quod fuit hæreditatis Fructus autē non hæreditati sed rebus hæreditatis accepto ferūtur, vt eleganter & subtiliter ratiocinatur Vlp. *in l. in fideic.* 18. *D. ad SC Treb.* Verius igitur est, quod de fructibus quoque præteritis per Fauianā & Caluisianā reuocandis scriptum est à Marc. *in l. si quid in fraud. patr.* de iis duntaxat fructibus esse accipiendum qui fundo cohæserint tempore alienationis in fraudem patroni factæ, ita vt quod ad fructus pertinet nulla sit differentia inter Fauianam,aut Caluisianā & Paulianam. Et sanè dici non posset cur de fructibus post litem contestatam perceptis locutus esset Vlp. *in d. l.* 1. *§. vlt.* si de omnibus præteritis fructibus idem sentiendum existimasset At quoniā in iis quoque fructibus fraus facta intelligi debet qui tēpore alienationis in fraudem patroni factæ fundo & terræ cohæserunt, fuit subiungendū ex Marciano *in d. l.* 1. præteritos quoque fructus in Fauianam & Caluisianā venire quatenus Prætor omnem libertorum fraudem vult excludere. Quæ ratio satis ostendit non esse adeò generaliter accipiendam Marciani sententiā vt ad fructus omnes præteritos referatur, quasi inde mira semper æquipollere debeat vniuersali,cùm ratio sit specialis & ad eos tantùm fructus accommodata qui debitoris aliquando fuerunt: in quo numero non alij censeri possunt,quàm qui alienationis tempore in rerum natura,& veluti pars quædam fundi extiterunt [illegible] enim ab eo tempore percepti sunt vsque ad dictæ Fauianæ actionis iudicium, neque tanquam principale quid in actioné & condemnationem venire possunt,cùm alienati nunquam fuerint,neque tanquam accessione cùm eos possessor perceperit iure suo vtpote factus dominus per acquisitionem quamuis factam in fraudem patroni. Nec enim fraus liberti etiā participata ab emptore impedit translationem dominij,alioqui non esset tractandum de reuocatione, si alienatio nulla præcessisset. In eo planè melioris cōditionis est patronus agens. Fauiana vel Caluisiana, quàm sit creditor agens Pauliana,quòd creditori non aliter Pauliana accōmodatur,quàm si probet non tātum à debitore captato fraudis consilio factam esse alienationem,sed etiam ab eo emptore participatam esse fraudem, aut factam esse alienationem ex causa aliqua lucratiua,vt supra diximus ex *d. l. quod autem* 7. *§. simili modo D. quæ in fraud. cred.* At Fauiniana, itémque similiter Caluisiana datur patrono probāti factam à liberto quoquomodo alienationem in fraudem,licèt alienatio facta sit titulo qui sit onerosus ex parte acquisitoris, nec probetur acquisitor fraudem participasse. Quicquid enim dolo malo liberti factū esse dicetur siue testamēto facto, siue intestato libertus decesserit quominùs quā pars debita bonorū ad eorum quem perueniat, qui contra tabulas bonorum possessionem accipere possunt,cognoscit prætor & operā dat ne ea res illi fraudi sit,vt præfatur Vlp. *in d. l.* 1. *in prin.* Quod ipsum posteà sic interpretatur *in §. dolum*, vt dolum malum accipere nos oporteat eius,qui alienauit,non eius cui alienatum est. Vnde euenire subiicit, vt qui fraudis vel doli conscius non fuit,carere debeat re in fraudem alienata etsi putauit ingenuum,aut credidit libertinum eum qui alienauit Et hoc est quod mirabile videri sanè debet, Melioris esse conditionis patronum reuocante ea quæ in ipsius fraudem alienata sunt à liberto, quam si creditor in reuocandis alienatis per debitorem,cùm certet patronus de lucro captando, creditor autē de damno vitādo: Contra quam in cæteris personis seruari soleat et supradicta iuris regula. Sed exceptionis huius & diuersitatis ratio petenda ex eo est,quòd beneficiū libertatis quam à patrono libertus accepit incōparabile sit,& consequenter multò fauorabilius, quàm pecuniæ debitori creditæ à creditore,quandoquidem per eam libertatis dationem factum est vt ab eo tempore capax fuerit acquisitionis libertus qui alioqui mansisset incapax,& omnia quæ sibi acquisiit,pristino domino nūc patrono acquisiuisset. Non enim debet beneficium patroni esse illi captiosum aut onerosum *l. filio* 9. *D. vt leg. seu fideic. seruand. caus. cauear. l. si manum.* 4. *C. de obseq. patr. præst.* Nec vlli permittendum vnquàm est vt obiiciat aduersario factum id ex quo ipse lucrum senserint *l. si extr.* 33. *l. cùm in fundo* 78 *§. quod si mulier D. de iur. dot.* Est igitur fauorabilior patronus quàm alius creditor quilibet in reuocādis iis quæ in fraudem alienata sunt,& quia odiosior est libertus fraudator,quam alius quilibet debitor, & quoniam non tam de lucro captando certat quàm de damno vitando, cùm etiam postquam debitam portionem consecutus fuerit ex bonis liberti, minus tamē sit habiturus, quam fuisset si libertatem seruo non dedisset: quomodo in patre manumissore filij emancipati ratiocinatur Vlp. *in l.* 1. *in prin. D si à parent. quis manu. sit.* Sed & in eo quoque melior Fauianæ itemque Caluisianæ quàm Paulianæ actionis conditio est,quod in Fauiana & Caluisiana si res quæ in fraudem alienata est non restituatur tanti condēnatur reus,quanti actor in litem iurauerit *l. tenetur* § § 1. *D si quid in fraud. patr.* quod de Pauliana nūquam similiter proditum est. Mirabiliùs verò hoc etiā videri debet,siquidem non alij quàm domino rē suā petenti siue per arbitrariā, siue per bonæ fidei actionem permitti solet vt proprio iureiurando litem æstimet *l.* 1. *& a l. tutor.* 8. *D. de in lit. iur. l. si filiofam.* 25. *§.* 1. *D. sol. matr. l. non enim* 9. *D. rer. amot. l. eius rei* 46. *l. nec quasi* 70. *cum l. præced. D. de rei vind.* Atqui certū est ea omnia quæ reuocantur per actiones istas reuocatorias non solum in dominio aut bonis siue patroni siue creditoris non esse,sed nec vnquam fuisse. Cur ergo permittamur patrono Fauianam aut Caluisianam exercenti vt iuret in litem, potiùs quam creditori Paulianam proponenti? Verùm ex eo quoque petenda ratio diuersitatis videtur, quod proximè diximus,Patrono,cuius portioni fraudem facere libertus voluit,per istas actiones succurri non tam quasi creditori quam quasi domino,aut ei saltem qui bonorum alienatorum dominus esse,hodie seruum non manumisisset: Quod de cæteris creditoribus dici non similiter potest, Nec enim si pecuniam tibi non credidissem,eo magis nunc haberem in bonis quod tu in fraudem meā alienasti,nec facit Pauliana, vt res in fraudem alienata fiat in bonis meis etiā post reuocationē,sed tantum vt veniat in venditionē vniuersorum bonorū debitoris,ac si in eius bonis & dominio mānsisset. Et rursū quāuis nulla fuisset à debitore facta alienatio,nihilo magis fructus ex eo fundo percepti ad creditorem pertinerent iure fructuum, nec si extantes proponerentur, sed tantùm in vniuersitatem bonorum venirent, tanquam de bonis essent, & ex bonis, At bona quæ libertus in fraudem alienauit

si alienata non essent reperirentur in bonis & vniuersali successione liberti eo tempore quo patronus vel præteritus vel non habens debitam portionem bonorum possessionem contra tabulas liberti acciperet, atque ita iure quodam dominij, & vniuersalis successionis ad patronum pertinerent. Nihil enim hac parte est inter petitionem hæreditatis ciuilem possessoriam, nisi quòd per hanc vindicatur dominium bonitarium duntaxat, Per illam verò quiritarium *l. 1. & 2. D. de poss. hered. petit.* iuncta *l. 1. D. de bonorum possess.* Cæterùm vtroque casu successionem sibi vindicat qui petitionem hæreditatis instituit. Ergo vtroque casu etiam iurari in litem potest *l. sed etsi 25. §. hæc verba De hered. pet.* Ac proinde tùm quoque cùm agit Fauiana vel Caluisiana licèt non petat hæreditatem neque vniuersali iudicio experiatur, perinde tamen ratio iuris facere videtur vt licere illi debeat iurare, atque si petitione aliqua hæreditatis experiretur, quoniam in summa id petit, quod si alienatum non fuisset, veniret hodie in possessoriam hæreditatis petitionem, atque ita iure dominij saltem bonitarij per patronum vindicari posset. Vt eadem sit ratio patroni reuocantis alienata in fraudem suam, quæ esset si alienatio nulla in fraudem facta fuisset, Nempe quod ad rem ipsam alienam pertinet, non quod ad eius tamen fructus ob eam rationem quam in præcedentibus attulimus.

E R R O R VII.

De actione aquæ pluuiæ arcendæ.

ALiquid dicendum nobis est de hac quoque actione Aquæ pluuiæ arcendæ, de qua tractatus rarior quidem est, sed tantò fortassis vtilior. Illa verò primum occurrit inspectio, An arbitraria sit actio, necne, Quod vbi discusserimus, etiam quæ natura & conditio eius sit, statim apparebit. Arbitrariam esse nemo fortassis ante nos dixit. Imò nec an arbitraria esset fortasse quisquam quæsiit ante illos contra quos disputamus. Illi enim arbitrariam esse audacter negant quod nos contrà affirmamus, Negandi causam duplicem afferunt. Illam primùm, quòd non alias actiones arbitrarias volunt agnoscere, quàm quæ sint ex iurisdictione Prætoris, Hanc autem fatentur esse ciuilem, & ex lege duodecim tabularum descendere. Nam nec *in tot. tit. De aqua & aqua pluu. arcend.* fit mentio vlla edicti Prætorij, nec alio vllo iuris loco hæc actio inter Prætorias nominatur, Imo verò legitima dicitur *in l. si vsusfructus 22. in fin. D. ill. tit.* & ex verbis illis legis 12. tab. *si aqua pluuia nocet* quæ Pomponius refert *in l. Labeo 21. D. de statu lib.* & sic interpretatur, *id est si nocere poterit*, Vt & illa de qua *in l. si per publicum 5. D. ne quid in loc. publ.* Alteram, quòd sicuti actiones familiæ erciscundæ & Communi diuidondo licet arbitraria dicantur, non tamen sunt actiones arbitrariæ, sed inter eas quæ bonæ fidei sunt adnumerantur, *§. actionum Instit. De action.* Ita & actio Aquæ pluuiæ arcendæ arbitrium quidem dicitur *in l. quod Principis 23. §. vltim. D. de aqua & aquæ pluu. arcend.* sed nihilo tamen magis est actio arbitraria, at stricta potiùs vt actio, inquiunt, finium regundorum. Nos verò in contrarium dicimus vtramque actionem istam & Aquæ pluuiæ arcendæ, & finium regundorum arbitrariam esse potiùs quàm arbitrium nudum, nec inter actiones quæ stricti iuris sunt, aut inter eas quæ bonæ fidei, posse computari. Moueor ex eo quòd vtrique actioni conuenit definitio arbitrariarum, nec fieri potest vt actio vlla & arbitrium sit & stricti iuris. Ac primùm de aquæ pluuiæ arcendæ actione videamus, quæ sicuti arbitrium habere illum de ea cognoscit *l. vicinus. 24 in princip. & §. 1 & 2 eod. tit* vbi Alfenus iudicem de huiusmodi actione datum ter arbitrum appellat. Quo nomine etsi non ignoro significari iudicem, etiam qui datus sit in actione bonæ fidei & quæ non sit arbitraria, vt *in l. 1 in princip. D. de vsur. l. vlt. De rem pupill salu. for.* Nego tamen vllo iuris loco significari eum, qui sit iudex actionis strictæ. Quoties enim arbitrium dicimus illum intelligimus, qui ex æquitate cognoscat & iudicet. Quemadmodum neque arbitrium vllum esse potest quod non habeat comitem & admixtam æquitatem, vt in actione De eo quod certo locoquæ peculiari quodã nomine ac iure appellatur arbitraria scribit Vlpian. *in l. quod si Ephesi 4. §. 1. De eo quod cert. loc.* Ideòque nec arbitri, nec arbitrij nomen potest vsurpari cùm de stricti iuris actione tractatur, quia in eo iudiciorũ genere nulla æquitatis ratio haberi potest, sed strictè perueniendum est ad condemnationem nullo præcedente arbitrio, quod in arbitrariis præcedere necesse est, nullàque iudici relicta potestate condemnandi pro arbitrio suo reum aut grauiùs, aut leuiùs, secundum quod negotij æquitas & religio iudicantis suggerere videatur, quod euenit in bonæ fidei iudiciis omnibus *l. quia tantundem 7. D de negot. gest. l. quaro 54. De locat. §. in bonæ fidei Institut. de action* Implicat ergo contradictionem quòd aduersarij volunt, Aquæ pluuiæ arcendæ & arbitrium esse, & actionem stricti iuris. Atqui arbitrium est vt iidem fatentur, nec tamen bonæ fidei actio, vt ex eo constat quod non recensetur inter alias bonæ fidei actiones *in dict. §. actionum.* Ergo cùm neque actio stricta esse possit, consequens est vt sit arbitraria. Stricta enim opponuntur iis quæ sunt arbitraria vel bonæ fidei *in l. 3. §. In his quoque D. de vsur.* Arbitrium autem dicitur, non eo sensu quo actiones etiam Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo arbitraria dicuntur sed propter arbitrium quod interuenire necesse est ac præcedere, vt ob contumaciam rei parere arbitrio nolentis possit sequi condemnatio: quæ natura, & propria nota est arbitrariarum omnium actionum. Idque ita esse ex eo apparet quod scribit Alfenus *in d. l. vicinus 24 §. vltim.* Si fossas quis fecerit ex quibus aqua pluuia possit nocere, arbitrium, si appareat futurum vt aqua pluuia noceat, cogere oportere fossas eum explere, & nisi faceret condemnare. Quid enim hoc aliud est quàm præcedere arbitrium de fossa explenda, & restituendo opere ex quo damnũ timetur, Tum si arbitrio non pareatur, sequi debere condemnationem? Aut quid exprimi apertiùs potuit ad arbitrariæ actionis naturam & essentiam demonstrandã? In cæteris enim actionibus quæ arbitraria dicuntur, nec tamen sunt actiones arbitrariæ non solùm arbitrium nullum est, quod præcedere debeat condemnationem, sed neque facti quæstio vlla est quæ discuti & per iudicis interlocutionem terminari debeat, priùs quàm ad arbitrium perueniatur: Et quamuis in illis iudiciis condemnatio quoque interdum sequatur, non tamen id fit propterea quòd arbitrio iudicis non pareatur vt in arbitrariis, sed ex æquitate & necessitate ipsius arbitrij, quòd in huiusmodi vix vnquam æquum esse potest, quin & adiudicationes fieri necesse sit, & condemnationes *l. 1. in fin. l. in hoc iudicio 27. l. si pignori 29. l. cùm putarem 36. & pass. D. famil. ercisc. l. si quis putant 6. paragrapho idem Iulianus D. comm. diuid.* Itaque arbitrium non tam sequacem quàm comitem habet condemnationem, nec id semper sed tunc tantùm cùm necesse, Absolutionem verò nunquam, quia nunquam arbitrij necessitas,

quæ condemnationem plerumque secum trahit, potest etiam trahere absolutionem. Nec quod in cæteris omnibus paratus sit vnus ex cohæredibus aut sociis parere arbitrio, facere potest vt eo minùs condemnari debeat ab arbitrio, qui alioquin æquitatem in arbitrio tenuare non posset. At in iudicio aquæ pluuiæ arcendæ omnia sunt diuersa. Primùm enim præcedit quæstio illa facti, An opus nouum factum sit, & à quo, & an tale, ex quo damnum aliquod per aquam pluuiam timeri possit *l. 1. & tot. tit. D. aqua & aqua pluu. arc.* Super quo ante omnia & probationes exquirere & pronunciare iudex debet. Quod Alfenus significat non obscurè illis verbis *si appareat futurum.* Quomodo enim apparebit contra negantem si non probetur? Aut quomodo sequi arbitrium poterit, quod æquum videatur De opere restituendo, nisi prius pronunciatum sit de opere facto, & de damno quod per aquam pluuiam ex illo opere timeri possit. Vbi autem de facto cognitum & pronunciatum est, Sequi debet arbitrium per quod iudex arbitretur, iubeat, & cogat reum opus restituere, & fossas explere; *l. quamquam 4. in fine princip. eod.* In quo arbitrio nunquam potest æquitas facere, vt condemnatio aliqua contineatur, quia cùm hæc actio non detur nisi de ore restituendo, necesse est deduci restitutionem operis in arbitrium, vt si arbitrio reus parère volet actori plenissimè satisfaciat citra vllam condemnationem. Quæ cùm semper in pecunia fieri debeat, nunquam restitutionem operis continere potest quam constat in facto non in pecunia consistere. Et ideò prius est vt reus arbitrio iudicis parere recusauerit, quam vt ob eam causam in aliquam pecuniæ quantitatem condemnandus sit. Quòd si iussus opus tollere non pareat, tùm verò sequitur condemnatio in id quod interest actoris, vt Paulus quoque significat *in l. supra iter 11. §. quod si is fundus eod. tit.* in illis verbis *sed si opus restitutum non fuerit non amplius quàm quod pro parte eorum interfuerit opus restitui, condemnationem fieri oportet.* Fit ergo condemnatio non per arbitrium, sed post arbitrium redditum, & per sententiam diffinitiuam, postquam sicuti nullæ supersunt partes iudicis, ita nec ratio vlla euitandæ condemnationis. Sed hic rursus negantur aduersarij, & supradicta verba tam Pauli quam Alfeni referunt ad litis æstimationem, quasi aliud sit litis æstimatio, aliud condemnatio, aut quasi in executione iudicati possit aliqua fieri litis æstimatio, nullo præcedente iudicato. Quæro enim si hæc sententia & condemnatio non est sed potiùs iudicati quædam executio, cùm iudex aquæ pluuiæ arcendæ, condemnat reum ad æstimationem damni futuri quod metuitur ex opere iam facto. Quænam erit obsecro, & vbinam gentium illa sententia quam executioni mandari oporteat? An tùm fortè cùm apparuit & pronunciatum fuit, factum esse opus ex quo timeri possit ne aqua pluuia noceat. Atqui nemo dixerit eam pronunciationem licet facti quæstionem decidat, condemnationem tamen esse, dùm eiusmodi pronunciatione nemo condemnetur, nec quod contra reum ita pronunciatum est, facere debeat quominus adhuc absoluendus sit si fortè aut ante secutum arbitrium, aut posteà paratus sit opus restituere. An igitur tum cõdemnatio facta videbitur, cùm opus restituere cogetur reus id est iubebitur? At ne tùm quidem, quoniam arbitrium illud est non condemnatio licèt proximè accedat ad coodemnationem. Condemnationem esse ex eo intelligamus, quòd nulla talis præcepti sit executio authoritate iudicis, sed ita demùm si reus parère velit. Quo casu tantum abest vt condemnari posteà possit, vel haberi pro iam condemnato, vt è contrario sit absoluendus, quod à condemnatione siue iam facta siue facienda omnino abhorret, cùm fieri nullomodo possit vt eodem iudicio quis & absoluatur & condemnetur. Accedit tamen arbitrium illud proximè ad condemnationem, non ob id solum quòd inter arbitrium & condemnationem nihil intercedat, nec possit intercedere præter contumaciam rei nolentis obtemperare arbitrio. Sed etiam quia tùm quoque cùm reus post arbitrium absoluitur, arbitrium condemnationis quodammodo vice est, quippe per quod consequatur actor id omne quod actione sua persequebatur, perindéque ei satisfiat plenissimè cùm reus arbitrio paret, atque si rei contumacia in non parendo arbitrio condemnationem extorsisset. Propter quam causam dicuntur arbitrariæ actiones dari ad id quod in æquitatem arbitrij deducendum est potius quam ad id quod in rigorem condemnationis. Dantur enim omnes ad rei de qua agitur restitutionem non ad pecuniariam litis æstimationem cui tùm demum locus esse incidit, cùm ob contumaciam rei non parentis arbitrio deueniendum necessariò est ad condemnationem, quòd aliter satisfieri actori non possit. *l. item si 4. alias l. non solùm §. vlt. & legib. seqq. D. de alien. iud. c. mut. caus. fact.*, Est igitur Aquæ pluuiæ arcendæ actio arbitraria cum ea omnia habeat quæ actionum arbitrariarũ naturam & essentiam constituunt. Nec quod à lege 12. tabul. originem traxerit mouere aduersarios debuit vt eam negarent esse arbitrariam, sed potiùs vt admitterẽt, quod volumus, Plerasque arbitrarias esse actiones, quæ tamen sunt ex iure ciuili non ex prætorio, quod & ex iis quæ in sequentibus dicturi sumus clariùs apparebit. Esse autem actionem hanc arbitrariam, manifestiùs constat etiam ex eo quod Vlpianus scribit *in l. si tertius 6. §. officium eod. tit.* Officium iudicis in ea tale esse debere, vt si quidem à vicino cum quo agitur opus factum sit, eum iubeat restituere, damnũque sarcire si quid post litem contestatã contigit. Quòd si ante litem contestatam damnum acciderit, tantùm opus restituere debebit, damnum autem nõ sarciet. In quo obseruanda sunt verba illa *cum iubeat rest.* Iubendi enim verbum arbitrij verbum est non sententiæ & condemnationis. *d. l. quamquam l. qui rest. 68. de rei vindic. l. quod iussit 14. D. de re iudic.* Et quamuis aliis plerisque eiusdem tituli locis scriptum sit arbitrium huius actionis cogere reum debere vt opus restituat, vt *in dict. l. vicinus §. 1. & 2. dict. l. quamquam 4. in princip. & §. idem Iulianus de aqua & aqua pluu. arcend.* Non tamen de præcisa coactione id intelligi debet, qualis illa est quæ fit in executione iudicati, sed de ea quam interpretes causatiuam vocant, id est, Nisi malit ob non restitutum opus in eam quantitatem condemnari quam iudex pro litis æstimatione taxauerit, vt Alfenus explicat *in d. §. sed etsi fossas.* & Paulus *in d. §. quòd si is fundus.* Et consequenter coactio illa nihil nisi iussus est & præceptum iudicis per modum arbitrij citra vllam aut condemnationem, aut absolutionem. Eodémque modo accipi debet, quod subiungit Vlpianus *in d. l. si tertius § Celsus scribit.* Si quid ipse feci quo tibi aqua pluuia noceat, mea impensa tollere me cogendum Si quid alius qui ad me non pertinet, sufficere vt patiar te tollere Sed & obseruatione dignum illud est quod in hac Aquæ pluuiæ arcendæ actione, licèt possit arbitrium iudicis tale esse vt nulla damni ratio habeatur, si. si damnum ante non post litem contestatam acciderit, Nunquam tamen tale esse potest vt non sit iubendus reus opus restituere, itaque tantùm distinctio superest an impensa sua iubendus sit opus tollere, an pati duntaxat vt ab actore ipso tollatur secundum supradictã Celsi & Vlpiani sententiã Semper igitur restituendi necessitas arbitrario cõtinetur.

Nunquam

Nunquam in condemnatione, quia cùm restituere sit facti, nemo autem ad factum præcisè cogi possit, stulta esset condemnatio de opere ipso restituendo: quoniam executioni mandari non posset, ob idque necessariò decurrendum est ad litis æstimationem si arbitrio nō pareatur, quandoquidē æstimanda lis est, non condemnatio, tùm ipsa litis æstimatio deducenda in condemnationem, Vt ridiculi sint, qui eam litis æstimationem pro condemnationis taxatione accipiunt, non animaduertentes condemnationem & sententiam valere non posse quæ sine certa quantitate proferatur *tot. tit. C. de sent. quæ sine cert. quant. profert. l. in sententiis 59. D. de re iudic.* Non posse autem fieri vt certa sit condemnatio quæ condemnatum obstringat ad faciēdum cùm facta omnia tanquam futura quatenus facienda sunt, incerta sint *l. vbi autem 75. §. qui id quod D. de verb. oblig.* Itaque dicimus in omnibus faciendi obligationibus succedere præstationem eius, quod interest *l. stipulationes non diuiduntur 72. l. quoties quis 81. l. cùm stipulatus 113. §. vlt. eod. tit. l. si quis ab alio 13. §. vlt. D. de re iudic.* sed non in faciendi condemnationibus, quia talis condemnatio nulla est. Hinc pendet quòd actio Aquæ pluuiæ arcendæ nunquam competit aduersus eum qui restituendi operis facultatem non habet, puta aduersus eum qui non sit dominus: quia dominus solus restituere opus potest, Inquit Paulus *in l. si colonus 5. D. de aqua & aqua plu. arcend. act. iunct. d. l. quamquam in princip. & §. idem Iulianus.* Adcò vt si is qui opus fecit, potentiori vendiderit prædium in quo factum opus est, quia desierit esse dominus, agi cum eo amplius Aquæ pluuiæ arcendæ non possit, sed agēdum sit cum eo Quod vi aut clam, Quod si annus prætericrit de dolo iudicium dādum erit *leg. Antæus 4. eod.* vbi *quatenus* dixit Paulus pro *quoniā*, vt rationem redderet eius propositionis quæ habet agendum esse in hac specie *Quod vi aut clam.* Quæ propositio negatiuam illam continet. Non igitur competere hoc casu actionem Aquæ pluuiæ arcendæ, quæ scilicet cum interdicto Quod vi aut clam nunquam concurrit, quia honorarium remedium frustra desideratur a qui habet ciuilem actionem *l. 1. D. de public. in rem act. l. in causa. 16. D de minor. l. 2. §. vltim. D. vi bonor. rapt.* quamuis latius pateat interdictum illud quàm hæc actio. Datur namque interdictum de eo damno quod post litem contestatam contigit sicut de eo quod ante. Actio autem non nisi de eo quod postcà *d. l. Antæus §. de eo*, quoniam actio hæc futurum duntaxat damnum respicit vt & actio damni infecti cùm in reliquis ferè omnibus iudiciis præteritum solummodo præstetur *§. in hoc iudicium ead. leg.* Quæ ratio etiam facit, vt si quis priusquàm aquæ pluuiæ arcendæ agat dominium fundi sui cui opus nocet ad alium transtulerit, desinat habere aquæ pluuiæ arcendæ actionem, eaque ad illum transeat cuius ager esse cœpit. Cùm enim damnum futurum contineat, incipiet actio ad eum qui dominus erit pertinere, quamuis cùm alterius dominium esset opus à vicino factum sit. Quomodo ratiocinatur Vlpianus *in d. l. si tertius 6. § si quis eod. tit.* vbi rectè *si priusquam aqua pluuiæ arcendæ agat, dominium ad alium transtulerit fundi*, quia si post venditionem & traditionem quid nocitum sit ei fundo de quo iudicium antè acceptum fuerit, nihilominùs eo iudicio posse venditorem consequi indemnitatem, Non tam quia venditori quàm quia rei venditæ damnum datum sit. Ideóque quod erit consequatur emptori restituere debebit *l. post venditionem 16. eod.* vbi subiungit Pomponius si ante quàm noceatur, is cum quo actum est, vendat, statim id est rectà cum emptore agendum esse, vel intra annum cum eo qui vendiderit si iudicij euitandi causa id fecerit. Planè de eo opere quod post litem contestatam factum sit, nouo iudicio agendum est *d. l. Antæus §. vlt.* quia non potest videri in iudicium venisse id quod post iudicium acceptum accidisset *l. non potest 23. D. de iud.* Sed interdum tamen etiam opus quod post litem contestatam factum est tolletur, id est si aliud iam factum erat quod tolli sine eo non possit vt ex eodem Paulo subiicitur *in l. sequ.* Ratione scilicet conuexitatis, propter quam alia pleraque in iure nostro aduersus communem iuris rationem constituta sunt vt *in l. si tutor. 13. D. de tutel. & rat. distr. l. tutor post puberem 11. C. arbitr. tutel. l. heredes 25. § si vnus ex coheredibus D. famil. ercisc. cum simil.* Sed priusquam tractatum hunc absoluamus, pluribus dicendum nobis est de sententia, & emendatione *d. l. Antæus in princip.* Mihi enim corruptus locus videtur.

ERROR VIII.

De sententia & emendatione l. Antæus 14 D. de aqua & aqua pluu. arc.

OBscurum certè non immeritò videri possit quod superiore capite diximus ex Paulo *in l. Antæus 14. in princip.* Si is qui opus fecerit, per quod futurum sit vt aqua pluuia fundo vicini noceat, potentiori fundum vendiderit, quatenus desierit dominus esse agendum cum eo Quod vi aut clam, Quod si annus præterierit, de dolo iudicium dandum esse. Etsi enim ratio aperta illa est cur hoc casu actio aquæ pluuiæ arcendæ locum habere non possit, quoniam non nisi cum operis domino hæc actio exerceri potest *l. quamquam 4. in princ. & §. idem Iulianus D. eod. tit.* Mirum tamen videtur quod non dat Paulus actionem in factum ex edicto De alienatione iudicij mutandi causa, præsertim cùm tractet de alienatione facta in potentiorem, Ex qua causa maximè solet ea actio dari cùm hac ratione fiat semper durior conditio aduersarij quia potentioribus pares esse non possumus inquit *l. 3. in princip. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Præter id quod sufficeret factam esse dolo malo alienationem iudicij mutandi, aut euitandi gratia vt illi edicto locus esse posset *l. post vendit. 16 in fin. D. de aqua & aqua pluu. arc* Tractari autem à Paulo eam speciem in qua venditio facta sit dolo malo, apparet ex eo quod subiungit, si annus præterierit, iudicio de dolo dandum esse contra venditorem. Semper enim actio de dolo supponit dolum, sine quo competere nunquam potest. Porrò fieri nequit vt dolo malo fiat alienatio ab eo qui iam accepit iudicium, quin fiat mutandi iudicij causa, vel euitandi si ponas nondum accepto iudicio factam esse alienationem: quod postremum sufficit vt illi edicto locus aperiatur *d. l. post venditionem in fin.* Potest quidem fieri facilè vt etiam post acceptum iudicium alienatio secuta sit citra dolum, nec iudicij aut euitandi aut mutandi causa, ideóque doli mali mentio adiecta est in edicto *l. si item res 4. aliàs l. non solùm §. si quis autem De alien. iud. mut. caus. fact.* Sed è contrario fieri non potest, vt in eiusmodi alienatione dolus interueniat quin edictum committatur, licèt non in potentiorem alienatio facta proponatur. Sed & difficile illud est videre quam sententiam aut rationem habeat quod Paulus subiicit *in d. l. Antæus*, Si annus præterierit intra quem interdicto Quod vi aut clam experiri actor potuit, de dolo iudicium ei dandum esse. Certi enim iuris est, actionem de dolo quæ semper subsidiaria est, nunquam competere, non solum quoties alia actio competit, sed neque cùm interdicto aliquo experiri quis potest

l.2.§.ait Prætor verſ.ò, que adeò D. de dolo. Nec eò magis dari poſſe quod tempus actionis aut interdicti competentis præterierit quoniam imputare ſibi debet is qui agere aut interdicere ſuperſedit, niſi in hoc quoque dolus malus admiſſus ſit vt actionis vel interdicti tempus exiret *d.l.1.§. idem Pomponius refert*, quod tamen rarò, nec niſi difficilius accidit Viſa eſt doctiſſimo viro Iacobo Cuiacio vtraque obiectio non leuis, vt ex eo colligere poſſumus, quod ex neutra expedire ſe potuit. Nam quantum ad primam attinet, fatetur venditionem factam potentiori ab eo qui opus fecerit per quod aqua pluuia nocere vicino poſſit pertinere ad tractatum De alienatione iudicij mutandi cauſa factæ, Non ad interdictum Quod vi aut clam, De quo etiam in venditorem dando, cùm lex præcedens monuiſſet ſatis fruſtra, inquit, idem repeteretur *in dict.l. Anteus.* Hiſque nimirum rationibus victus concludit deprauatum eſſe apud Paulum Antæi ſententiam & pro illis verbis *Quod vi aut clam* legendum eſſe *Quod mutandi iudicij cauſa.* Et quia videt minus probabilem emendationem eſſe quàm vt placere vlli poſſit, Subiungit, Si qui ſint qui nolint mutari quicquam *in d.l. Antaus*, ſatis ſe habere nos admonuiſſe ita fieri vt & fruſtra poſitum illud verbum *potentiori*, & de interdicto *Quod vi aut clam* idem fruſtra repetitum videatur. Quod autem ad poſteriorem dubitationem ſpectat, ſic ille eam eludit, vt dicat, Poſt annum præteritum intra quem ſiue interdicto Quod vi aut clam ſiue actione in factum ex edicto De alienatione iudicij mutãdi cauſa agi potuit, (nam & ea quoque annalis eſt *l. vel poſt annum 6.eod.tit.*) poſſe adhuc iudicium De dolo competere, vt in illo caſu quo dies actionis præterierit, dolo malo venditoris *ex dict.§.idem Pomponius refert*, & conſequenter ad hunc vnum caſum reſtringi ſententiam Pauli oportere. Mihi nihil iſtorum probari poteſt. Non emendatio, quia non tractat Paulus vel Antæus caſum illum, quo facta ſit venditio poſt acceptum iudicium, ſed tantùm poſt opus factum, itaque ſi quid emendandum eſſet pro eo quod ſcriptum eſt *quod vi aut clam* reponi oporteret *quod mutandi iudicij cauſa*, vt *in d.l.poſt venditionem in fin.* At neque hoc probare poſſum, quia non poteſt Paulus vel Antæus de illo eſſe locutus, qui fundum in quo factum opus ſit, vendiderit potentiori. Cùm nihil referat an venditio potentiori facta ſit, Nõ ſolùm quod pertinet ad actionem Aquæ pluuiæ arcendæ ſed etiam quantum ad interdictum Quod vi aut clã, Adeóque quod magis mirere, quod ad Edictum De alienatione iudicij mutandi cauſa facta. Etenim ſicuti Aquæ pluuiæ arcendæ quam ſuperiore capite oſtendimus non dari niſi contra dominum, deſinit vtique aduerſus eum competere qui per alienationem deſiit eſſe dominus, Tam autem definit ille qui vendit & tradit fundum emptori cuilibet, quàm qui potentiori, Ita & è contrario interdictum Quod vi aut clam perinde competit de damno & impenſis ab actore factis contra venditorem qui non potentiori vendidit, quàm ſi potentiori vendidiſſet *l. ſed venditor 13. eod.tit.* Actio autem ex edicto De alienatione iudicij mutandi cauſa facta omni caſu danda eſt contra eum qui poſt opus factum vendidit dolo malo prædium, etiamſi vendiderit non potentiori, quia omni caſu facit duriorem aduerſarij conditionem *dict.l.3.§.item ſi locum D. de alien.iudic.mut.cauſ.fact.* vbi Caius tractat, Si locum in quo feceris opus cuius nomine vel interdicto Quod vi aut clam vel actione aquæ pluuiæ arcendæ tenebaris, alienaueris, durior mea conditio facta intelligitur, Quia ſi tecum agerem, tuis impenſis id opus tollere deberes. Nunc verò cùm incipiat mihi aduerſus alium actio eſſe quam qui fecerit, compellor meis impenſis id tollere, Quoniam inquit, is qui ab alio factum opus poſſidet hactenus iſtis actionibus tenetur, vt patiatur id opus tolli: Quod & ſcriptum eſt *in l.competit 16.§ vltim.iunct. l.ſi alius 7.§ 1.l. denique 13.§. vltim. D. quod vi aut clam.* Quid ergo referre poteſt quod ad illam quoque actionem pertinet, an potentiori facta venditio ſit an alij? Quare non erat cur Cuiacius emendationis ſuæ inducendæ & adſtruendæ gratia verbum illud *potentiori* retineret, quo etiam ſublato perinde verum eſſet dicere, teneri venditorem actione illa in factum ex edicto De alienatione iudicij mutandi cauſa facta; ſi modò eluẽdi iudicij cauſa id feciſſet vt *in d.l.poſt venditionem* vbi nihil de alienatione facta in potentiorem, Neq; tamen poſſum mihi perſuadere aut ab Antæo Paulóque fruſtra additam dictionem illam aut ab imperito aliquo interprete in textum illatam, cùm eius addendæ color nullus fuerit niſi ad augendam fortè dubitationem. Probabilius fuerit meo iudicio textum ita emendare, vt pro *potentiori* legere *poſtea alteri*, Nato fortaſſis errore ex quòd librarij Florentini more ſcriptum erat quaſi vnico verbo *poſte Alteri* vt ſignificaretur repetendam literam A maiuſculo charactere ſcriptam vt vtrique dictioni inſeruiret. Ita verò ſi legamus, ſublata erit tota hæc dubitatio apertaque manebit Pauli ſententia ſi is qui opus fecerit, poſtea alteri vendiderit prædium, quatenus deſierit dominus eſſe, agendum cum eo Quod vi aut clam. Nec enim quod in lege præcedente id ipſum ex Caio ſcriptum eſſet, facere poteſt vt abſurdum videri debeat; idem *in l. ſeq.* ex aliis Iureconſultis id eſt ex Antæo & Paulo aliis verbis repetitum, Præſertim cùm horum ſententia ſit plenior non in eo ſolùm quod adiicit de interdicto Quod vi aut clam intra annum proponendo, ſed id etiam quod ſubiungit de actione de dolo danda poſt annum De quo nihil dictum fuerat in lege præcedenti. Rectè autem Paulus *quatenus deſierit dominus eſſe*, id eſt, ita demùm ſi venditor prædij in quo factum opus eſt deſierit eſſe dominus, quia vult reddere rationem non tam cur interdictum Quod vi aut clam competat hoc caſu contra venditorem, quàm cur non competat actio Aquæ pluuiæ arcendæ. Ratio autem huius iuris non alia eſt quàm quòd actio hæc nunquam detur niſi contra dominum, In quo maximè differt ab interdicto Quod vi aut clam, quod aduerſus poſſeſſorem operis ſemper datur *l.ſemper 15.in princ.eod.tit. Quod vi aut clam*, id eſt ſiue dominus ille ſit ſiue non dominus. Sed tamen cum diſtinctione illa quæ ponitur in *§. vlt.eiuſ.leg.* vt ſi is qui aut vi aut clam fecit, poſſideat opus patientiam, & impenſam tollendi operis præſtare debeat, qui fecit, nec poſſidet impenſam tãtùm vt & *in d.l.ſed vend.* qui verò poſſidet nec fecit ſolummodò patientiam. Atqui non quiſquis prædiũ vendit deſinit ſtatim eſſe dominus ſed traditionem ſubſequi oportet, per quam ſolam dominium trãsfertur *vulg.l.traditionib.20. C.de pact.l.nunquam nuda 31. De acquir.rer.domin.* Nec rurſum traditionem ſecutam eſſe ſufficit niſi præcedat titulus habilis ad transferendum dominium puta venditio iuſta *d. l. nunquam*, id eſt iure ciuili comprobata. De qua accipi debet quod Pomponius ſcribit *in dict. l. poſt venditionem.* vbi benè venditionem cum traditione coniungit. Quod enim ſi minor fortè vendiderit rem immobilem ſine decreto? Non erit iuſta venditio quæ facta eſt contra ius & contra leges, Nec proinde vẽditionis titulus hic habilis ad dominium transferendum, Aut quid ſi vendita ſit res quæ ſit per ſe ac ſui natura inalienabilis? Aut denique quid ſi venditio fuerit ſimulata, vt *in l. emptor. 12. eodem.* His caſibus non deſinit eſſe dominus qui fundum vendidit &

ideò

ideò tenetur adhuc Aquæ pluuiæ arcendæ actione non minùs quàm si non vendidisset. Ex eo autem quod ex Antæo Paulus vt rationem reddat, cur actio Aquæ pluuiæ arcendæ non competat, ait competere interdictum Quod vi aut clam intelligimus, falsum etiam illud esse quod Cuiacius voluit, Posse actionem hanc cum interdicto illo concurrere. Nunquam enim Prætor dat actionem honorariam aut interdictum de ea re de qua videt competere ciuilem, Quæ semper plenior & commodior est, vel ob hoc saltem quod perpetua est vt ciuiles ferè omnes actiones, Interdictum autem Quod vi aut clam est annuum *d. l. semper 15. §. hoc interdictum & seq. D. quod vi aut clam*, vbi dicitur annum incipere cedere ex quo factum opus perfectum est aut fieri desiit licèt perfectum non sit, & *dict. l. Antæus*, vbi apertè Paulus scribit, si annus præterierit, interdicto illo ampliùs agi non posse. Nec moueri vt contrà sentiret Cuiacius debuit ex *l. 1. in fin. & l. 2. §. item Varus in fin. D. de aqua & aqua pluu. arc.* In quibus locis neque de directa, neque de vtili Aquæ arcendæ actione tractatur vt ille putat, sed de vtili actione in factum subsidiaria quæ omnibus aliis deficientibus dari solet quoties æquitas non deficit *l. quoties 21. D. de præscr. verb.* Datur autem à Prætore qui maximus & perpetuus est custos æquitatis *l. quia actionum 11. eod. tit.* ideóque mirum non est concurrere vtilem actionem cum interdicto, quandoquidem vtrumque auxilium est ex iurisdictione Prætoris, Quod de aquæ pluuiæ arcendæ actione directa & ciuili non similiter dici potest. Et ita debet accipi quod scribit Caius *in d. l. 3. §. item si locum De alien. iud. mut. caus. fact. cuius nomine vel interdicto Quod vi aut clam vel actione aqua pluuia arcenda tenebaris.* Non vt electionem habeat is cui opus nocere potest vtro temerè experiri malit, sed vt ex eo opere sic facto non solùm aquæ pluuiæ arcendæ actio nascatur, sed etiam interdictum Quod vi aut clam, diuersis tamen non solùm rationibus sed etiam casibus, scilicet actio Aquæ pluuiæ arcendæ si dominus prædij ille sit cum quo agitur, Interdictum verò si non dominus sit, sed possessor tantùm operis.

ERROR IX.

De actione De dolo quam dat Paulus in d. l. Antæus.

QVid ergo si non solùm dominus esse desierit is qui pro opus fecit, sed etiam præterijt annus intra quem proponi interdictum potuit, & debuit? Posterior hæc dubitatio est, An quia certum est neque actionem aquæ pluuiæ arcendæ posse competere aduersus non dominum, neque interdictum quod vi aut clam post annum, competat saltem actio De dolo, quam competere ait Paulus si nos vulgata lectio non fallit, Negat autem ratio iuris quam ego) habui habebúque semper pro lege. Non possum probare interpretationem Cuiacij existimantis, vt dixi, accipiendum ita Paulum, vt competat actio de dolo eo demùm casu quo factum sit dolo malo eius qui opus vi aut clam fecit, vt annos præterierit. Est. n. hic casus rarius, & minùs frequens quàm vt inspecto eo debuerit simpliciter & absolutè scribi, iudicium, de dolo dandum: Alioqui perinde dicendum erit tot alios iuris locos in quibus scriptum legimus, actiones annuas, aut interdicta annua post annum non competere, ita esse accipiendos vt tamen post annum præteritum superesse debeat actio De dolo, Nempe quis possit contingere vt annus ille prætereat dolo malo eius qui poterat intra annum conueniri. Quod tamen euidenter falsum esse apparet & ex illo ipso loco, ex quo mouetur Cuiacius, id est ex *dict. l. 1. §. idem Pomponius refert*, vbi ex Pomponio & Labeone scribit, Non debere actionem De dolo competere, si alia actio temporalis quæ competebat tempore finita sit, Et rationem affert, quia sibi imputare debeat is qui agere supersedit. Addit quidem exceptionem *nisi in hoc quoque dolus sit admissus, vt tempus exiret*, sed quis non videt dari hoc casu actionem de dolo non propter dolum qui in ipso principali negotio interuenerit, sed propter eum, qui in hoc ipso admissus sit, vt actionis tempus præteriret? Aut qui fieri vt absoluta & simplex enunciatio ponatur pro exceptione, aut ad casum exceptionis præsertim adeò rarum & insolitum restringatur? Fateor nihil posse vi aut clam fieri quin fiat etiam dolo malo *l. 1. §. doli mali D. vi bonor. rapt.* Et ideò nimirum si verum est eum qui opus vi aut clam fecit teneri de dolo post annum præteritum, necessariò id ita intelligi debet vt teneatur ex actione ob ipsum opus dolo malo factum. Quod tamen falsum esse, nec diffitetur Cuiacius, qui non de alio dolo vult eum teneri quàm qui interuenerit in hoc ipso faciendo vt tempus exiret, qui casus nullam prorsus recipit dubitationem, Ne aliter posito iure eueniat, vt dolus hic maneat impunitus, cùm neque alia actione vlla, neque interdicto vindicari possit. Dolus autem nunquam impunitus manere debet, ne tum quidem cùm illi ipsi qui dolum fecit non alij damnosus futurus est *l. procurator. 51. §. 1. D. de dol. mal. & met. caus. excep.* Tum verò contextus ipse verborum apud Paulum *in d. l. Antæus.* an non manifestè indicat si iudicium de dolo in ea specie dandum estimauit, non alio casu dari voluisse post annum, quàm quo daretur interdictum Quod vi aut clam intra annum: Vt ex qua causa interdicto locus esset intra annum, ex eadem causa esse debeat actioni De dolo post annum, sic enim Paulus scribit *si is qui opus fecerit, postea alteri vendiderit prædium quatenus desierit dominus esse agendum cum eo Quod vi aut clam, Quòd si annus præterierit de dolo iudicium dandum.* Nec addit, quod pro inducenda Cuiacij sententia necessariò addendum erat, *Quòd si annus præterierit dolo malo venditoris.* Quid enim si dolus quidem interuenerit etiam in hoc ipso vt annus præteriret, sed dolus emptoris non venditoris? Quis dicat ex eo emptoris dolo venditorem conueniri posse præsertim actione De dolo, quę adeò personalis est, ex parte potissimùm illius contra quem agitur, vt etiam doli exceptio quæ ex parte obiicientis est in rem tamen ex parte illius cui obiicitur semper fit in personam *l. sed & ex dolo 15. §. vlt. D. de dolo l. 2. §. 1. D. de doli mal. except.* Deberet sanè dari eo casu contra emptorem, cuius dolum credibile est interuenturum esse potiùs quàm venditoris, cùm post factam venditionem ipsius maximè intersit actionis tempus exire ne interdicto ipse tanquam possessor operis conueniatur. Semper enim possessor operis tenetur saltem ad præstandam patientiam, licèt etiam is cui possessor non est teneri possit, & ad impensam & de damno dato *d. l. semper in princ. & §. vlt. & d. l. sed venditor.* Sed & in eo casu quem Paulus tractat, id est cùm quis antè venditionem opus fecit, deinde post opus perfectum vēdidit prædium intra annum quo interdictum proponi potuit, difficile est vt venditoris dolo malo annus prætereat, quin saltem dolus emptoris quoque intercedat. Et consequenter dicendum esset hanc actionem De dolo de qua Paulus secundum Cuiacij interpretationem loqueretur, de ea actione intelligendam

quæ non minùs contra emptorem quàm contra venditorem dari deberet. Quod tamen à Pauli verbis & mente prorsus alienum esset. De solo enim venditore conueniendo tractat Paulus, déque triplici actione aduersus eum competente. Quarum prima est Actio aquæ pluuiæ arcendæ qua tenetur is qui opus vi aut clam fecit, sed antequam prædium in quo factum opus est, venderet. Secunda ex interdicto Quod vi aut clam, sed eo demùm casu & tempore quo & venditio iam facta sit post perfectum opus, & ante tamen quàm annus exierit. Tertia igitur De dolo post annum præteritum, & quidem numerandum non ex die venditionis ne quidem contra emptorem, sed ex die perfecti operis. Nec enim aliter contra venditorem, aliter verò contra possessorem numerari debet, sed semper eodem modo & eodem tempore, nisi cùm iustam causam actor habuit pignorandi quando fuerit perfectum opus, vt in d. l. *semper §. annus autem & seq.* quia nimirum annus vtilis est non continuus, vt & Cuiacius, benè sentit. Si autem euenit quoties de tempore vtili incidit tractatus *l. cum sex 56. D de ædil. edict.* Ergo quemadmodum & actio aquæ pluuiæ arcendæ, & interdictum Quod vi aut clam datur contra venditorem, non alia ratione quam quod vi aut clam opus fecerit per quod aqua pluuia nocere possit: Ita & iudicium De dolo quod aduersus eumdem venditorem dari post annum debere Paulus ait, ob eandem rationem dandum est in subsidium quidem quòd annus præterierit, sed non ob id quòd præterierit dolo malo venditoris. Quo casu non esset subsidiaria, quoniam ex eâ causa, quòd actionis dies exierit dolo malo aduersarij, neque actio aquæ pluuiæ arcendæ vnquam datur, neque interdictum Quod vi aut clam. Et tamen nec illud dici potest actionem de dolo esse subsidiariam hoc sensu, vt dari debeat in locum actionis quæ aliquando competierit ac tempore finita sit *dict. paragrapho idem Pomponius refert.* Sed vt eo tantùm casu quo alia actio nulla competerit. Sed & vereor ne non satis rectè dici possit, quod Cuiacius noster habet pro explorato, si dolo malo eius qui conueniri poterat interdicto Quod vi aut clam intra annum præterierit annus, dandum esse in eum ex hac causa iudicium De dolo. Nam neque *in d. l. idem Pomponius* loquitur Vlpianus de interdicto, sed tantùm de actione quæ finita sit tempore, & non obscura dissimilitudinis ratio inter actionem temporalem, & interdictum afferri illa potest, quod actiones temporales suum tempus certum habent, vltra quod non possunt viuere, ideóque dicuntur finiri tempore non elidi per exceptionem vllam aut præscriptionem temporis *l. in contractib. 4. & pass. C. de non numer. pecun. d. l. cum sex 56. De ædil. edict. l. sicut 3. & seq. C. de præscr. 30. vel 40. annor.* Nempe quoniam ab initio sic inductæ sunt, eámque legem & naturam habuerunt. At interdictum Quod vi aut clam, non tam sui natura est annuum vt vltra annum viuere non possit, quàm summouendum per annuam exceptionem si fortè post annum exerceatur. Et ideirco cum exceptiones omnes sint ex æquitate eius præcipuam rationem Prætor semper habet, in iis præsertim quæ ex ipsius iurisdictione pendent vt interdicta est in arbitrio Prætoris, vt quoties æquitas ita suadere videtur exceptionem illam annuam vel concedat, vel remittat, vt disertè Vlpian. docet *in d. l. semper paragrapho sed si ei sit locus*, vbi ait, Etiam post annum causa cognita competere interdictum De eo quod vi aut clam factum est, Et addit *nam causa cognita annuam exceptionem remittendam.* Et quamuis subiiciat, *hoc est magna & iusta causa ignorantia interueniente*, id tamen exempli duntaxat loco adiectum videri debet, non vt causæ cognitio ad eum solum casum restringatur. An non enim maior æquitas suadet, vt remittatur exceptio annua propter dolum eius qui fecit vt annus exiret, quàm propter iustam actoris ignorantiam? Aut quænam expeditior induci potest ratio puniendi huius doli quàm si Prætor ex eo moueatur, vt etiã post annum det interdictum? Non enim sicut interdictum hoc, ita & temporales actiones possunt dici temporales causa cognita sed simpliciter & absolutè, nec vllo exceptionis auxilio reus indiget vt post tempus non conueniatur, sed restitutione potius actor, vt finita actio restituatur *leg. 2. & vltim. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Non igitur dandum est iudicium De dolo contra eum cuius dolo malo factum est vt præterierit annus intra quem potuit conueniri interdicto Quod vi aut clam cùm possit sufficere interdictum ipsum iuncta causæ cognitione quam adhibere debet Prætor in annua exceptione deneganda. Semper enim verum est interdictum competere, sufficitque amoueri obstaculum exceptionis vt interdictum sit cum effectu. Addo quod nescio an adhuc quisquam obseruauerit, Actionem de dolo quæ contra eum datur cuius dolo malo factum est, vt actionis tempus exierit, alterius esse naturæ & conditionis, quàm sint aliæ omnes actiones De dolo. Illæ enim sunt omnes arbitrariæ quia arbitrio iudicis restitutionem continent, & nisi fiat restitutio tum demum sequitur condemnatio *leg. arbitrio 18. D. de dolo. paragrapho præterea. Inst. de action.* At cùm alicuius dolo effectum est vt lis vel actio legitimis temporibus transactis perierit, non ad hoc datur iudicium De dolo vt arbitrio iudicis restituatur, sed vt tantum actor consequatur quãti eius interfuerit factum id non esse, ne aliter obseruantibus lis circumscribatur, inquit Paulus *in d. leg. arbitrio paragrapho dolo contra.* Atqui Paulus idem *in d. leg. Aliam*, cùm ita scribit *quod si annus præterierit de dolo iudicium dandum* apertè sentit de ea actione De dolo danda per quam in defectum actionis Aquæ pluuiæ arcendæ & interdicti Quod vi aut clam, actor tantundem consequatur, quantum aut illa actione, aut isto interdicto consequeretur. Non ergo de illa actione De dolo per quam non restitutionem rei sed tantùm eius quod interest præstationem consequatur, qualis illa est, quæ datur ob eam duntaxat causam, quòd annus præterierit dolo malo eius, qui intra annum poterat interdicto Quod vi aut clam conueniri. Itaque vt concludam, hic quoque mendum subesse puto, & legendum addita negatione *quod si annus præterierit, nec de dolo iudicium dandum.* Sensus enim est, Post annum præteritum non solùm cessare actionem Aquæ pluuiæ arcendæ contra eum qui opus fecerit, propter amissum ab eo dominiũ per venditionem postea secutam, Et interdictum Quod vi aut clam propter exceptionem annuam, sed etiam actionem de dolo. Denique nullam superesse actionem ne quidem de dolo, vt *in l. 1. §. denique eo. tit.* nihil posse agi nec de dolo actione, quamuis non potuerit dolo non facere is qui vi aut clam fecit, scilicetque subsidiaria esse actio De dolo aliis omnibus deficientibus contra dolosum, Nempe quia sibi debet imputare qui cùm posset interdicto experiri supersedit. Nec tamen recuso vt addas exceptionem *nisi dolo malo aduersarij factum sit vt annus præteriret*, non quia hoc casu danda vnquam sit actio De dolo, vt malè putat Cuiacius, sed quoniam saluum esse interdictum debeat etiam post annum, Remissa scilicet exceptione annua quæ alioqui

alioqui solet obstare interdicto, idque per æquitatem prætoriam, quæ facit vt interdictis omnibus non minùs quam iudiciis bonæ fidei insint ipso iure exceptiones & replicationes doli, illis nimirum saltem quæ non per formulam & iudicem datum sed per cognitionem prætoriam expediuntur. Cuiusmodi est interdictum hoc Quod vi aut clam, de quo disputamus, in quo Prætor non pollicetur se iudicium daturum, vt in interdicto. Vnde vi, sed rem restitui iubet, quemadmodum ex edicti verbis apparet. Nec enim Prætor cùm ipse cognoscit formulam sibi vllam fieri necesse, sed adhibet ipse cognitionem suam perpensis & exactè circumspectis omnibus iis quæ ipsius æquitatem mouere debent, vt hoc vel illud decernat. Inter quæ potissimùm est dolus, quem nunquam Prætor vult manere impunitum. Porro autem negatio quam nos restituimus tolli per insciriam interpretis alicuius existimantis eam abundare, quòd alia nulla sequeretur quæ solet sequi cùm præcedens negatio concepta est per articulum *nec* aut *neque*. Sed nemo non videt quàm eleganter ita scribere Paulus potuerit & debuerit *quod si annus præterierit, nec de dolo in iudicium dandum* sicuti *in dict. §. denique leg. 1. eodem*, vt significaret quod nos volumus, Post annum præteritum nullam penitus actionem, nullum interdictum, nullum denique auxilium ei superesse qui ex opere facto damnum timet, Ne quidem iudicium De dolo, quod aliàs deficientibus omnino cæteris omnibus deficere nunquam solet. Nec fœliciùs Accursius noster, licèt eius sententiam & Castrensis & alij vulgo probent, dandam putat actionem in factum ex edicto De alienatione iudicij mutandi causa. Nam sicuti non potest dari illa post annum cùm sit annalis vt suprà diximus ex *l. vel post annum 6. D. ill. titul. De alien. iudic. mut. caus. fact.* ita neque intra annum, nisi eo solo casu quo alienatio proponatur facta dolo malo, & iudicij si non mutandi saltem euitandi gratia, vt *in dict. l. post venditionem.* Quod in proposita specie Paulus non ponit, sed alienationem factam simpliciter, id est neque post acceptum iudicium, neque dolo malo, Quo casu non potest illi edicto locus esse *leg. item si res 4. paragrapho 1. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Neque rursus actio in factũ quę subsidaria est actionis De dolo, habere locum hoc casu potest, sed in iis tantùm in quibus competeret actio ipsa De dolo si nihil impediret puta si agendum sit contra eas personas quibus reuerentia debetur & contra quas idcirco famosa actio non datur *l. non debet 11. paragrapho 1. D. de dolo l. si superstite 5. C. eod.* aut si post annum agendum sit contra eum ad quem ex dolo aliquid peruenerit, vt *in l. itaque 28. D. eo.* aut denique si factum tale interuenerit in quo nullus quidem adfuerit dolus, sed culpa tamen aliqua propter quam æquum sit actori indemnitatem pręstari, vt *in l. rei quam venalem 33. eod. tit.* Cæterùm quæ iuris & æquitatis ratio facit apud Paulum *in d. l. Antæus*, vt actioni de dolo non possit esse locus post annum præteritum etiamsi dolo aduersarij annus præterierit, eandem actionem quoque in factum excludit.

ERROR X.

De lectione & emendatione l. quamquam 4. §. 1. & l. supra iter 11. §. Cassius D. de aqua & aquæ pluu. arcend.

NOn piget immorari aliquanto diutiùs circa hanc Aquæ pluuiæ arcendæ actionem, quoniam de ea nihil adhuc in libris nostris, aut admodum pauca scripsimus: cùm tamen habeas elegantem tractatum vt ex iis quæ iam diximus intelligi potest. Præcipuus autem labor à nobis adhibendus in eo est vt menda si qua sunt in hoc tit. expungemus, quod in explicatione *l. Antæus*, non infeliciter fecisse nos arbitramur. Supersunt in eodem tit. duo hi loci de quorum etiam sententia & emendatione dubitari non improbabiliter potest. *In lege quamquam quarta, paragrapho primo.* Vlpianus ex Iuliano scribit, si post iudicium Aquæ pluuiæ arcendæ susceptum alienauerit fundum is cum quo actum esset de præterito damno & de opere restituendo, id statuere iudicem debere, quod iudicaret si alienatio nulla facta esset, Vbi quod ait dé damno prętterito, non de eo dãno accipi debet quod contigerit ante litem contestatam, sed de eo quod post acceptum iudicium & ante alienationem vt omnes consentiunt, quia in hoc iudicium sicut in damni infecti, futurum duntaxat damnum venit, cùm in reliquis ferè omnibus iudiciis præteritum præstetur, *d. l. Antæus §. in hoc iudicium.* Differtque hæc actio ab illa quam Prætor dat ex causa damni infecti, quod in hanc venit damnum illud quod futurum est timetur ex opere iam facto. In stipulationem verò & cautionem damni infecti, damnum quod timetur potiùs ex non facto opere quod fieri debuit *l. 1. §. 1. eod. tit.* Cæterùm de damno quid contigit post acceptum Aquæ pluuiæ arcendæ iudicium, & quidem vsque ad sententiam competit datúrque hæc actio *dict. l. quamquam §. 1. leg. post venditionem 16. & l. supra iter 11. §. officium eod. tit.* Opus sanè factum esse oportet ante litem contestatam vt de eo huiusmodi actione agi possit. Nam de eo opere quod post litem contestatam factum esset, nouo iudicio agi oporteret, nisi opus quod antecessit, id est quod ante contestationem factum est tale vt sine eo quod factum est post iudicium acceptum tolli non possit *dict. l. Antæus §. vltim. & l. seq. eod.* Ratio enim connexitatis hoc facit quemadmodum & alia pleraque, vt opus etiam quod factum est post litem contestatam tolli per hanc actionem possit & debeat cum eo quod ante. At si ex opere iam facto damnum aliquod datum si ante litem contestatam, de eo agendum est interdicto Quod vi aut clam, cessante nimirum Aquæ pluuiæ arcendæ actione: De eo autem quod post sententiam iudicis futurum est, damni infecti caueri oportet, vel arbitrio & iussu iudicis ita opus restituendum vt nullum periculum damni supersit *dict. l. Antæus §. de eo.* Nempe quia nil ad iudicem pertinet futuri temporis tractatus, id est eius quod post condemnationem futurum est, vt idem Paulus noster ad Papinianum notat *in l. 1. §. 1. D. de vsur.* Et hæc omnia tam apertè vera sunt, vt nullam dubitationem admittant. Sed quod sequitur apud Vlpianum *in dict. l. quamquam §. 1.* difficilius videtur. Ait enim *nam & fundo alienato nihilominus iudicium manere, & damni rationem venire etiam eius quod alienationem contingit.* Quæ postrema verba nullum certè sensum habent. Quodnam enim damnum illud esse potest quod alienationem contingat: Quare nec dubitat Cuiacius quin locus corruptus sit, & ita restituendus vt de eo damno intelligitur quod vel ante, vel post alienationem contigerit. Sed mauult de illo intelligere quod contigerit antè, ideóque sic emendat *etiam eius quod ante alienationem contigit.* Ego verò malo intelligere de eo quod antè, minor erat ratio dubitandi, sed etiam quod verba præcedentia id suadeant quæ sunt de fundo iam alienato, Ergo & de illo damno quod facta iam alienatione acciderit, Idque adiecta etiam ra-

tio

tio demonstrat, quæ illa est quod fundo alienato nihilominùs iudicium maneat. Idem scilicet quod acceptum fuerat ante alienationem, & ex cuius natura certum est venire in hanc actionem damnum omne quodcumque lite pendente & ad sententiam vsque contigisse proponatur. Cum igitur idipsum statuere index debeat quod iudicaret si alienatio nulla facta esset vt scriptum est in præcedentibus, Consequens fit vt eius quoque damni quod post alienationem dummodo ante sententiam contigerit, rationem habere debeat, quam haberet haud dubiè si alienatio nulla facta fuisset. Quod cùm nec Cuiacius diffiteatur, miror cur non malit legere *post alienationem* quomodo nos legendum arbitrantur, quàm *ante alienationem*. Nam & sic antiqui legisse videntur, præsertim Castrensis qui ad eum locum notat, Alienationem non facere quominus teneatur venditor qui post acceptum iudicium alienauit, de omni damno, quod contigerit lite pendente. Qua generali propositione nemo non videt damnum etiam illud contineri quod contigit post alienationem. Dico *contigit* non vt scriptum est Florentiæ *contingit* quia vt bene monet Cuiacius od Paulum *in dict. l. Antaus*, Florentini librarij mos iste est vt plerunque retineat literam *n* in præteriti temporis verbis contra Grammaticorum leges vt passim *derelinquerit* & *delinquerit* pro *dereliquerit* & *deliquerit*, & *nanctus* pro *nactus* aliáque permulta his similia. Illud plane nullomodo probare possum quod Castrensis tradit ad *dict. l. quamquā §. 1.* int. ligendum esse Vlpianum de vtili actione Aquæ pluuiæ arcendæ non de directa, Quasi fieri nequeat vt directa actione teneatur is qui etiam pendente lite ac dolo malo desiit possidere Ex *l. electio 16. § si is D de noxa l. action.* Repugnat enim apertissime quòd Vlpianus scribit. Alienato post acceptum iudicium fundo nihilominus iudicium manere, id est vt suprà iam interpretati sumus idem ipsum iudicium quod acceptum fuerat, Directum igitur non vtile. Non enim manere dici posset, quod mutaretur, & conuerteretur in aliud *l. proponebatur 76. D. de iudic.* Certum autem est directum iudicium in qualibet actione aliud esse ab vtili, nec tantùm numero differre, sed etiam specie & genere ita vt concurrere nunquam possint, nec cui vna competit, alia competere: tametsi eiusdem potestatis sint, eundémque habeant effectum *leg. actio 47. D. de negot. gest. l. in hoc iudicium 14. §. 1. D. commun. diuid. l. 3. C. de oblig. & action.* Et verò qua ratione fieri obscro posset, vt iudex in iudicio directo datus, pronunciaret in vtili? Cùm ea esset veterum iudiciorum ratio, vt iudex datus ne latum quidem vnguem à præscripta sibi formula recedere vnquam posset: Neque simile est, quod Castrensis obiicit ex Paulo *in dict. §. si is*, vbi tractat de noxali actione contra eum danda cuius dolo malo factum est vt in potestate sua desierit habere seruum qui noxiam fecit. Et ait esse actionem hanc vtilem non directam, sed in directæ locum succedere, & ideo liberari eum qui dolo desierit seruum possidere si seruus ille decesserit prius quam actione illa vtili conueniretur, Nempe quoniam si seruum non alienasset, etiam à directa actione quæ aduersus eum competiisset, liberaretur. Tractat igitur de seruo alienato ante acceptum iudicium, & eo tempore quo directa quidem actio competebat, sed directum iudicium adhuc nullum erat, de quo posset dubitari an in iudicium vtile conuersum esset. Nos verò eum casum tractamus, quo fundus vbi factum opus est fuerit alienatus post acceptum iudicium directum, & eo tempore quo de vtili dando tractari n poterat. Fateor contra eum qui dolo malo desiit possidere seruum antequàm noxali actione directa eius nomine conueniretur, vtilem duntaxat noxalem dari posse eámque in directæ locum succedere. Sed nego aut hoc aut vllo alio casu fieri posse, vt iudicium directum semel acceptum transeat in iudicium vtile propter secutam pendente lite alienationem. Quale enim iudicium semel acceptum fuit, tale manere necesse est quovsque vel finiatur per sententiam, vel soluatur vno ex iis modis de quibus *in l. iudicium soluitur 58. D. de iudic.* Quòd si aliquo ex iis modis solutum sit, nouo postea iudicio siue directo, siue vtili opus est, manca videlicet ac deficiente priore formula. Cæterum si poneres conuentum fuisse dominum actione noxali directa cùm adhuc in potestate sua seruum haberet, deinde dolo malo desiisse habere siue per alienationem, siue quo alio facto suo pendente lite, non diceret Paulus, quòd Castrensis affirmat, mutari iudicium, & ex directo fieri vtile, quoniam iudicia omnia formam suam accipiunt ex eo tempore quo constituuntur, id est ex die litis contestatæ. Qua ratione solemus dicere quale quid est cùm petitur tale dari debere *l. 2. D. de vsur.* & in omnibus ferè partibus iuris spectandum esse tempus litis contestatæ, quia per litis contestationem, id est tùm cùm accipitur iudicium quasi per stipulationem contrahitur *vulg. l. 3. paragrapho idem scribit D. de pecul. l. deleg. 11. paragrapho 1. D. de nouat. & deleg.* Ac proinde sicuti cùm stipulatio certas suas leges ab initio habuit, non possunt illæ ex stipulatoris aut promissoris arbitrio immutari *leg. vero procuratori 12 paragrapho alia causa est D de sol.* ita neque ex litigatorum arbitrio & potestate pendere potest natura iudicij, quod constitutum semel fuit voluntate & authoritate Prætoris siue directum illud fuerit, siue vtile, nec magis fieri potest ex directo vtile propter aliquod factum alterutrius litigatorum, quàm ex vtili directum. Nec aliud iuris est in specie *l. si post acceptum 18. D. de re vindic.* in qua iudicium directum vindicationis institutum contra bonæ fidei possessorem qui post litem contestatam vsucapionem compleuit, & dominium acquisiit, non ideò desinit esse directum, quia in iudicio tu directo ciuilis vindicationis non quæritur, an actor sit dominus in toto tractu iudicij, sed an verè dominus fuerit tempore litis contestatæ, vt iure tùm vsurpare potuerit solemnem illam vindicationis formulam. *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Atqui non eo minùs verum est fuisse actorem dominum eo tempore quo litem contestabatur, quamuis posteà desierit esse dominus completa per possessorem vsucapione, quæ scilicet non interrumpitur per malam fidem superuenientem cuius probationem inducere solet litis contestatio *l. sed etsi 25. paragrapho si ante D. de hared. petit.* Perinde igitur arbitrari iudex debebit vt bonæ fidei possessor rem petitam & à se vsucaptam tradat petitori atque si nulla vsucapio completa esset, quia complementum illud accidit facto possessoris qui vindicatione directa conuentus maluit litem contestari quàm restituere. Non debuit autem factum illud possessoris lucrum ei afferre, & petitori nocere qui iudicium directum iure meritóque impetrauerat, ne per continuationem malæ fidei melior eius conditio facta videretur, quod esset absurdissimum *l. inficiando 67 § infans D. de furt.* Illa duntaxat differentia est an iubeatur rem tradere is qui possessor tantùm est non dominus, an verò is qui cùm ipsa litis contestatione possessor solùm esset, per vsucapionem posteà cœpit esse dominus, quod priore casu traditio solam possessionem transferre potest non etiam dominium quod à possessione separatum

paratum inuenitur, Posteriore autem transfert cum possessione dominium quia coniunctum, vt *in l. per procuratorem* 8. *C. de acq. poss.* Nec nouum est vt eadem traditionis faciendæ necessitas eandem causam habeos diuersos tamen effectus sortiatur pro diuerso iure tradentis. Idem enim accidit in venditore tradente rem venditam vt quamuis non nisi tradere, id est possessionem vacuam transferre obligatus sit, transferat tamen etiam dominium cum possessione, si fortè non possessor tantùm sed etiam dominus inueniatur *l. 1. §. 1. vers. & imprimis D. de action. empt. l. traditio* 20. *D. de acq. rer. domin.* Similiter in iudicio vindicationis directo euenire dicendum est, vt siue post litem contestatam possessor vsuceperit rem petitam, siue non vsuceperit arbitriũ iudicis noo aliud esse debeat, quàm vt possessorem iubeat rem tradere noo inspecto eo an per eiusmodi traditionem futurũ sit vt possessio siue dominio trausferatur, an dominiũ cũ possessione. Planè cùm vsucapio secuta est, adiicere iudex arbitrio suo debet vt serui possessor victus caueat de dolo, propter periculũ quod subest ne seruũ illum vel pignorauerit, vel manumiserit, vt eleganter Caius scribit *in d. l. si post acceptum.* Castrensem fefellisse illud videtur, quod cùm is qui directo aquę pluuiæ arcendæ iudicio conueorus fuit, fundum in quo factum opus est, alienat, iam non potest iuberi opus tollere & restituere, cuius nimirum restituendi cùm dominus esse desierit nullam habet amplius facultatem *l. si colonus* 5. *D. de aqua, & aquæ pluu. arc.* Quasi ob id quod incipiat minus teneri quàm anteà directo iudicio tenebatur, desinat iudicium illud directum esse. Quod certè non ita est, Cùm enim arbitrium iudicis in hoc iudicio dnas habeat partes, Vnã de opere restituẽdo, quod à solo domino fieri potest, alteram de damno præstando aut de damno & impẽsis simul, vt *in d. l. si colonus & l. sed venditer* 53. *eo.* interueniens alienatio, priorem quidem arbitrij partem tollit, at non etiam posteriorem & ideò remanet idem iudicium licèt minus plenom pro eo scilicet quod adhuc deducendum superest in arbitrium & condemnationem, Exemplo eius quod non absimiliter Vlpianus scribit *in l. si constante* 24 *§. vlt. D. solut. matrim.* Non modò si bona mulieris pro parte publicara sint, superesse mulieri reliquæ partis dotis exactionem, sed etiam si post litem contestatam, acceptúmque iam de tota dote iudicium publicata sit dos pro parte, sufficere arbitrium iudicis ad partis condemnationem, id est nulla opus esse noua formula nec nouo aliquo iudicio, sed eiusdem arbitrij & iudicij potestate perueniri posse & debere ad condemnationem partis. Quamuis si tota dos, vt *in eo §. vlt.* sequitur publicata esset, iudicium expiraret: Expirat igitur pro parte, cùm pars dotis publicatur, vt eadem sit ratio partis quæ totius, sed non facit ea res quominùs idem arbitrium & iudicium maneat, quamuis minorem condemnationem habiturum. Remanet igitur dotis iudicium directum quale anteà erat. Et sicuti nemo bene dixerit in ea species iudicium dotis ex directo fieri vtile, ob id quòd ex eo iudicio pars dotis per publicationem quæ post litem contestatam superuenit, subtrahatur, quamuis pro ea parte quæ publicata est iudicium expiret. Ita & in eo casu quem tractamus dicendum est Alienato fundo post acceptum Aquæ pluuiæ arcendæ iudicium, minui quidem arbitrium, & iudicium illud directum, in quod sc. venire operis restitutio amplius non potest, sed tamen superesse pro damno & expensis, & pro ea parte neque expirare, neque vtile fieri ex directo, sed æquè directum manere ac antea, & sufficere ita vt nullo alio iudicio sit opus. Alioqui paulatim dicemus nec directum esse iudicium Aquæ pluuiæ arcendæ in quo agatur tantùm ad restitutionem operis, non etiam vt damnum sarciatur, vt *in l. si tertius* 6. *§. officium eod* aut ad præstandam solam patientiam tollendi operis, vt *in §. Celsus ead. leg. & in d. l. quamquam §. idem Iulianus eod.* quod tamen euidenter falsum est, vt ex supradictis locis apparet. Sed hæc ad Vlpianum sufficiant. Alius locus *in eod. tit.* est quem emendatione indigere putat Cuiacius *in l. sup. iter* 51. *§. Cassius,* vt Paulus ex Cassio scribit, siue ex fundo plurium communi aqua pluuia noceat vicino, siue ex fundo vnius noceat fundo communi plurium posse vel vnum cum vno agere, vel vnum separatim singulis, vel sparatim singulos cum vno, vel singulos cum singulis. Si vnus egerit & restitutio operis litisve æstimatio facta sit (sic enim legendum est non vt vulgò *litisque* cùm in arbitratiis non possit litis æstimatio fieri per condemnationem nisi eo demùm casu quo non fuerit paritum arbitrio) cæterorum actionem euanescere. Item si cum vno actum sit, & sic, id est post acceptum iudicium præstiterit & satisfecerit, quo casu omnia iudicia sunt absolutoria §. *vlt. Inst. de perpet. & tempor. act.* cæteros liberari (legendum enim est *& sic* non vt scriptum est *etsi præstiterit,*) Addit, Idque quod sociorum nomine datum sit, per arbitrum Communi diuidundo recuperari posse. Quæ omnia per se satis plana sunt. Sed quod sequitur difficilius est *& ex socus non vtique cum eo agendum qui opus fecerit. Nec minùs eum quoque damnum restituere debere qui author operis fuerit.* Sunt enim qui prima illa verba *& ex sociis* connectam præcedentibus, & ita legant vno contextu *recuperari posse & a socius* reponendo à pro *ex* Quæ lectio apertè vitiosa est vt & Cuiacius benè obseruauit, nouáque sententia omnimodo ab illis verbis *& ex sociis* inchoanda est. Secundum quod tamen difficile est dicere quam rationem habeat quod Paulus ait, *non vtique cum eo agendum qui opus fecerit.* Quis enim dubitat, inquit Cuiacius, quin is qui opus fecit teneatur omnimodo & indistinctè Aquę pluuię arcẽdę? Et ideò putat ille tollendã negationẽ, quæ & in Pand. Florent. notulis circumscripta est, vt suspectam eam esse quiuis intelligat. Mihi nihil videtur aut apertius, aut facilius quam vt retenta negatione Paulus intelligatur hoc sensu, vt cum eo quidem agendum sit qui opus fecerit, adeóque indistinctè, sed non omnino cum eo, id est non cum eo solo, quia etiam author operis conueniri potest & debet, ita equidem qui opus fecit, vt patientiam & impensam præstet restituendi operis. Is verò qui opus non fecit, vt vel patientiam præstet non etiam impensam. Quam sententiam non negat Cuiacius esse verissimam, sed negat supradictis verbis expressam esse si negatio retineatur. In quo tamẽ fallitur. *Vtique* enim dixit Paulus non tantùm pro *indistinctè* quomodo sumi plerunque solet, sed potiùs pro *omnino.* Quid verò aliud est dicere *non omnino cum eo agendum esse* quàm quod volo *non cum eo solo agendum esse,* Et quemadmodum aliud est si quis dicat *non omnino* aliud si *omnino non,* quia hæc posterior locutio tantùm negat quantum si dictum esset *nullomodo,* ita non debuit Cuiacius locutionem illam *non vtique* sic accipere quasi Paulus scripsisset nullomodo agendum esse cum eo qui opus fecerit. Quod quemadmodum falsum est, ita nec à Paulo dictum nec cogitatum fuit. Itaque explicatione tantùm hic locus indiget, nec ea obscura non suppletione aliqua, aut vt Cuiacius loquitur, ferruminatione. Possem hic totum hunc De aquæ pluuiæ arcendæ actione tractatum absoluere, nisi placeret addere pro coronide, vt huic actioni locus esse possit, Decem esse necessaria quæ Castrensis diligenter & apertè vt solet

expressit

expressit *ad leg. 1. hoc tit.* Primò vt aqua quæ nocet, sit aqua pluuia vel sola vel mixta *l. 3. paragrapho 1. eodem.* Secundò vt aqua illa pluuia noceat, Non enim sufficit vt per eam commodum aliquod auferatur *dict. leg. 1. paragrapho sicut autem.* Tertiò vt noceat ex opere manufacto, non autem naturaliter, *d. l. 1. paragrapho 1. paragrapho item sciendum & paragrapho in summa.* Quartò vt non sit factum opus culturæ & quærendorum fructuum gratia *dict. leg. 1. paragrapho de eo opere.* Quintò vt noceat prædio rustico, siue ex alio itidem rustico veniat, siue ex vrbano non etiam si vrbano noceat *dict. leg. 1. paragrapho item sciendum* 2. in quo maximè differt ab actione & cautione De damno infecto, quæ potissimùm propter ædes & prædia vrbana comparata est *l. in stipulatione* 23. *& pass. D. de damn. infect.* quamuis etiam ad prædia & opera rustica pertineat *l. fluminum* 24. *in princip. paragrapho idem Seruius & seq. paragrapho item apud Vinianum & pass. eod. dict. l. Antaus 14. paragrapho penult. De aqua & aquæ pluu. arc.* Sextò requiritur vt opus sit factum in priuato, non in publico *dict. l. 3. paragrapho aqua pluuia eod.* Septimò vt non publica authoritate *l. quod Princeps 23. eod.* Octauò vt extet memoria quando factum fuerit opus *leg. 2. paragrapho Cassius autem eo.* Nonò vt sit factum contra naturalem vel quasi naturalem seruitutem, vel impositam *leg. 1. sed si vicinus & paragrapho vlt. eod.* Decimò & vltimò vt is cui nocet opus non debeat seruitutem recipiendi aquam *leg. 2. paragrapho vlt eod.* Hæc omnia qui sciet, cætera omnia quæ ad hanc actionem pertinent facilè intelliget, dummodò arbitrariam eam esse meminerit, Quod nos fortasse primi docuimus.

ANTONII FABRI I.C.

Decas nonagesimaquarta.

ERROR PRIMVS.

De actione Finium regundorum, quòd sit arbitraria.

De hac quoque actione vel nihil vel pauca admodum hucvsque scripsimus in libris nostris, Esse illam personalem nemo dubitat, licèt pro rei vindicatione sit, vt disertè scriptum est *in leg. 1. D. fin. regund.* Non ait Paulus inductum esse propter vindicationes, quomodo Vlpian. de actione Ad exhibendum *in l. 1. D. ad exhib.* sed esse pro rei vindicatione, id est loco vindicationis, quia non alij competit, quàm ei qui sit dominus, & quem aduersarius quoque dominum esse fateatur. Non enim de adiudicando dominio in ea tractatur, sed tantùm de adiudicandis finibus si aliter dirimi controuersia non possit *l. 2. paragrapho 1. leg. 3. & 4. fin regund.* De illo igitur tantùm dubitari potest, An bonæ fidei actio sit an stricta, an arbitraria. Bonæ fidei eam esse, illud videtur suadere, quod pleraque habet communia cum actionibus Familiæ erciscundæ, & Communi diuidundo. quas tamen bonæ fidei esse nemo ambigit *§. actionum Instit. de action.* Sunt enim tria hæc iudicia mixta & duplicia, sic appellata quòd in iis vterque actor sit, & vterque reus *l. in tribus* 13. *D. de iudic. l. iudicium* 10. *D. fin. regund. l. actionis* 37. *D. de obligat. & action.* Proindéque omnia arbitria appellantur, Non quòd sint arbitraria, quod de iudiciis Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo nemo vnquam dixit, nec dicere potuit, sed quòd plus in iis arbitrandum iudici committatur, quàm iudicandum. Sed tamen non esse hanc actionem bonæ fidei vel ex ipso maximè apparet, quod cum cæteris bonæ fidei actionibus enumerata non est *in d. paragrapho actionum,* vbi omnes enumeratas esse quotquot sunt bonæ fidei excepta rei vxoriæ & dotis actione de qua statim subiicitur *in paragrapho fuerat,* interpretes consentiunt, qui ex eo potissimùm paragrapho colligere solent, Valere argumentum à sufficienti partium enumeratione. Quod esset ridiculum si quam putarent deesse ex iis quæ enumerari potuissent, & debuissent. Atque hoc potissimũ argumento permoti nostri omnes vno ore defendunt esse hanc actionem stricti iuris. Arbitrariam enim esse ante nos, nemo dixit non magis quàm esse bonæ fidei: Pro qua sententia illud facit, quod fructuum incrementum recipit ex die litis contestatæ *l. 4. §. post litem. D. fin. regun.* quæ natura est iudiciorum stricti iuris *l. 2. l. 3. § in his quoque l. videamus 38. §. si actionem D. de vsur.* Ego contrà esse arbitrariam affirmo. Neque priùs possum admittere, aut hanc aut aliam esse stricti iuris quàm probatum fuerit neq; bonæ fidei esse illam neque arbitrariam. Sic n. Papin. nostrum loqui video *in d §. in his iudiciis quæ nec bonæ fidei sunt nec arbitraria,* vt significet stricta. Non quomodo nostri loquuntur, qui summam illam iudiciorum diuisionem esse volunt, vt omnia sint vel bonæ fidei, vel stricta, Non quasi arbitraria nulla agnoscant, sed quoniam non nisi ex strictis, tanquam ex fonte & origine arbitraria fluxisse putant, Contrà quàm à Iustiniano scriptum sit *in d tit. De action.* vbi postquàm præfatus est actionum omniũ alias esse bonę fidei, alias stricti iuris *in d. §. actionum.* Subiecit tamẽ *in § præterea,* esse præterea quasdam actiones arbitrarias, ne quis posset suspicari diuisionẽ illã actionem in eas quę sunt bonæ fidei & strictas fuisse sufficientem, néve dubitare quin actiones arbitrariæ tertiam speciem constituant à duabus reliquis differentem. Adeò vt laboret Iustin. duntaxat in actionibus bonæ fidei & arbitrariis explicãdis, earumq; exẽplis afferendis, nullo ferè de strictis habito tractatu, Nempe vt significet naturam actionum stricti iuris perspici satis possit cognita natura actionum bonæ fidei & arbitrariarum, sed non contrà. Nec quòd in actione Finium regundorum fructus veniant ex die litis contestatæ probat strictã esse actionem. Nam & in rei vindicatione idẽ obtinet *l. Iul. 17. §. 1. l præt. 20. l. & ex diuerso 35. §. 1. & pass. D. de rei vin.* & in Publiciana *l. sed etsi 7 alias l. eũ qui §. in Publ. D. de Publ. in rem act.* & in aliis plerisque earũ de quibus hucusque diximus, & quas arbitrarias esse probauimus. Cùm enim arbitrariæ omnes ex eo dicãtur, vt tam sæpè inculcauimus, quòd in iis arbitrium aliquod interuenire necesse sit vt sequi

possit

possit vel absolutio vel condemnatio, arbitrium autem illud ex æquitate semper æstimandum sit, æquitas autem ipsa ex qualitate & natura negotij. Mirum non est pro varietate negotiorum aliter atque aliter arbitrium concipi etiam quod ad fructus restituendos, vt aliquando de fructibus omnibus restituendis arbitrari iudex debeat, vt in actione Quod metus causa vt qui vim vel metum passus est, nullum penitus damnum ex eo sentiat *l. item si cùm 14. paragrapho t. l. si mulier 21. §. qui possessionem D. quod met. caus. d. l. videamus §. item si vi De vsur.* Itémque in Fauiana, Caluisiana & Pauliana *d. l. videamus §. in Fauiana.* Aliquando autem de iis tantùm qui percepti sint ex die litis contestatæ, vt in vindicatione tam ciuili & directa, quàm vtili & prætoria & in aliis pleris que. Inter quas actionem hanc qua de agimus Finium regundorum recenseri quid prohibet? Præsertim cùm vt initio diximus, sit illa pro rei vindicatione. An non enim facere hoc debet, vt in omnibus ferè eodem iure censeatur quo directa & ciuilis rei vindicatio? An non hoc consequens etiam est vulgari nostrorum brocardico, Actionem subrogatam sapere naturam eius in cuius locum subrogata est: vulg. *l. si eum 10. §. qui iniuriam D. si quis caution.* Quòd si in cæteris omnibus, cur non etiam in hoc vt sit arbitraria, quemadmodum vindicatio? Cur enim diuersam naturam habeat in eo quod maximè ad ipsius essentiam pertinet, cùm pro vindicatione sit? Nam ad rem non pertinet si quis differentiæ rationem ex eo velit petere, quòd vindicatio sit in rem, actio autem finium regundorum in personam: Cùm actiones arbitrariæ sint tam in rem quam in personam *d. paragrapho præterea Instit. de action.* Atqui, inquies, nullum in actione Finium regundorum non præcedit arbitrium iudicis, vt si ei non pareatur possit sequi condemnatio, cùm nulla iuris parte id scriptum inueniatur, ex quo tamen potissimum arbitrariæ actiones æstimãtur. Imò in quã præcedit tale arbitrium si quando sit necesse. Et ita esse scriptum est à Paulo in *d. l. 4. §. sed & si quis D. fin. regund.* vbi ait, si quis iudici non pareat in succidenda arbore vel in ædificio quod in fine positum fuerit, deponendo partéve eius condemnari eum debere. Quid enim hoc aliud est, quàm præcedere arbitrium iudicis debere de arbore succidenda, vel de ædificio deponendo, vt si parebit is qui iussus erit, absolui debeat, si nõ parebit, condemnari? Hoc ipsum autem, quid aliud obsecro quàm quod volo, Esse hanc actionem arbitrariam: Non enim semper in hoc iudicio necesse fieri mutuas adiudicationes, quomodo prorsus necesse est in iudiciis Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo. Siquidem hæc posteriora duo id duntaxat competunt vt res communes vel ex hæreditaria vel alia causa diuidantur? ita vt quod antea erat commune, fiat proprium singulorum, quod non aliter fieri potest quàm si pars illa quam in ea re socius habebat, adiudicetur alteri, cùm in re communi nihil iam sit vnius ex sociis quin etiam alterius *l. illud 46. D. de ri. nupt. l. 5. §. 1. & 2. De legat. 1. l. rectè dicimus 25. de verb. sign.* Ob eàmque causam fiunt illæ adiudicationes personis non rebus quia per eas fit vt persona totum habeat quæ antea non habebat nisi partem. At in actione Finium regundorum omnia sunt dissimilia. Officium namque iudicis in eo primùm versatur vt inquirat & dispiciat an necessaria sit adiudicatio, quæ vno tantùm casu necessaria est, Si euidentioribus finibus agros distingui oporteat, quàm alias fuissent distincti. Nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adiudicari, vt bene Iustinian. docet *in paragrapho vltim. Instit. de offic. iudic.* Et generalius, quoties non aliter iudex potest fines dirigere permittitur ei adiudicatione controuersiam dirimere, vt loquitur Vlpian. *in leg. 2. paragrapho 1. D. finium regund.* vbi obseruandum est quod ait permitti hoc iudici, vt significet non tam committi ei hoc quàm permitti ex necessitate scilicet magis quàm ex vi & natura actionis. Ad hoc enim tantùm datur iudex finium regundorum vt fines regat & dirigat, non vt ex vnius fundo quicquam alteri adiudicet. At verò vbi non potest fines dirigere (sic enim apud Vlpianum legendum est, non vt vulgò *dirimere* vt paulò post ibidem) necessariò permittendum ei est vt adiudicatione eam terminet, Ne alioqui nulla supersit ratio controuersiæ finiendæ & dirimendæ. Sed & cũ hoc ad eâ[illegible] adiudicatione controuersiam dirimi oporteat, singulari quodam iure euenit in hac actione quod non similiter in aliis, vt magis fundo quàm personis fines adiudicari intelligantur, quemadmodum Paulus tractat *in d. l. 4. §. si alter*, Vbi ex hoc infert, Si alter trium sit, posse iudicem adiudicare vni parti locum de quo quæritur, licèt plures dominos habeat, Vt in hac specie cùm sit adiudicatio pluribus vnusquisque portionem eam habeat in loco adiudicato, quam in fundo habet, & pro indiuiso. Itaque si actio Finium regundorum ad hoc tantùm aut principaliter daretur, vt fieret adiudicatio aliqua, sicut accidit in iudiciis Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo, vix esset in personam dari videretur, at non potiùs in rem, cùm adiudicatio fiat rei, non personæ. Sed dicitur esse & est in personam, quia ex sui natura pleràsque habet præstationes personales, cùm in ea sit habenda ratio etiam eius quod interest: puta si vnus ex litigatoribus aliquam vtilitatem percepit ex eo loco, quem alterius esse apparent. Hoc enim casu & eo nomine [illegible] fiet. Sed etsi mensor ab altero solo conductus [illegible] condemnatio erit facienda eius qui non conduxit, in partem mercedis *d. l. 4. §. 1.* Ad officium namque iudicis de finibus cognoscentis pertinet mensores mittere & per eos dirimere ipsam finium quæstionem vt æquum est, Et subiecto suis oculis, si ita res exigit, loco *l. si irrupt. 8. §. 1. eod. tit.* Hoc verò cùm accidit vt per mensores siue præsente siue absente iudice quæstio finiũ dirimatur, nullus sane cõdẽnationi faciẽdæ locus relinquitur, nisi quid extrinsecus intersit, non magis quàm adiudicationi. Cũ autẽ adiudicatio ex necessitate facienda est tùm quoque condemnationem interuenire necesse est, Cùm sit conueniens vt is cui ex alterius agro pars aliqua adiudicatur, vicissim ei in pecuniæ quantitatem certam debeat condemnari, quomodo ratiocinatur Iust. *in d. §. vlt. de offic. ind.* Vbi addit eo quoque nomine condemnandum quemque esse hoc iudicio, quòd fortè circa fines aliquid malitiosè cõmiserit, v. g. quia lapides finales furatus sit, vel arbores finales exciderit. Subiungit *Contumaciæ quoque nomine quisq; eo iudicio condẽnatur veluti si quis iubente iudice metiri agros passus non fuerit.* Et hic potissimũ locus est qui me mouet vt defendam actionem Finium regundorum esse arbitrariam. Cùm enim non nisi per adhibitos mensores finium quæstio dirimi possit, omnino antecedens est vt arbitrium semper interuenire & præcedere debeat de mensoribus adhibendis & admittendis. Cui arbitrio si pareatur, & per mensores finium quæstio terminetur, bene est, nec vlla sequitur, aut condemnatio, aut absolutio, Non condemnatio quia arbitrio paritum est, nisi extrinseca aliquã condemnationis causa concurrat ex iis quas proximè attulimus: Non absolutio vt euenit in cæteris arbitrariis, quia sicuti actio hæc

duplex est, ita & arbitrarium duplex quod de adhibendis & conducendis ab vtroque litigatore mensoribus redditur, Vt proinde si vterque pareat neuter possit absolui, quia neuter potest summoueri, nisi fortè quis dicat vtrumque litigatorum & absolui quatenus reus esse intelligitur & summoueri quatenus actor est. Sed hoc dici nullomodo potest, cum e contrario vterque potiùs obtineat, quod intendit. Quid enim aliud vterque petit, nisi vt fines regantur, & dirigantur? Hoc verò consequuntur ambo, cùm finium quæstio per mensores terminatur, aut quod effectu idem est, per iudicem ipsum adhibitis mensoribus. Indéque nimirum est quod iudicium hoc duplex appellatur, vt & iudicia Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo, in iisque est vterq; actor & reus, quia sc. vtriusq; intentio & petitio eadem est, neque recusare aut negare potest alteruter, quin illud ipsum præstare aut pati debeat quod aduersarium præstare, aut pati debere contendit. Itaque absolutio, vt dixi ex neutra parte sequi potest. Condemnatio tamen potest, contra eum videlicet qui arbitrio parēre, ac mensorem conducere noluit. Et ratio diuersitatis inter absolutionem, & condemnationem hoc casu illa est, quod non quemadmodū fieri potest, & fit plerumque vt vterq; pareat, ita fieri etiā queat vt neuter pareat, cùm saltem eum parēre necesse sit, qui prior ad iudiciū prouocauit, qui & idcirco actoris partibus fungitur *d. l. in trib. 13. D de iudic.* Nam si neuter obtemperare vellet, non magis condemnatio aduersus hunc aut illū, quàm absolutio sequi posset. Vtraq; verò obtemperante, licèt non possit sequi condemnatio ex ea causa quòd arbitrio paritum non sit, quæ formalis & proxima condēnationis causa est in actionibus arbitrariis, Sequi tamen potest ob alias illas extrinsecas causas quas attulimus, Nec cominùs verum est actionem esse, & manere arbitrariam, quia vt sit talis sufficit arbitrium ab initio aliquod præcedere debuisse, & quidem eiusmodi vt si ei obtemperatum non fuisset, sequi potuisset condemnatio, licèt postea neque secuta vlla sit, neque sequi potuerit, vt Tryphonini verbis vtar *in l. quod vulgo 19. De bonor. poss. contr. tabul.* Enimuerò inter eam condemnationē, quæ sequitur ob id quòd arbitrio non sit, & illa quæ propter alias extrinsecas causas irrogatur, hoc refert, quod posteriore casu leuior fit condemnatio, in id scilicet quod reuera interest, quia nihil nisi illud ipsum quod interest duntaxat æstimatur *d. l. 4. §. 1* At priore casu condemnatio fit grauior in pœnam contumaciæ, quomodo loquitur Iustin. *ind. §. vlt. De offic. iudic.* vt non tantùm inspiciatur quanti reuera intersit actoris, sed ipsa quoque contumacia puniatur & æstimetur vltra id quod verè interest vt *in l. 1. D. de in lit. iur.*

ERROR II.

De in litem iurando in actione Finium regundorum, & quid in ea sit immutatum per lib. 3. & 4. C. ill. tit. Et quænam hodie sit natura arbitrariarum actionum.

QVa ratione si quis dixerint, Etiam in actione Finium regundorum hoc casu iurari in litem exemplo vindicationis aduersus contumacem is meo iudicio non valdè aberrauerit, Non ob id solùm, quòd hæc actio pro rei vindicatione sit vt sæpius diximus, quodque eadem sit ratio iurisiurandi in vtraque actione deferendi ne alioqui cogatur dominus inuitus re sua carere eamque iusto pretio vendere contra *lib. nec quasi 70. D. de rei vindic. l. si filio familias 25. §. maritum D. solut. matr. l. non enim 3. D. rer. amot.* cùm quæstio de finibus controuersiæ proprietatis cohæreat *l. 3. C. fin. regund.* Sed etiam quia vix aliter dici possit quomodo punienda sit contumacia eius qui arbitrio iudicis Finium regundorum parere recusat, Quandoquidem per eam recusationem & contumaciam fit ne possit arbiter vlterius progredi. Quod non obscure significat lex Constan. *in d l. 3.* in illis verbis, *Quod si altera pars ne huiusmodi quæst. terminetur, se subtraxerit*, id est neque sui præsentiam facere, neque arbitrio parere noluerit. Arbitrium enim præcedere debere de agrimensore conducendo & ad locum de quo contenditur, ducendo, eadem lex probat cùm ait in præcedentibus, *& tunc agrimensor ire præcipiatur ad loca vt patefacta veritate huiusmodi litigium terminetur.* Ob eamque causam bene Constantinus eadem lege induxit vt etiam recusante altero litigantium debeat licere iudici mittere agrimensorem vt absente contumace faciat quicquid esset facturus vtroque præsente. Quod sane ita constitui superuacuum fuisset, si iam olim illud ipsum obtinuisset. Nec dubitari potest quin ea lex ius nouum præ se ferat siue inscriptionem attendamus, siue corticem verborum, siue rationem iuris. Inscripta est Imperatoris Cōstantini ad Tertullian. Comitem. diœceseos Asianæ, vt intelligimus non esse illud rescriptum Imperatoris ad priuati cuiusquam libellum, sed constitutionem generalem ad nouum & ante illam diem inauditum ius inducendum. Verba sunt imperantis nō respondentis *prius* inquit, *poss. quæst. finiatur, & tunc agrimensor ire præcip.* Non quasi ante legem illā mitti non posset agrimensor ad loca vt patefacta veritate quæstio de finibus terminaretur, in quo præcipuum iudicis Finiū regundorum officium consistebat, vt apparet, *ex d l. si irrupti. e §. 1.* Sed quia sic obtinebat vt quæst. De possessione quæ proprietatis quæstionē solet semper præcedere, non tamen præcederet quæstionem De finibus, Siue quòd iudicium Finium regundorū latiùs pateat quàm vindicationis, cùm etiam inter vsufructuarios competat, & inter eos qui pignoris iure possident *d. l. 4 § pen. D fin. reg.* Siue potiùs quòd sit hæc actio in persona *d l. 1. eod.* Inde namque est quod Impp. Theodosius Arcadius & Honorius *in lt. C. eod.* decreuerunt vt finalis quæstio non longi vt anteà, sed longissimi duntaxat temporis præscriptionē pariatur quæ ab illis ipsis Imperatoribus fuit primùm introducta *in l. 3. Cod. de præscrip. 30. vel 40 annor.* cùm olim esset incognita. Vult ergo Constantinus & imperat non vt iudex Finium regundorū agrimensorem mittere possit aut debeat quod iam olim facere poterat & debebat, sed vt non priùs quàm terminata sit quæstio De possessione. Id enim significat articulus ille *tunc* denotans temporis extremitatem *lib. Gallus 29. in princip. De liber. & posthum. lib. 4. in fin. De cond. & demonstr.* Vnde & suspicor facilè in eiusdem constitutionis fine legendum esse *perueniat* non *perueniri* vt eadem vis & forma retineatur verborum imperatiui modi. Postquam constitutionem fateor nihil causæ esse cur in hac Finium regundorum actione hodie iurari in litem oporteat, cùm neutrius litigatoris contumaciæ possit facere quominùs tota de finibus quæstio per agrimensorem à iudice missum commodissimè terminetur, exemplo eius, quòd in ipsa quoque rei vindicatione tandem immutatum est, vt quamuis semper competat ratione dominij, hodie tamen nunquam in ea iuretur in litem si conuentus possessor habeat restituendæ rei facultatem, Post quàm Iustiniano placuit sub Vlpiani nomine *in leg. qui restituere 68. D. de rei vind.* vt eo casu transferri ab illo possit

possit & debeat possessio manu militari. Sola enim necessitas induxit æquitatem, & sola æquitas necessitatem deferendi in litem iurisiurandi. Quòd si quis, miretur nullo iuris locu scriptum esse quod dicimus, In actione Finium regundorum iurari in litem potuisse. Respondebo primùm quod Logici solent, Nullius momenti esse argumentum à negatione, Maximè ad rationem iuris quæ in contrarium pugnet, profligandam. Deinde posse id accidisse ex eo quod nunquam iuratur in litem ne quidem contra furem nisi cùm furti actio defertur iure dominij quemadmodum in superioribus ostendimus *ex l. cum furti 9. D de iur.* iunct. *l. si vendidero 80 § 1. D. de furt.* Actio autem Finium regundorum non semper defertur iure dominij, vt dixi, sed plerũque iure pignoris & vsusfructus *d. l. 4. §. pen. D. fin. regund.* Postremò dicã fieri potuisse vt Tribonianus locos omnes illos corruperit & sustulerit qui de huiusmodi iureiurando in actione ista deferendo loquebantur, sicuti corrupit Vlpiani sententiam *in d. l. qui restituere*, quòd videret sublatam hodie supradicta Constantini lege iurandi in hoc iudicio necessitatem. Vtcunq; sit, parùm enim refert, Dico grauiorem esse condemnationem in actione Finium regundorum si quis ideò cõdemnetur quod arbitrio non paruerit, quàm si ex alia caosa qualibet, Eamque verã & germanam esse notã actionis arbitrariæ, vt quamuis non in omnibus iuretur in litem, in omnibus tamen grauiùs puniatur is qui arbitrio non paruit, & quidem ob hoc ipsum quia non paruit, quoniam condemnatio illa nihil nisi pœna contumaciæ est *d. §. vlt. Inst de offic iudic. l. vlt. D. de fideiuss. d. l. 1. D. de in lit. iur.* Cùm verò ex aliis causis extrinsecis condemnatur quis in actione Finium regundorũ, puta quod ex ea fundi parte quã nunc vicini esse apparet, aliquam vtilitatem perceperit, aut agrimensorem ab aduersario solo conduci voluerit, ipse tamen sui copiam fecerit nec agros metiri prohibuerit, vel si lapides aut terminos finales excederit vel furatus sit vt *in d. §. vlt. De offic. iudic. & d. l. 4 §. 1. fin. regund.* condemnatio fit in eam præcisè quantitatem ad quam vsque actor sua interesse probauerit. Fit enim hæc condemnatio non ob pœnam neglecti arbitrij, sed ob factum ipsum ex quo læsus est actor, quem indemnem præstare non tantùm æquitatis sed existimationis est. Proinde si præter factum ponas etiam arbitriũ interuenisse de aliqua re facienda, Vt puta de succidenda arbore aut de ædificio deponendo patiéve eius quod in fine agri alieni positum sit, non solùm condemnabitur is qui non paruit, vt scriptum est *in d. l. 4 §. sed & si quis*, Sed etiã grauiùs condemnabitur, vt contumaciæ quoque suæ, quæ impunita nunquam manere debet, pœnam aliquam sentiat. Et ita esse accipiendũ puto quod scriptum est *in dict. §. sed & si quis*: Ex quo etiam loco negari nõ potest, quin probetur euidentissimè actionem hanc esse arbitrariam, cùm in ea condemnatione locum faciat arbitrium, & contumacia secuta in non parendo. Quod in actionibus strictis planè diuersum est in quibus condemnatio fit ex natura actionis & rectà, nullo arbitrio præcedente. Qua ex differentia, etiam illa nascitur, quòd cæteræ condemnationes euitari nullomodo possunt, nisi reus ante rem iudicatam actori, vltrò satisfaciat *§. vlt. Inst. de perpet. & tempor. action.* quis scilicet non pro pœna sed propter rem ipsam infliguntur. Ea verò condemnatio quæ in pœnam contumaciæ neglectique arbitrij irrogatur euitari potest vsque ad sententiam, quia pœnalis est *dict. §. præterea & dict. l. item si tum hæc actio De quod met. caus.* Idem enim accidit in cæteris, quoque pœnalibus si modò tales sint vt restituendæ rei facultatem admittant ad euitandam pœnam, quemadmodum scriptum est de actione in duplum, quæ datur ex edicto De publicanis *l. hoc edicto 1. D. de public. & vectig.* Hæc enim restrictio addenda est excludendas pœnales illas actiones in quibus nihil ad pœnam euitandã prodest quod paratus sit reus rem restituere ante acceptum quoque iudicium, vt euenit in actione furti *l. qui ea mente 56. D. de furt.* Et Vi bonorum raptorum *l. penul. im. D. de bonor. rapt.* & aliæ similes quæ pœnam irrogant ex delicto, quòd quoniam in facto consistit, non magis per pœnitentiam tolli potest, quàm vt quod factum est pro infecto habeatur *§. item actio 27. Inst. de act.* Actiones arbitrariæ mediæ quomadmodo sunt inter has & illas pœnales, quia iudicis arbitrio solam rei persecutionem continent, pœnam autem nullam ne tùm quidem cùm ex delicto dantur vt cernere est in actione Rerum amotarum *l. si mulier 21 §. hac actio De rer. amot.* & in actione in factum quæ datur ex edicto Prætoris De alienatione iudicij mutandi causa facta *l. quia pertinet. 7. D. ill tit. De alien. iud. mut. caus. fact.* Sed si arbitrio non pareatur, pœnalem semper habent condemnationem, id est grauiorem in pœnam contumaciæ *dict. l. vlt. D. de fideiuss. dict. §. vlt. Inst. de offic. iudic.* Est tamen casus vnus in quo actio Finium regundorum ab initio pœnalis est ita vt nulla oblatione euitari pœna possit ne quidem ante iudicium acceptum. Is est *in l. si constiterit 4. Cod. fin. regund.* vbi Imperator idem Constantinus sanxit vt si is qui finalem detulit quæstionem, priusquàm aliquid sententia determinetur rem sibi alienam vsurpare voluerit, non solùm id quod malè petebat, amittat, sed etiam quo magis vnusquisque suo contentus non expetat rem iuris alieni, qui ireptor agrorum fuerit in lite superatus, tantùm agri modum quantùm adimere tentauit, amittat. Post quas duas Constantini leges fatendum est valdè fuisse derogatum iuri veteri, quod pertinet ad hanc actionem Finium regundorum, & adeò immutatam eius naturam, vt desiisse videatur esse arbitraria. Non quasi nullum hodie sit arbitrium in ea necessarium, aut quod arbitrium iudicis contemni possit, sed quia è contrario parendum arbitrio est omnimodo, nec proinde potest vlla sequi condemnatio, vt olim, ob id solùm quòd arbitrio non sit obtemperamentum. Nec eo tantùm casu quo de agrimensoribus conducendis & mittendis arbitrium iudicis interuenerit. Sed illo etiam quo de succidendis arboribus aut deponendis ædificiis in fine positis, vt *in d. lib. 4. paragrapho sed etsi quis fin. regund.* Nam si tùm quoque cùm possessor vindicationis iudicio conuentus & restituere iussus non paruit, condemnatio nulla eo nomine sequi potest quia manu militari transferenda possessio est in actorem, nec nisi fructuum & omnis causæ nomine condemnatio fit vt disertè scriptum est *in dict. lib. qui restituere*, An non multò facilius est vt is qui arbores succidere, aut ædificium deponere iussus fuit si non pareat cogatur pati adhibita etiam, si opus sit, manu militari vt succidantur arbores, aut ædificium deponatur? Vtrumque enim eo non solùm absente sed etiam præsente ac inuito fieri per alios potest. Nulla igitur condemnatio fiet, quæ olim erat necessaria *d. §. sed etsi quis* nisi pro eo quod aliunde interierit si quid extrinsecus interfit, vt *in d. lib. 4. §. 1.* Hoc enim est quod Tribonianus generaliter constitutum voluit *in d. l. qui restituere in fin.* vbi ait sententiam illius legis esse generalem, nec ad vindicationis iudicium restringendam, sed ad omnes actiones protrahendam ex quibus arbitratu iudicis restituit quid & præstari oporteat, quod manu militari fieri possit, nec præcisè factum litigatoris requirat, Cuiusmodi sunt omnia, quæ patientiam solã exigunt, quam scilicet præstare quis cogi potest citra vim & impressionẽ

in hoc tamen etiam hodie separanda est vindicatio ab actione Finium regundorum, quod in vindicatione locus est iis distinctionibus de quibus *in d.l. qui restituere*, Vt si fortè reus dolo malo desierit possidere rem de qua conueniebatur damnandus sit quanti actor sua interesse sine vlla taxatione in litem iurauerit. Si autem citra dolum malum quanti actor reuera interesse sua probauerit. At in actione Finium regundorum nullus his distinctionibus locus relinquitur, quia non sicuti rerum etiam mobilium vindicatio est, quæ facilè occultari possunt, & quarum nomine ideò actionem Ad exhibendum comparari necesse fuit *l. 1. D. ad exhib.* Ita & actio Finiũ regundorum pro rebus mobilibus vlla inducta est. Pertinet enim duntaxat ad prædia, eaque rustica non ad vrbana. Nec enim confines hi sed magis vicini dicuntur, & ea prædia communibus parietibus plerunque disterminantur, vt monet Paulus *in d. l. 4. § pen.* Itaque nihil potest accidere ne quidem per contumaciam vnius ex litigatoribus quominùs iudex datus in actione Finium regundorum officio suo fungatur, mittendo agrimensores qui etiam absente aduersario fines dirigant cæteraque omnia faciant, quæ præsente illo fieri possent *d.l. 4. C. eo.* Nec si vnus ex litigatoribus dolo malo desierit post acceptum iudicium & pendente lite possidere: Nam hoc casu tale iudicis officium esse debet, vt idipsum statuat, quod statueret si alienatio nulla facta esset, vt *in l. 4. § 1. D. de aquæ pluu. arcend.* Ne alioqui dolus litigatoris pendente lite alienantis deteriorem faciat conditionem aduersarij, quod Prætor nunquam permittit *l. 1. in princ. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* An igitur dicemus Actionem Finium regundorum hodie strictam esse non arbitrariam: Minimè verò. Nec enim actiones arbitrarias sustulit Iustinianus *in d.l. qui restituere*, sed tantum earum vim naturam & potestatem immutauit, augendo potiùs quam minuendo. Induxit enim necessitatem præcisam parendi arbitrio iudicis per coactionem non quidem faciendi sed patiendi, Cùm posset olim reus non parêre quamuis non impunè sed ita tamen si in pecuniariam licèt grauiorẽ pecuniæ quantitatem condemnari mallet. Idcóque omnimodo necessaria erat condemnatio, si arbitrio non pareretur. Hodie condemnatio nulla necessaria est, sed tantò magis arbitrium, quod vim condemnationis obtinet. Quare si arbitrariarum actionum definitionem à me ex nouo iure nunc exigas, Dicam arbitrarias eas esse non ex quibus si arbitrio iudicis non pareatur sequi debeat condemnatio, vt olim *d. §. præterea Instit. de act.* sed in quibus non modò arbitrium interuenire necesse est vt anteà, & quale anteà sed etiam arbitrio parêre & arbitrij tanquam sententiæ executionem fieri, etiam manu militari si aliter non possit. Est igitur etiam hodie actio Finium regundorum arbitraria, ita vt nec aliud arbitrari iudex debeat quàm quod olim, sed non vt olim condemnare; præterquam iis casibus in quibus olim condemnatio fiebat non propter contumaciam & in pœnam neglecti arbitrij, sed ex alia causa qualibet; vt in exemplis *d. l. 4. § 1. D. fin. regund.* & in prioribus positis *in d. §. vlt. Inst. de offic. iud.* Quantùm autem intersit an ideò quis condemnetur quòd arbitrio parere noluerit an ex qua alia causa, etiam in actione arbitraria, ex eo intelligimus quòd prior condemnatio euitari potest si arbitrio pareatur. Posterior nec olim poterat, nec hodie potest etiamsi maximè pareatur. In cæteris verò actionibus quo non sunt arbitrariæ sed strictæ, apertiùs id intelligitur. In quibus etiam post rem restitutam vel condemnationi locus adhuc relinquitur perinde acsi nulla restitutio facta esset vt in actionibus Furti & Vi bonorum raptorum probauimus ex *l. quia mente 65. D. de furt. l. pen. D. vi bonor. rapt.* aut saltem dubitatio an adhuc condemnandus sit reus qui post acceptum iudicium rem restituit, vt *in d.l. hoc edicto 5. De public. & vectig.* quę dubitatio non nisi stulta esse posset si ob id duntaxat condemnandus esset reus, quòd iussu & arbitrio iudicis rem nondum restituisset. Libera enim semper potestas est satisfaciendi arbitrio in diem vsque rei iudicatæ *d l. item si cùm 14. § 1. & §. hac actio D. quod met. caus.* nec distinguitur vt *in d l. hoc edicto*, an restitutio fiat ante iudicium acceptum, an post, cùm non priùs arbitrium reddi possit, quàm & lis contestata fuerit, & facti quæstio non solùm discussa, sed etiam definita, vt superioribus Decadibus explicauimus. In quo euidens detegitur error illorum contra quos tota hæc De arbitrariis actionibus disputatio à nobis instituta fuit, & qui defendunt primam illam pronunciationem, quam ferri in arbitrariis iudiciis necesse est vt reddendo arbitrio locus fiat, sententiá esse & condemnationem, Inde enim coguntur fateri, quod miror, post eam pronunciationem non licere iam absoluere reum qui vim aut metum aut dolum fecisse dicitur, quamuis restituat, sed itidem vt in aliis quæ arbitrariæ actiones non sunt, & arbitrium iudicis & litis æstimationem sequi, & specialiter in actione Quod metus causa officio iudicis quadruplari omne id quod restitui oportet. Hæc enim illorum verba sunt, Apertè contrà quàm scriptum sic *in d.l. 14. §. 1. & §. hac actio.* In illa actione cùm sit arbitraria habere reum licentiam faciendi restitutionem vsque ad sententiam ab arbitro datam. Quòd si non fecerit, id est si antè sententiam & condemnationem quadrupli rem non restituerit, tunc iure meritóque quadrupli condemnationem, inquit, patietur. Condemnationem ergo intelligit quadrupli non eam per quam pronuntiatur vim illatam fuisse, aut metum. Eandémque vocat sententiam ab arbitro datam, quia sequitur hęc arbitriũ, quòd prior illa pronunciatio necessariò præcedit. Falsum igitur est, non licere iudici absoluere reum à condemnatione quadrupli quamuis restituat, cùm non statim ea actio sit quadrupli, sed ita demùm si res non restituatur *d.l. 14. §. in hac actione in fin.* Nec ob vim illatam aut metum sed ob rem non restitutam. Sicut & falsum illud est quod addunt officio iudicis quadruplari omne id quod restituendum est. Fit enim ea & condemnatio & quadruplatio non officio & arbitrio iudicis, sed ex vi & potestate verborum edicti *d.l. 14. paragrapho 1. & §. quatenus & pass. eo. tit.*

ERROR III.

De mixtis actionibus quæ in rem & in personam simul esse creduntur.

QVando de actione Finium regundorum tam multa dicere iam cœpimus lubet hic addere aliquid aduersus eos qui actionem hanc mixtam esse defendunt eo sensu quòd sit in rem simul & in personam. Quæ sententia est non quorundam interpretum sed omnium tam veterum quàm recentiorum. Omnes enim decepit, quod à Iustiniano scriptum creditur *in paragrapho quædam actiones 20. Institut. de action.* cuius verba nimirum hæc sunt, *Quædam actiones mixtam causam habere creduntur tam in rem quam in personam qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit coheredibus de diuidenda hereditate. Item Communi diuidundo quæ inter eos redditur inter quos aliquid*

communæ

commune est ut id diuidatur. Item Finium regundorum actio, qua inter eos agitur qui confines agros habent. Quibus verbis nihil sanè scribi potuit apertius. Sed tamen non est ex interpretibus qui explicet quo sensu aut qua ratione possit verum esse vt hæ tres actiones dicantur esse tam in rem quàm in personam. Esse enim illas omnes personales constat, Nec vlla tamen est de qua id clariùs expressum sit quàm de actione Finium regundorum *in l. 1. D. fin. regund.* vbi quod additur *licèt pro vendicatione rei est* ostendit manifestè non eo minùs censeri debere actionem hanc personalem, quòd comparata sit quasi loco vindicationis, quòdque proprietatis controuersiæ cohæreat, vt loquitur Cõstantinus *in l. 3. C. eod* neq; ob eã causam posse aut realẽ dici aut mixtã. Alioqui nihil sanè causæ erat cur eam Paulus aut realem, aut mixtam non diceret æquè ac purè & simpliciter personale. Et tamen hoc vnum est quod afferunt illi, qui mixtam esse volunt, nec minùs in rem quàm in personam, quòd inquiunt, admixtam habeat causam proprietatis. Magisque laborant in aliis duabus actionibus, Familiæ erciscundæ, & Communi diuidundo in quibus nihil videre possunt, quod cum quæstione De proprietate & dominio quicquam habeat commune. Si quidem non inter alios iudicium Familiæ erciscundæ exerceri potest, quàm quos constet esse hæredes, & pro qua parte, nec aliter quàm si neque hæreditatis, neque partis controuersia vlla fiat *l. 1. in fin. l. cum putarem 36. D. famil. ercisc.* Sicuti nec iudicium Communi diuidundo nisi inter eos qui fatentur rem esse inter se communem *l. 3. & pass. D. commu. diuid* Auget iis dubitationem quòd com pleræque aliæ actiones directæ quidem sint in personam, sed scriptæ tamen in rem, qualis est actio Ad exhibendum *l. 3. §. est autem personalis* iunct. §. *vlt. l. 4. l. Celsus 5. §. vlt. De ad exhib.* Itemque actio Quod metus causa *l metum 9 §. animaduertendum De quod met. caus* Mixtas tamen esse has actiones nullibi scriptum est, quod certè non fuerat prætermittendum *in dict. §. quadam.* vbi de mixtis actionibus nominatim & ex professo tractabatur. Quod si mixtæ illæ non sunt sed merè personales tametsi in rem scriptæ sint, vt de actione Ad exhibendum disertè scriptum est *in dict. §. est autem*, & de actione Quod metus causa *in §. præterea, Inst. de act.* quis ferat Actiones Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum mixtas appellari, quæ in rem neque directæ sunt neque scriptæ? Addamus, Si qua actio mixta est eo sensu quod sit in personam, eam maximè esse petitionem hæreditatis. Hanc enim licèt in rem sit, tamen habere mixtam personam actionem, scribunt Imperatores *in l. hæreditatis 7. Cod. de petit hered.* ob eámque causam rescribunt non submoueri illam præscriptione longi temporis qua submoueri solent actiones in rem speciales, sed esse perpetuam, quales erant olim ciuiles omnes personales quæ triginta annis hodie concluduntur post *l. sicut 3. Cod. de prescrip. 30. vel 40. annor.* Et tamen non enumerat eam Iustinianus inter mixtas *in dict. §. quadam.* His nimirum rationibus victus defendi iam olim *l. 30. Coniect. cap. 10.* tres istas actiones Familiæ erciscundæ Communi diuidundo & Finium regundorum quæ dicuntur mixtæ *in d §. quadam*, non posse eo sensu mixtas appellari, quòd sint tam in rem, quàm in personam: sed ob id potiùs quod in iis vterque ex litigatoribus duplicem personam gerat & actoris & rei, vt apertis verbis expressum est *in l. tribus 13. D. de iud. l. iudic. 10. D. fin regund. l. inter coheredes 44. § qui familia D. familia ercisc. lib. 2. paragrapho 1. D. commu. diuid lib. actionis 37. paragrapho iuxta D. de oblig. & act* Nec me hucusque sententiæ meæ pœnitet, & emendationis vt verba illa *d. §. quadam, tam in rem quàm in personam* imperito interpreti potiùs adscribenda sint, quàm Triboniano. Nam & ratio quæ sequitur in eodem §. propter quam tria illa iudicia mixtam causam habere dicantur, probat euidenter non quod volunt interpretes esse illa tam in rem quàm in personam, sed ideò dicta duplicia quod in iis vterque & actor sit, & reus. In his. n. tribus iudiciis permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adiudicare, & si vnius pars prægrauari videbitur, eum inuicem certa pecunia alteri condemnare. Nam quatenus ei adiudicatio fit, actor est, reus autem quatenus condemnatur. Idque à nobis supradicto loco bene tractatum est. Sed illud malè quòd mixtas nullas tùm agnoscebamus quæ mixtæ dici possint eo sensu interpretum quod in rem sint, simul & in personam. Fateri. n. nunc cogimur, Petitionem hæreditatis esse mixtam non quod scripta sit in rem & directa in personam, vt tùm quoque scripsimus, Sed quod è contrario licèt sit directa non minùs quàm scripta in rem, vt constat ex *l. sed etsi 25. §. antep. D. de her. pet.* mixtam tamen habet personalem actionem, vt ait *d. l. hæreditatis*, nempe quoniam habet quasdam imò plurimas præstationes personales, quæ in actionem merè realem venire nunquam possent, vt puta eorũ quæ à debitoribus sũi exacta, itémq; pretio:ũ inquit Vlp. *in d. § antep.* Et hoc nascitur ex eo quod iudiciũ petitionis hæreditatis est vniuersale, ideóq; licet sui natura sit in rem, non minùs quàm vindicatio specialis *l. 1. D. de rei vindic.* quoniam quisquis petitionem hæreditatis instituit, hæreditatem suam esse dicit, & nihil aliud principaliter intendit, facilè tamen mixturam illam personalis actionis admittit, quam specialis in rem actio admittere nullomodo potest. Possunt. n. facilè specialia inesse vniuersalib. at specialibus non magis quàm vt corpus vnum insit alteri, quod citra penetrationem dimensionũ fieri nunquã posset. Atque huc pertinent rationes illæ omnes quas in Coniecturis attulimus, vt mixtas actiones nullas esse probaremus. Quòd actiones omnes dẽtur aut contra eum qui aliquomodo sit obligatus, quæ personales sunt actiones, aut aduersus eum qui nullomodo, quæ reales. Item quod quisquis agit vel intendat aduersarium dare aliquid vel facere oportere, quæ actionum personaliũ natura & potestas est, vel nihil tale intendat quod contingit in realibus. Cùm enim duo hæc dilẽmata constẽt ex cõtradictoriis inter quæ nec medium, nec tertium quicquã esse possit, bona certè consecutio est vt actionem omnẽ specialem vel realẽ tantùm vel personalem tantùm esse necesse sit, nullam mixtã, Non magis quàm vt idem aliquid sit vel non sit. Sed non conuenit hæc ratiocinatio vniuersalibus actionibus quæ licèt in rem sint absolutè, possunt tamen aliquid cõstituere, quod aliquo respectu sit personale. Quare quod de hæreditatis petitione ciuili scriptum est *in dict. § antepen. & in dict. l. hered.* mixtam eam esse personali licèt potissimùm & maximè sit realis. Idem de qualibet alia hæreditatis petitione dici potest siue possessoria & prætoria illa sit, siue fideicommissaria. Omnes, n. petitioni hæreditatis ciuili persimiles sunt, Omnes æquè vniuersales, Æquè in rem sui natura, æquè mixtam habentes personalem. *Tot. tit. De poss. her. pet.* Et *De fideic. pet.* At extra has causas quemadmodum vniuersalis actio in rem nulla est, ita nec vlla mixta. Sunt quidem aliæ nonnullæ vniuersales qualis est persecutio fideicommissi per quam petitur restitutio hæreditatis ex Trebelliano, Itémque actio inofficiosi testamenti, & si quæ sunt similes. Sed sunt illæ personales tantùm & directæ scriptæque in personam hæredis *l. si mulier 59. § ex*

ff. D. de iur. dot. l. Papinianus 8. §. si conditioni D. de inoff. testam. nec vlla potest vnquam subesse ratio, aut necessitas faciendi, vt habeant quid mixtum ex reali, aut vt habeant vllas præstationes reales. Cùm per se possint sufficere tanquam pleniores & efficaciores, quàm reales hoc ipso, quod condemnationem quamlibet extorquere possunt, & ex ordine actionem quoque in rem, si qua necessaria videatur. Vt euenit in fidei commissario, qui post factam sibi restitutionem hæreditatis, vbi cœpit habere in bonis res omnes hæreditarias, etiam prius quàm corporalem earum possessionem nactus fuerit, vindicationem suo iure postea exercere potest *l. facta 63 in princip. D. ad SC. Trebell.* iunct. *l. in rem 23. D. de rei vindic. l. rem in bonis 52. D. de acquir. rer. domin.* Actiones verò in rem speciales nunquam per se sufficiunt ad extorquendam condemnationem, nisi arbitrio iudicis interueniente. Propter quam causam sunt omnes arbitrariæ, nec possunt per se habere vllas præstationes personales. Contrà verò hæreditatis petitio ideò non est arbitraria, quoniam licèt sit in rem, tamen vniuersalis est, & tanquam vniuersalis habet præstationes personales, quarum respectu habet mixtam naturam personalis actionis, vt nullo etiam intercedente arbitrio possit extorquere condemnationem, adeóque plenissimam, id est etiam fructuum & vsurarum accessione auctam, quæ natura esse solet earum duntaxat actionum personalium quæ bonæ fidei sunt, Vnde est quod cùm olim dubitaretur an bonæ fidei esset, an stricta, quòd contra eum detur, qui nec expressè nec tacite fidem vllam dedisse intelligi possit, Iustinianus tandem inter bonæ fidei actiones enumerari eam voluit *in l. vlt. in fin. Cod. de petit. hæredit. & §. actionum. Institut. de action.*

ERROR IV.

De actionibus familiæ erciscundæ & communi diuidundo, Non esse illas in rem vllomodo, & cur ex quasi contractu nasci dicantur.

SVauis verò est Cuiacius qui cùm videret Petitionem hæreditatis mixtam esse, neque tamen cùm cæteris mixtis enumeratam *in dict. §. quædam actiones.* Scripsit in paratitlis *ad tit. C. fin. regund.* Esse hanc quadrigam mixtarum actionum Petitionem hæreditatis, Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum, Putauit nimirum adiungendam tribus quartam vt quadrigam efficeret, nec vidit ex his quatuor vnam tantùm esse quæ mixta dici possit quòd in rem sit simul & in personam. Alias mixtas quidem esse, sed alio longè sensu, ac proinde non posse ex his quatuor quadrigam effici, non magis quàm ex tribus equis si quartus desit, aut ex vno, si tres. Sed suauior est mehercule, cùm addit has omnes mixtas actiones ex quibus infelicem ipse quadrigam illam constituit, plerunque magis in rem esse quàm in personam. Quòd licèt de hæreditatis petitione dicatur verè, vt probauimus, de actione verò Finium regundorum minùs euidenter falsum sit, quoniam illa pro rei vindicatione est. Attamen quòd ad actiones Familiæ erciscundæ & Communi diuidondo, euidentissime falsissimum est, cùm in iis aut circa eas nihil possis comminisci propter quod videri debeant esse in rem. Nec enim qui agit Familiæ erciscundæ, aut Communi diuidundo intendit rem suam esse, imò neque communem, quòd in necessarium antecedens vtraque actio supponit, non solùm pro vero, sed etiam pro confesso. Quid ergo? Esse obligatum socium ad hoc vt patiatur diuisionem rei hæreditariæ aut communis, & vt ea præstet, quæ in huiusmodi iudicia veniunt ex bona fide. Fateor nasci actiones istas ex re, vt scriptum est *in l. si quis cùm 29. D. commun. diuid. l. furiosus 46 D. de oblig. & act.* Sed nego quod valde improbabiliter Cuiacius infert, Esse igitur illas in rem. Quid n. habent ista simile? Nasci actionem ex re, & Actionem in rem esse? Alioqui paulatim eò deueniemus, vt dicamus conditionem certi ex mutuo conditionem indebiti: Actiones depositi, Commodati & pignoratitiam, quas omnes constat esse personales, habendas tamen pro actionibus in rem, ideò quòd obligationes ex quibus nascuntur, re contrahantur *Tot. tit. Inst. quibus mod. re contr. obligat.* Replicabis pro Cuiacio, quod non negabo, Aliud esse obligationem re contrahi, Aliud verò nasci actionem ex re ipsa. Quas. n. suprà diximus re contrahi obligationes, eæ pariunt actiones quæ omnes ex contractu nascuntur, vel saltem ex quasi contractu vt includam condictionem indebiti. Sed tamen non eo minus verum est, Bonam non esse consecutionem, si quis cum Cuiacio, actionem aliquam ob id quod ex re nascatur in rem esse contendat, Cùm. n. de actione aliqua quærimus an in rem sit, an in personam, non illud inspiciendum est vnde trahat originem, sed in quem & ad quid detur, id est quænam sit actoris intentio, an directa in rem, an in personam. Multò autem absurdior est illa Cuiacij collectio, vt actiones istæ Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo idcirco in rem sint, quia non sunt ex contractu. Quasi verò non possit sufficere, vt sint ex quasi contractu. An non enim actiones personales eæ dicuntur, quæ nascuntur ex contractu vel quasi aut ex maleficio, vel quasi, adeóque ex variis causarum figuris *l. 1. D. de oblig. & act.* Atqui actiones has de quibus tractamus Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo ex quasi contractu nasci apertè scribit Iustinianus *in §. item si inter aliquos Instit. de oblig. quæ ex quasi contr. nasc.* Qua igitur fronte potest dici esse illas aut in rem aut mixtas? Difficilius illud est dicere quomodo possint hæ actiones nasci ex quasi contractu, cùm nascantur ex ipsa rei communione, quę interdum accidit etiam inter ignorantes & citra affectionem vllam contrahendæ societatis. Vt euenit in re duob. legata. Item si à duob. simul empta res sit, aut si hæreditas vel donatio communiter pluribus obuenit, & in aliis casibus quod exempli loco affert Vlpianus *in l. vt sit 31. & seqq. De pro socio.* Nam quod Iustinianus supradicto loco affert pro ratione vt socij videantur ideò teneri ex quasi contractu, quòd ex maleficio non teneantur, nullam penitus habere rationem videtur, Licèt simili ratiocinatione vtatur Caius *in l. si quis absentis 5. D. de oblig. & act. §. tutela.* vbi ait. Eos qui tutelæ iudicio tenentur, non propriè ex contractu obligatos intelligi, quoniam nullum negotium inter tutorem & pupillum contrahitur, sed quia ex maleficio non tenentur, quasi ex contractu obligatos videri, Si enim bona hæc ratio est, Perinde inferas ex quasi contractu nasci omnes, quæ etiam ex quasi maleficio nascuntur, quia illæ non ex maleficio verè ac propriè nascuntur *d. l. 5. §. pen. & vlt.* Multò magis illas quæ ex variis causarum figuris originem trahunt, quas tamen nemo dixerit ideò nasci ex quasi contractu, quòd ex maleficio non nascuntur. Puto ergo sic intelligi rationem hanc posse & debere, non vt quisquis actione aliqua teneatur, sed vt quisquis obligatus est, eum necesse sit obligatū esse, aut ex contractu vel quasi, aut ex

maleficio

maleficio vel quasi. Nam actiones illæ quæ directæ quidem sunt in personam, sed scriptæ in rem vt Ad exhibendum, Quod metus causa, & si quæ sunt similes quæ nascuntur ex præsenti possessione, perinde atque actiones in rem, vt loquitur Paulus *in l. non alias 24. § sed si postulatur. D. de iudi.* dantur contra eum qui nullo modo nulloque iure obligatus est, nec ideò dicuntur in personam esse quòd ex personali aliqua obligatione nascantur, vt cæteræ de quibus dicere solemus habere illas obligationem pro matre *l. licet 42. §. ea obligatio D. de procur.* Sed quia directæ sunt in personam & per eas intendit actor aduersarium dare aliquid, hoc facere oportere, quæ perpetua omnium personalium actionum natura & nota est *§ appellamus Instit. de act.* At actiones Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo non sunt ex hoc genere. Dantur enim non solum in personam, sed etiam ex obligatione aliqua præcedente, quæ non potest non esse personalis. Bona igitur consecutio est, vt cum non nascatur ea obligatio ex contractu, neque rursus ex maleficio quo nomine etiam quasi maleficium significatur hoc loco, fatendum sit nasci eam ex quasi contractu: A sufficente scil. partium enumeratione: Verum hoc ipsum obscurum est quænam sit obligatio illa personalis quæ actiones istas Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo parere potest. Quis enim ferat ignorantem quempiam obligari? Respondendum est, In his duabus actionibus duplicem esse obligationem, vnam, eámque priorem, ad hoc vt socius postulante socio & condiuisore cogatur pati diuisionem rei communis. Posteriorem alteram ad præstationes illas personales, quæ iudicio vtrique conueniunt, puta si quid vnus ex hæredibus aut sociis in rem cómunem impenderit, aut ex re communi fructus aliquos vel vtilitatem aliá perceperit, & posterior quidem hæc obligationis species pro causa potest habere, non tantùm gestionem ipsam, id est hoc quod communiter gestum appellat Vlp. *in l. vt in condictionib. 33. D. pro socio.* Sed ipsam quoque siue coheredum, siue sociorum, si non expressam saltem tacitam voluntatem. Quotus enim quisque est qui nesciat non posse se ex re communi quicquam percipere, quòd pro socij parte non debeat ei restituere? Aut qui æquū non putet restitui socio quod ille de suo in rem communem aut conseruandam, aut meliorandam impenderit supra partem suam? Proinde cùm ea quodammodo lege ac conditione videatur socius accedere ad rei communis administrationem, quá non derelinqui sanè interest condiuisorum omnium potest non malè dici obligationem hanc nasci ex quasi contractu, cùm nascatur ex tacita singulorum condiuisorum voluntate quamuis reuera contractus nullus intercedat. Alioquin eueniret necessariò vt alter locupletaretur ex alterius iactura, quod quemadmodum ab omni ratione naturali alienum est, ita & tacita condiuisorum voluntate abhorrere credendum est. Nam & similiter dicimus, Hæredem cùm ad hæreditatem videri hoc ipse quasi contrahere cum legatariis & creditoribus etiam ignorantibus, quoniam ea veluti lege & conditione adite intelligitur *d. l. heres quoque D. de obligat. & act. l. 3. §. vltim. & l. 4. D. quib. ex caus. in poss. eat. l. si duo 38. D. de acquiren. hered.* Sed quod ad priorem obligationem pertinet, non ita facilè dici potest, cur personalis dici debeat, cùm ex nullo facto nascatur, sed ex ipsa tantùm rei communione, quæ licèt non contingat inter hæredes ignorantes extra causam suorum, & necessariorum, qui etiam ignorantes, adeóque inuiti hæredes sunt, inter alios tamen si non inuitos certè ignorantes contingere, vt diximus facilè potest, nisi dicamus, quòd necessariò dicendum est, Hoc ipso quo quis rem communem habet cum alio, esse illum obligatum vt diuisioni consentire cogatur, quia sicuti nemo inuitus ad communem compellendus est *l. si non sortem 26. paragrapho si centum D. de condict. indeb.* ita nec communionem remanere *l. vl. C. commun. diui.* propter discordias scilicet, quas materia communionis excitare solet *leg. cum pater 77. paragrapho dulcissimus De lega. 2.* Quid verò aliud est. Rem communem inter se ac socium tuum diuidi, quam dicere eam partem quam socius tuus habeat in qualibet, vel minima gleba rei communis tibi adiudicari vt tua fiat, & vicissim adiudicari socio quicquid tuum fuit in ea portione quę ad ipsū ex diuisione peruenit. Vt ergo hoc pati cogatur quilibet ex sociis, id est dominij sui amissionem in parte socij, necesse fuit cóparari actiones has personales Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo. Non sufficiente actione Pro socio ne quidem inter eos qui tractatu habito societem coierunt: quoniam ea actio magis ad personales inuicem præstationes, quàm ad corporum diuisionum pertinet, vt Paulus ait *in l. 1. D. comm. diuid.* iunct. *l. 2. eod.* Ergò concludamus Actiones Familiæ erciscundæ, & Communi diuidundo, non solùm in rem non esse, quod primus Cuiacius dicere malè ausus est, sed neque mixtam dici posse eo sensu quem putant interpretes quasi sint in rem simul & in personam. Et ex quadriga illa Cuiaciana, solam superesse Petitionem hæreditatis, quæ hoc mixta dici possit. Idque apparet euidentiùs ex eo, quòd iudicia hæc, & familiæ erciscundæ. & Communi diuidundo bonæ fidei esse nemo ambigit. Nam & ita expressim traditum est à Iustiniano *in d. paragrapho actionum De action.* & ab Vlpiano *in l. 4. paragrapho hoc iudicium D. commun. diui.* Quis enim vnquam audiit Actiones in rem in numero actionum bonæ fidei recenseri? Cur námque actiones bonæ fidei eas appellari credimus, nisi quia in iis fiunt condemnationes & præstationes ex bona fide? Quam verò bonam fidem possis ab eo exigere, qui nullomodo sit obligatus, nec nisi actione in rem conueniatur? Nec obstat quod hæreditatis petitio, quam sui natura in rem esse diximus, mixtam autem ex personali per accidens, ob personales quas habet actiones, bonæ fidei tamen est *d. l. vlt. in fin. C. de petit hered.* Nam præter id quod ius illud nouum est, & à Iustiniano constitutum *in d. l. vlt.* cùm anteà videretur propiùs accedere ad arbitrarias exemplo cæterarum in rem actionum specialium, vt Iustinianus ipse testatur *in d. paragrapho actionum*, facilè est videre Petitionem hæreditatis adnumerari inter actiones bonæ fidei, non quatenus est in rem, sed propter præstationes illas personales, quas ex bona fide fieri in illa actione æquum est, siue contra prædonem, siue contra bonæ fidei possessorem instituatur. At iudicia Familiæ erciscundæ, & Communi diuidundo bonæ fidei sunt, non tantùm ob personales illas præstationes, sed etiam quatenus dantur ad faciendam diuisionem, vt constat *ex d. paragrapho hoc iudicium*, quasi ad hoc quoque obligatis sociis & condiuisoribus omnibus, vt diuisionem ex bona fide fieri patiantur, cùm ferè omnis communio etiam nullo tractatu habito contracta includat in se ius quoddam fraternitatis quamuis societatis contractui maximè id conueniat *l. verum 63. D. pro socio*, cuius fraternitatis & proinde bonæ fidei, ratio semper habenda est, tùm quoque cùm à communione disceditur. Tantóque magis bonam fidem socium socio præstare æquum est, quod non plus à

socio petere socius potest, quàm ipse vicissim socio præstare debeat, Cùm habeat vnusquisque pa tem suam in re communi distinctam quidem iuris intellectu & reuera, ita vt verum sit dicere partem vnius non esse partem alterius, At non diuisione corporum, cùm nulla sit pars corporis tam exigua, in qua non habeat quisque suam portionem *leg. Meuius 66. §. duorum De legat. 2.* Quidni ergo alter alteri bonam fidem præstare debeat in omnibus quæ pertinent ad causam dissoluendæ communionis: Et cur non vnusquisque condiuisorum se obligatum agnoscat, vt præstet socio tantundem, quantum velit ipse sibi à socio præstari? Ex generali æquitate *Tit. Quod quisque iur. in alium stat. ips. eod. vtat.* Obligantur ergo ex quasi contractu, quoniam obligantur ex ratione naturali quæ sicuti aliquando pro lege tacita est, vt *in lege vlt. D. de bon. dam. lege scire 13. paragrapho sufficit vers. si enim D. de excus. tutor.* ita & in hac specie pro tacita quadam pactione haberi debet. Quo etiam referre soleo quod dicimus, Obligari ex quasi contractu eum qui accipit indebitum *d. l. 5. §. is quoque De oblig. & act.* Etsi enim scribit eo loco Caius obligari eum quasi ex mutui datione, quia pecunia fit accipientis, vt in mutuo: Subtilius tamen & probabilius est vt dicam eius quasi contractum in eo consistere, quòd cùm ex naturali ratione nemo debeat ex aliena iactura locupletari, quæ potissimùm res inducit condictionem indebiti *lege nam hoc natura 14. D. de condict. indeb.* quisquis soluit indebitum, sicut id agit vt liberetur si debeat, Ita & vt obliget accipientem si quod soluitur, indebitum reperiatur, quasi tacita quadam pactione, quæ etiam ipsa fit, & tacito consensu non minus, quàm expressis verbis, aut per epistolam *l. 2. & 3. D. de pact.* Ex eodem enim fonte nascitur, ac proinde ex contrahentium voluntate, vt numeratio quæ liberationem parere non potest, pariat condictionem *lege cum quis §. de peculio & pass. Digest. de solut. extra casum lege Neratius 63. De condiction. indeb.* De quo alibi scripsimus. Alioqui si is qui indebitum accipit, non id tacitè pacisci videretur, vt acceptam pecuniam redderet, si quando indebitam appareret Fatendum esset. Id igitur è contrario illum agere vt in illum saltem casum ex aliena iactura locupletaretur: Quod non nisi valde improbe, ac impudenter quisquam dixerit Indéque nimirum est quod qui sciens indebitum soluit, non repetit. nec si soluat ea mente vt repetat *l. quod quis sciens 50. Digest. de condict. indeb.* Non quòd hoc casu locus sit regulæ iuris quæ habet, Cuius per errorem soluti repetitio est eius consulto dati donationem esse *lege cuius 53. de regul. iur.* vt vulgo creditur, cùm ponamus contrariam esse in soluente voluntatem, sed quoniam hoc casu non potest videri ex quasi contractu obligatus is, qui indebitum accepit, Cessante scilicet ratione illa naturali quam solam facere diximus, vt is qui indebitum soluitur ex quasi contractu obligetur. Nec enim ratio vlla iuris naturalis aut æquitatis ciuilis fauet ei qui seipsum decipit *l. nam si cui 56. D. de rei vindicat.* nec iacturam vllam sentire videtur is qui ex culpa sua sentit *vulg. l. quod quis 50. De reg. iur.*

Nec stultis succurrere ius solet,
sed errantibus *l. regula 9. paragrapho pen. Digest. de iur. & fact. ignor.*

***

ERROR V.

De differentiis quæ sunt inter actionem Finium regundorum, & actiones Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo.

HAbent quidem hæ tres actiones similia quam plurima, Et illud maximè quòd mistæ & duplices dicuntur, quòd in iis vterque litigatorum & actoris & rei partibus fungatur. Quo nomine fere coniunguntur, vt *in l. in tribus 13. D. de iudic. l. iudicium 10. D. fin. regund. l. inter coheredes 44. §. qui familia D. fam. ercisc. l. 2. §. 1. D. commun. diuid. actio. 37. §. mixta D. de oblig. & action.* Item quòd omnes sunt in personam, vt probauimus. Sed tamen habent etiam multa dissimilia, vt ex iis quæ proximè dicimus, intelligi satis potest. Illud verò primum, quod actiones Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo sunt bonæ fidei *§. actionum Instit. de action.* Finium verò regundorum, neque bonæ fidei neque stricta, sed arbitraria. Item quod actio hæc Finium regundorum licèt in personam sit, tamen pro rei vindicatione est *l. 1. D. fin. regund.* At Familiæ erciscundæ & Communi diuidondo actiones sicuti vindicationes nullomodo sunt, ita neque pro vindicatione. Nam vel non constat rem non esse communem & tunc agendum est petitione hæreditatis, si res sit hæreditaria, vel rei vindicatione, si hæreditaria non sit *l. 1. §. 1. D. famil. ercisc.* vel constat rem esse communem & pro quibus partibus, & eo casu nullus vindicationi locus esse potest, quia rei communis nulla pars vel minima tam est vnius, vt non sit etiam alterius. Quæ ratio vindicationem excludere solet, ac tanto magis inducere actionem vel Familiæ erciscundæ, si res sit communis ex causa hæreditaria, vel Communi diuidundo, si ex alia qualibet *l. idem Pomponius 5. in princip. & 4. & l. Pomponius 9. D. de rei vindic.* Nemo enim potest aut rem aut rei partem vllam vindicare, nisi quam possit in totum suam dicere *d. l. Pomponius 8. l. in rem 23. & pass. eod. l. Quintus Mutius 27. §. argento D. de argent. leg.* Ob idque nimirum dicuntur fuisse necessariæ actiones Familiæ erciscundæ, & Communi diuidundo *in d. l. 1. D. fam. erc.* quod vtique dici non potest eo casu quo competere vindicatio possit. Quid enim expeditius quàm agere directa rei vindicatione quoties competit? Tertia differentia est quod iudicia Familiæ erciscundæ, & communi diuidundo sunt diuisoria, & arbitri diuisorij dicuntur, qui aut Familiam aut rem aliquam ex quacunque alia causa communem diuidunt. At iudicium Finium regundorum nullomodo diuisorium est, Ideóque non potest competere inter eos qui communem fundum habent *l. 4. §. qui communem D. fin. regund.* Quinimò quod magis est, si communem fundum ego & tu habeamus, & vicinum fundum ego solus, Placet non posse nos accipere iudicium Finium regundorum *d. l. 4. §. si communem* vbi Paulus rationem affert, quia ego & socius meus in hac actione aduersarij esse non possumus, sed vnius loco habemur. Ibidem addit ex Pomponio, Ne vtile quidem iudicium Finium regundorum in hac specie datum esse, cùm possit is qui proprium habeat, alienare fundum proprium vel communem, & sic deinde experiri. Ex quo loco euidéter apparet, non inter alios capi posse iudicium Finium regundorum quàm qui nihil commune habeant in iis fundis quorum nomine iudicium accipiatur. Quo admisso quid absurdius obsecro dici potest, quàm hoc iudicium esse diuisorium? Siquidem diuisio qualibet

supponit

supponit in necessarium antecedens communionem aliquam, quæ vbi nulla est, ibi nec diuisio vlla sequi, nec proinde iudicium vllum diuisorium accipi potest. Vnde fieri etiam illud videtur, quod apud Paulum sequitur *in d.l.4.§.hoc iudicium* vt iudicium Finium regundorum habeat locum duntaxat in confinio prædiorum rusticorum, non etiam vrbanorum: nec enim confines dicuntur fundi vrbani, sed magis vicini, & communibus parietibus plerúmque disterminantur. Et ideò, inquit, etsi in agris ædificia iuncta sint, quamuis non tam vrbana quàm rustica prædia esse videantur secundum eorum sententiam, qui vrbana à rusticis, non tam materia vel qualitate, & vsu quam loco distinguunt, vt Neratius *in l.eo iure 4 § 1. D in quib.caus. pignor. vel hypoth.tacit.contr.* aliter quàm Vlpianus *in l.vrbana prædia 198. de verbor. signif.* & Pomponius *in l.vrbana familia 166.* iunct. *leg.fundi 211. eod. leg.1. commun.præd.* locus tamen huic actioni non erit, & contrà potest etiam in vrbe latitudo talis hortorum contingere, vt etiam finium regundorum agi possit. Disterminatio igitur illa prædiorum vrbanorum, quæ vt diximus, fit per communem parietem, impedit iudicium Finium regundorum, tanquam medium quoddam inhabile, quoniam vbi aliquid vel minimum intercedit commune, nihil de finibus regendis tractari potest: sed tunc tantùm cùm fundi sunt confines, id est alter in alterius confinio sic constitutus, vt nihil sit diuidendum, quia nihil sit commune. Non dico, vt nihil medium sit. Erat enim necessariò relinquendum olim spatium quinque pedum, vt eo spatio ire agere vterque dominus posset, & circumuerti aratrum facto eatenus sulco, vt post Alciatum Cuiacius & alij recentiores ferè omnes benè adnotarunt *ad l.quinque pedum 5.C.fin.regun.* Obseruantes fuisse demùm illud finale iurgium de quo *in leg. quinque pedum*, & eius spatij prohibitum fuisse primùm vsucapionem per legem duodecim tabularum, deinde præscriptionem quoque si binotam ea Imperatorum constitutione, cuius initium extat *in d.l.quinque pedum*. Præscriptionem, inquam, longi temporis, quæ vt plurimùm erat subsidiaria vsucapionis ratione, & locorum & rerum, vt constat ex Iustiniano *in Tit.de vsucap. Inst. & de transform. vsucap.* Nam per longissimi temporis præscriptionem totam De finibus quæstionem perimi & extingui constat *ex l.vlt. C.fin.regund.* vbi iidem Imperatores qui ius nouum induxerant præscriptionis longissimi temporis *in l.sicut 3.Cod.de præscript. 30. vel 40. annor.* disertè constituunt, vt in finali quæstione locum habeat præscriptio, non quidem longi temporis, sed longissimi, hoc est annorum triginta, non alia vtique ratione quàm quòd is sit finis vitæ actionum omnium personalium, inter quas est actio Finium regundorum quamuis ex qua parte pro rei vindicatione est, actionum realium iure censenda potiùs videbatur, quæ per longi temporis præscriptionem excluduntur *d.l sicut l.hæreditatis 7. C.de hered.petit.* Cùm igitur verum sit quod probauimus Iudicium finium regundorum, non solùm nunquam dari pro fundo communi, sed neque pro fundis confinibus & vicinis, si quid commune intercedat. Quis ferat quod scribit Cuiacius in paratilis *Cod.ad tit.Finium regundorum.* Esse hoc quoque iudicium diuisorium, sicut illa Familiæ erciscundæ, & Communi diuidundo: Neque sanè per hanc actionem id agitur, vt quicquam diuidatur, sed vt fundorum singulorum quos iam diuisos esse constat, certi fines & termini constituantur, non vti ne quid commune edicatur, aut commune remaneat, sed ne dum suo quisque iure vti se putat, ius alieni dominij inuadat, præbeátque ea contentio maiorem materiam non modò litium, sed etiam rixarum, quas parere plerumque solet, non minùs vicinitas sine communione, quá ipsa communio *l.cum pater 67.§.dulcissimis de leg.2.* Fefellit vt puta Cuiacium quod tractatus de actione Finium regundorum tam in Digestis quam in Codice coniungitur tractatui De iudiciis illis diuisoriis Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo, hac sola differentia quòd in Digestis præcedit, in Codice sequitur. Verum non fit hoc ex eo quod tria illa iudicia sint omnia diuisoria, sed propter aliam similitudinem illam quam inter se habent quòd omnia sunt eodem modo, eodémque sensu duplicia, Ideóque nimirum in Codice, quod obseruatione dignum est post duos illos titulos qui præcedunt Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo sequitur immediatè titulus *Communia vtriusque iudicij tam familiæ erciscundæ quam Communi diuidundo* qui distinguit tractatum illum a tractatu sequenti *Finium regundorum*, quem tamen præcedere debuerat, si iudicium quoque Finium regundorum esset diuisorium, vt quid omnibus iudiciis diuisoriis commune esset, vnico titulo, eóque communi explicaretur. Quemadmodum si quis esset titulus *Communia duplicium iudiciorum*, is haud dubiè collocatus esset in Codice post tractatum & Tit.Finium regundorum. Iudicia ergo diuisoria duo tantum sunt, Duplicia verò tria. Perinde tamen arbitri dicuntur ij qui fines regunt & inter vicinos de finibus regendis & dirigendis cognoscunt, atque illi qui erciscunda familia & pro aliarum rerum communium diuisione à Prætore dantur, sicut & iudices omnes appellantur. Nempe quia eorum arbitrio multa permitti necesse est pro locorum & personarum varietate, quæ tamen sine iudicio dirimi nullomodo possunt. Iudici enim Finium regundorum licèt hoc ipsum nominatim mandetur & præscribatur vt fines dirigat, si tamen dirigere non possit, permittitur adiudicatione controuersiam dirimere, Et si fortè amouendæ veteris obscuritatis gratia per aliam regionem fines dirigere iudex velit, potest hoc facere per adiudicationem & condemnationem. Quo casu opus est vt alterutrius prædio aliq adiudicetur: Quo nomine is cui adiudicatur, inuicem pro eo quod ei adiudicatur, certa pecunia condēnandus est *leg.2 § 1.& l.3. D fin.reg.* Sic enim lego *in d.l.2.§.1.* in illis verbis *vt ibi non possit dirigere fines* non vt vulgò *dirimere.* Diriguntur enim fines & reguntur nō dirimuntur. Quæstio autem & controuersia de finibus illa est quæ dirimitur, non quæ dirigitur *l. si irruptione 8.§.1.eod.* Cùm verò arbitrio parêre non vult alteruter litigantium, tunc arbitrariam actionem esse apparet, quia propter contumaciam grauior fit condemnatio, vt superioribus ostendimus, ex *l.4. § sed quis iudic. eod. tit.* Et ab hoc nimirum arbitrio dicitur arbitraria, non ab illo quod interponit iudex tanquam arbiter in finibus dirigendis. Alioqui etiam familiæ erciscundæ & Communi diuidundo iudicia essent arbitraria sicuti sunt arbitraria, quod falsum est. Neque verò necesse est, vt ob eam causam constituantur arbitraria, cùm sint bonæ fidei, quod per se sufficit ad extorquendam condemnationem, sine arbitrio pareatur, siue non *l.in bonæ fidei 7. D.de eo quod cert.loc.* Sicque accipio quod scriptum est *in l. inter coheredes 44.§ fam.erc.* Si familiæ erciscundæ vel Communi diuidundo actum sit adiudicationes Prætorem tueri exceptiones aut actiones danda, Ad differentiam scilicet actionis Finium regundorum in qua licèt fiant similiter adiudicationes, non tamen eas tuetur index

data

datam aut actione aut perceptione, sed irrogata in pecuniam contumaciæ grauiori condemnatione *dict. leg. paragrapho sed & si quis iudici & dict. leg. si irruptione 8. in princip.* vbi quod Vlpian. de præside prouinciæ perinde locum habet in iudice dato à Præside de finibus regendis, vt postquàm domino fundum restitui iussit, si arbitrio & iussui non pareatur condemnari contumax possit, & debeat quanti iudex æstimauerit. Alia etiam differentia est inter actionem Finium regundorum, & actiones Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo, quod pertinet ad fructus, licèt in hoc videantur æquiparari *in l. penult. D. fam. ercisc.* Nam in iudicio Finium regundorum, non alij fructus veniunt in restitutionem & condemnationem, quàm qui percepti sunt post litem contestatam, *dict. leg. 4. paragrapho post litem fin. regund.* vbi Paulus addit fructus ante iudicium perceptos, non omnimodo in hoc iudicium venire. Aut enim bona fide, inquit, eos possessor percepit & lucrari eum oportet, si eos consumpsit. Aut mala fide & condici oportet. Quæ ratio demonstrat Paulum eo loco, non nisi de consumptis fructibus tractare. Extantes enim vtrique veniunt in restitutionem officio iudicis, quemadmodum contingeret in directi rei vindicatione *leg. certum est 22. C. de rei vindic. paragrapho 1. Inst. de offic. iudic.* Quidni enim idem accidat in actione Finium regundorum, quæ licèt in personam sit, tamen pro rei vindicatione est, *dict. leg. 1. D. fin. regund.* Quamquam & in actionibus in personam idem obtinet, vt post litem contestatam causa præstetur, quoniam quale quid est cum petitur tale dari debet, vt subtiliter ratiocinatur Papinianus *in l. 2. D. de vsur.* qui tamen locus non de omnibus in personam actionibus intelligi debet, sed de strictis tantum, Quoniam cæteræ quæ vel bonæ fidei sunt, vel arbitrariæ, non referuntur ad tempus litis contestatæ, nec quod ad ineundam rei æstimationem attinet, sed vel ad tempus moræ *l. mora 32. §. in bonæ fidei* iunct. *l. vsura 24. l. videamus 38. § in cæteris eod. tit.* vel ad aliud tempus quod p[illegible] litis contestationem. Et ob eam [illegible] mirum ca[illegible] tale vllibi scriptum est de iudiciis F[illegible] cundæ, & Communi diuidundo, qu[illegible] finium regundorum *in d. § post litem* [illegible] diciis non omnimodo veniant fruct[illegible] tem contestatam percepti sunt V[illegible] nes, quia ex bona fide illud e[illegible], cum non [illegible] videri bona fide percepti & c[illegible] ab [illegible] & coodiuisoribus in solidum ex re quam [illegible] hæreditariam aut alio iure com[illegible]em. Si enim ignorauerit, aliud est, & fructus omnes percipiendo suos facit interim, & consummendo lucratur, vt alius bonæ fidei possessor quilibet *l. inter coheredes 44. §. fructus D. famil. ercisc.* iunct. *d. §. post litem & l. bonæ fidei 48. De acquir. rer. domin. l. non est ambiguum 9. l. cohæredibus 17. C. famil. ercisc.* Sed & iudicium hoc Finium regundorum non esse diuisorium ex eo intelligimus, quod scriptum est *in l. 9. D. fin. regund.* Manere hoc iudicium quamuis socij communi diuidūdo egerint, vel alienauerint fundum. Nec enim possent de eodem fundo plura iudicia diuisoria cōpetere. Et idcirco postquàm actum est Familiæ erciscundæ non potest amplius agi Communi diuidundo, nisi si quæ res hæreditariæ per arbitrium familiæ erciscundæ indiuisæ relictæ sunt, quod tamē ne eueniat cauere bonus arbiter familiæ erciscundę quantum potest debet, quia semel acceptum familiæ erciscundæ iudicium iterum accipi non potest *l. hered. 25. §. iudex ante 2. l. si filia 20. §. fam D. fam. ercisc.* Iudicium autem Communi diuidundo licèt accipi sæpiùs possit, quia non sicut vna, tantum vnius hominis familia & hæreditas est *l. si certarum 17. §. 1. D. de testam. milit.* Ita in vna hæreditate, vna tantùm res est quæ diuidi possit, Nunquam tamen de eadem re sæpius accipitur *d. l. inter cohæredes 44. in princ. famil. ercisc. l. 4. § hoc iudicium D. commun. diuid.* Postrema denique differentia est, ne leuiores omnes quæ ex his pendent recenseam, quod & Familiæ erciscundæ, & Communi diuidundo rectè agitur siue neuter possideat siue aliter sociorum fundum non possideat *l. penult. D. commun. diuid.* vbi Scæuola licèt non nisi de actione Communi diuidundo loquatur, non aliud tamen de actione Familiæ erciscundæ sensisse videri potest. Vtraque enim ad causam dominij tantùm pertinet non itē ad causam possessionis. At finium regūdorum quæstio licèt ipsa quoque proprietatis controuersiæ cohæreat non priùs tamen tractanda est quā possessionis quæstio finita sit. Nec priùs agrimensor præcipiendus est ire ad loca vt patefacta veritate ipsum de finibus litigium terminetur, inquit Constantinus *in l. si quis 3. C. fin. regund.* Cum enim actio Finium regundorum pro vindicatione sit *d. l. 1. D. eod.* consequens est vt non nisi contra possessorem exerceri possit, sicuti neque rei vindicatio *l. officium 9. l. is qui destinauit 24. l. qui petitorio 36. D. de rei vindic.* Et cùm ea Finium regundorum actione vterque & actor sit & reus, necesse est vtrumque litigatorem possessorem esse eius fundi pro quo de finibus disputatur, vnumquemque sc. fundi sui cuius fines ampliare contendit. Neque tamen de hac singulorum fundorum possessione Constantinus loquitur, sed de eaquam sibi quisque litigantium asserit finium ampliorum, id est eius spatij quo ipsa de finibus quæstio concluditur. Planè vbi semel acceptum est iudicium Finium regundorum inter vicinos eosdemque proprium fundorum possessores nō eo minus manet & durat quod socij qui ex vna parte aduersus alterum non socium litigabant, egerint inter se Communi diuidundo, vel fundum alienauerint: qui procul dubio sensus est Iuliani *in dict. l. iudicium 9 fin. regund.* Et ratio est, quia semel constitutum iudicium quodlibet immutari posteà ex iis quæ superueniunt non potest, cùm in iudicio quasi contrahatur vulg. *l. 3 §. idem. scribit D. de pecul.* Ne alioqui esset in potestate vnius ex collitigatoribus fundum alienando iudicium bene constitutum euertere atque ita duriorem facere aduersarij conditionem. Quod fieri nunquam potest *l. quamquam 46 Iulianus D. de aquâ & aquæ pluu. arcend.* vbi ex eodem Iuliano idipsum proponitur in actione Aquæ pluuiæ arcendæ quod *in dict. l. iudic* de actione Finium regundorum. Longéque alia sententia est edicti Prætoris *De alien. iudic. mut. caus. fact.* Pertinet enim ad iudicium futurum, non ad illud quod iam constitutum & acceptum sit *l. ex hoc edicto 8. paragrapho ult. tit.* Nempe quia ad retinendum iudicium iam constitutum nil obstante alienatione deinde fa[illegible]cta, nul[illegible] fuit opus edicto, cùm ratio iuris communis sufficeret. Nec enim potest quoquam suo facto se exuere ea obligatione quam contrahit iudicium accipiendo, vt neque ab alia *l. seruum 91. paragrapho videamus De verb. oblig.*

***

ERROR VI.

De actionibus ædilitiis Redhibitoria & Æstimatoria, siue Quanto minoris an sint arbitrariæ.

Illi ipsi qui ex arbitrariarum actionum numero multas tollunt quæ verè sunt arbitrariæ, Contrario errore quasdam faciunt arbitrarias quæ tales esse aut dici nullomodo possunt. Inter cæteras sunt duæ illæ ædilitiæ de quibus nunc dicendum nobis est, Redhibitoria & æstimatoria, siue Quanto minoris. De quibus vt non dubitent quin arbitrariæ sint, illud facit quod scriptum vident *in l. bouem 43. §. si sub conditione penalt. D. de adilic. edict.* Si sub conditione homo emptus sit qui in ea causa est vt redhiberi possit redhibitoria actione inutiliter agi ante conditionem existentem, quia, inquit Paulus, nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest! Quasi verò sola arbitrij mentio sufficiat vt non videatur Paulus dubitasse quin redhibitoria actio sit arbitraria. Sed aliud & vt videtur fortius argumentum inde sumunt ex *l. redhibitoria 45. eod. tit.* vbi diserte Caius scribit redhibitoriam actionem habere duplicem condemnationem. Videtur enim hoc esse proprium earum actionum quæ dicuntur arbitrariæ, in quibus ex vulgari errore interpretum duæ feruntur sententiæ, vna quæ arbitrij loco sit, altera quæ condemnationis. De æstimatoria verò actione, siue Quanto minoris etsi supradictis legibus nihil dicitur, non aliud tamen iudicium esse potest siue quòd vtraque ædilitia sit *l. cùm autem 23. §. si seruus & seq. l. si quid 18. l. 28. l. ædiles 38. l. si tamen 48. §. in ædilitiis & seq* iunct. *l. præced. eod. tit. l. 2. Cod. de ædilic. action.* siue quòd tanta se vicinitate contingant vt aliquando æstimatoria etiam redhibitoriam contineat, Nam si adeò nullius pretij sit seruus, vt ne quidem expediat domino tale mancipium habere, veluti si furiosum aut lunaticum sit, licèt æstimatoria actum fuerit, officio iudicis continebitur, vt reddito mancipio pretium recipiatur *d. l. bouem §. aliquando & l. si is qui 25. §. 1. D. de except. rei iudicat.* Nec contrà defendimus æstimatoriam actionem non esse arbitrariam, cùm ei non conueniat diffinitio arbitrariarum actionum. Quodnam enim iudicis arbitrium interuenire potest, cui si non pareatur grauior ob eam sequi debeat condemnatio? Nimirum ad id tantùm competit æstimatoria vt tanti condemnetur emptori venditor quantò minoris fuit res vendita cùm venderetur *d. l. Ædiles 38.* Quæ condemnatio cùm tota sit ad pecuniam numeratam, non potest augeri ex contumacia. Ideò namque fuit necesse induci arbitrariarum actionum quemadmodum suo loco disputauimus, vt reus si arbitrio iudicis nollet rem restituere, aut quid aliud facere iussus esset, tantò grauiore condemnatione pecuniaria in contumaciæ suæ pœnam mulctaretur *l. vltim. D. de fideiuss. l. item si cum 14. §. & §. hac actio & pass. D. quod met. caus. cum similib.* Nempe quòd nemo ad factum præcisè cogi debeat, ideóque nec condemnari, sed litem in pecuniam æstimari oporteat vt iudicati executio facilem exitum habere possit *l. 4. § ait Prætor D. de re iudic.* Ergo cùm id quod per actionem propositam primò & per se ac principaliter petitur, nihil nisi pecunia numerata est: Consequens fit vt neque arbitrium vllum præcedere necesse sit, nec proinde actionem vllam induci arbitrariam. Excipio semper actionem De eo quod certo loco, quæ licèt non solum sit arbitraria, sed etiam per emphasim speciale nomen suum fecerit, quod alioqui generale est, nullum tamen arbitrium præcedens exigit, de faciendo, quia scilicet per eam nihil nisi mera aut pecunia petitur, nunquam fundus vt suo loco docuimus. Planè si quis etiam traditurum se aliquid certo loco stipulanti promiserit, erit illa actio arbitraria eodem sensu quo cæteræ, eadémque ratione *l. in bonæ fidei 7. §. 1. D. de eo quod cert. loc.* quia traditio facti est *l. consilio 7. §. vltim. D. de curat. furios.* Actio igitur æstimatoria siue Quanto minoris arbitraria esse nullomodo potest, Aut locus aliquis iuris quærendus erit, qui probet Arbitrari ante omnia iu[...]e debere vt præstet venditor emptori quantò [...] res fuerit tempor[e] venditionis, ac [...] pareat, in maiorem quantitatem aliquam ex ea causa & eo nomine condemnetur, quod certè nullibi scriptum est. Neque sanè leges supradictæ quæ de arbitrio iudicis loquuntur, pertinent ad actionem æstimatoriam, sed tantùm ad redhibitoriam, Aut si ad æstimatoriam quoque, non ad aliam quàm quæ redhibitoriam continet *dict. §. aliquando l. bouem 43. de ædil. edict. & dict. l. si is qui 25. §. 1. De except. rei iud. &c.* Hæc enim quatenus redhibitoriam continet, nihil, nisi redhibitoria est. Redhibitoriæ porrò actionis diuersam rationem esse eámque arbitrariam dici debere vtique non inficior. Id enim planè est quod Caius scribit *in dict. l. redhibitoria 45. De ædil. edict.* actionem redhibitoriam habere duplicem condemnationem, Non quasi in vno eodémque redhibitoriæ actionis iudicio duplex condemnatio interueniat cui satisfieri vtrique oporteat, sed eo penitus sensu quo dicunt nostri licèt minus propriè duplicem in arbitrariis iudiciis sententiam interuenire. Sicuti ea quæ apud Caium sequuntur, benè explicant. Modò enim, inquit, in simplum, modò in duplum condemnatur venditor. Et [subi]icit, *Nam si neque pretium neque accessionem soluat, neque eum qui eo nomine obligatus erit, liberet, Dupli pretij & accessionis condemnari iubetur. Si verò reddat pretium & accessionem vel eum qui eo nomine obligatus est, liberet, simpli videtur condemnari.* Eleganter omnino si quid vnquam elegans ab elegantissimo Iureconsulto Caio scriptum est. Sensus enim est, In actione redhibitoria, vt in cæteris omnibus arbitrariis versari primùm quæstionem facti, quæ tota in eo consistit, vt inspiciatur an res vendita & de cuius redhibitione agitur in ea causa sit vt redhiberi debeat necne, id est an quid vitiosum habeat, quod ex Ædilium edicto redhibitoriam possit inducere. In quo differt redhibitoria ab actione illa in factum de qua Vlpianus *in l. quòd si nolit 31. §. in factum actio eod. tit.* quæ competit ad recuperandum pretium quoties mancipium iam redhibitum fuerit. In qua actione, vt ibi Vlpian. ait, non hoc quæritur an mancipium fuerit in causa redhibitionis, sed hoc tantùm an redhibitum fuerit. Nec immeritò, inquit: Iniquum est enim postquàm venditor agnouit, recipiendo mancipium esse id in causa redhibitionis, quæri adhuc vtrum debuerit redhiberi, an non debuerit. Illud planè actio illa exigit vt seruus sit redhibitus. Cæterùm nisi redhibitus fuerit cessat actio & deficit, etiamsi nodo consensu placuerit vt redhibeatur. Non enim conuentio de redhibendo facit locum illi actioni, sed ipsa redhibitio, vt ibidem subiicit Vlpianus. Verùm tam hæc in factum actio quàm redhibitoria, arbitraria est: Nec illa in alio ab hac dissimilis, nisi quòd in redhibitoria præcedens interlocutio quæ totam facti quæstionem finit, pronunciat, Seruum quo de agitur esse in causa redhibitionis. In hac autem in factum actione pronunciatur, Redhibitum iam esse, quia nec de alio in ea quærebatur, nisi an esset redhibitus. Vbi verò ita pronunciatum est,

est, siue redhibendum, siue iam redhibitum esse seruum, tum verò sequitur arbitrium iudicis qui de his actionibus cognoscit, sed pro actionum varietate diuersum. Nam in actione redhibitoria triplex iudicis arbitrium esse debet. Vnum quod pertinet ad personam emptoris vt seruum venditori redhibere, ac reddere iubeatur, aut saltem cauere de restituendo mancipio si pecunia sibi soluta erit, ne alioqui emergat iniquitas si compellatur emptor corpus dimittere & mitti ad actionem iudicati aduersus inopem fortassis venditorem vt Vlpianus & Caius ratiocinantur *in l. Ædiles etiam 25 § vltim. & legib. seq. eod. tit.* Alterum quod pertinet ad personam venditoris vt pretium emptori reddat cum accessionibus omnibus, vt eadē sit causa vtriusque, & venditoris & emptoris quæ esset si venditio facta non fuisset *l. cum autem 23. §. 1. & vlt. eod. tit.* Id enim est quod Iulianus dicebat ab Vlp. relatus *in §. Iulianus eiusd. leg.* Iudicium redhibitoriæ actionis vtrumque, id est venditorem & emptorem quodammodo in integrum restituere debere: Et quod Paulus *in l. fa... eod.* facta redhibitione omnia in integrum restitui perinde ac si neque emptio, neque venditio intercessisset, Ita autem reddito arbitrio, si emptor pareat, & seruum redhibeat, alterutrum euenire necesse est vt vel venditor quoque pareat vel non pareat. Si parebit satisfactum erit iudici qui nihil aliud iubendo, nisi vt quod iubebat fieret. Id ipsum enim emptor petebat, nec iudici satisfieri in his iudiciis aliter potest quàm si actori satisfiat. In id namque potissimum comparata sunt vt reus arbitrio iudicis actori satisfaciat *§ præterea, Instit. de action.* Et consequenter nulla hoc casu potest sequi condemnatio, sed absolutio duntaxat, cùm iudicia omnia absolutoria sint posteaquàm actori satisfactum est *§ vlt. Instit. de perpet. & tempor. act.* Videtur tamen condemnari, vt Caius loquitur *in d. l. redhibitoria.* quoniam in summa idipsum præstat quod actor voluit, & quod iudex iussit ita vt nihil amplius supersit quod aut emptor petere aut venditor præstare possit. Et verò non ad hoc comparatæ sunt actiones arbitrariæ vt sequatur ex iis aliqua condemnatio, qui finis & terminus est cæterarum actionum omnium, sed vt iudicis arbitrio reus actori satisfaciat, expectato tantùm arbitrio & iussu iudicis, non etiam expectata condemnatione. Cui cùm nec aliter locus sit, quàm si contumax sit reus in parendo, mali quodammodo est ominis sperare contumaciam ad sperandam condemnationem, quamuis Prætor in concipienda formula condemnandi mentionem facere cogatur, sed sub conditione illa *ni arbitrio iudicis actori reus satisfaciat*, ne alioqui contumacia rei maneat impunita, quæ pœnam sanè meretur. Ergo non condemnatur hoc casu venditor sed condemnari videtur quia tantundem ei abest, quantum si quod in arbitrium iudicis deductum est, in condemnationem deductum esset. Ex quo apertiùs intelligimus quantùm a veritate aberrent illi, qui cùm nollent admittere duas in arbitrariis iudiciis ferri sententias sed vnam tantum, non aliam tamen sententiam agnoscunt quam inter locutionem & pronunciationem illam quæ arbitrium præcedit & per quam pronunciatur super quæstione facti in ea causa rem esse, vt pro actore arbitrium reddi æquum sit. Nam si ita esset, non duplicem, vt Caius ait sed triplicem condemnationem in vnaque actione arbitraria interuenire necesse esset. Primam in pronunciatione illa interlocutoria, quæ solam facti quæstionem definit, citra vllam tamen condemnationem, Secundam in arbitrio per quod iubetur reus actori vel hoc, vel illo modo satisfacere, quæ tamen nec ipsa condemnatio est quamuis effectum & potestatem condemnationis obtineat. Tertiam & postremam in ea adiudicatione quæ fit actori in pœnam ob id quòd arbitrio paritum & obtemperatum non sit. Et hæc sanè vnica verè condemnatio est, quæ cum fiat in duplum eius quantitatis quæ arbitrio continebatur pœnam in eo quod simplum excedit, procul dubiò continet. Pœna enim illa est neglecti arbitrij, quemadmodum & in directa rei vindicatione si arbitrio iudicis res non restituatur, magno condemnandus est reus in pœnam suæ contumaciæ, quomodo loquitur *d. l. vlt. D. de fideiuss.* id est in tantam quantitatem quantam actor in litem iurauerit *l. qui restituere 68. De rei vind.* Et hoc nimirum sensu dicuntur hæ actiones ædilitiæ quodammodo pœnales *in d. l. cum autem § si se... uus*, Non quòd sui natura pœnales sint è contrario non nisi meram rei persecutionem & quidem arbitrio iudicis contineant, quomodo scriptum est de actione illa in factum quæ datur ex edicto De alienatione iudicij mutandi causa facta *in l. quia pertinet 7. D. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Sed quoniam grauiorem in pœnam contumaciæ irrogant reo condemnationem. Qua etiam ratione si quis directam quoque ipsam rei vindicationem per quam actor nihil nisi suum petit, quodammodo pœnalem esse dixerit is meo iudicio non errauerit. Idemque de cæteris omnibus arbitrariis, excepta illa De eo quod certo loco. Cæterùm quemadmodum nemo absolutè dixerit vindicationem vllam siue ciuilem (sunt enim omnes rei persecutoriæ) ita neque redhibitoriam aut actionem illā in factum quæ emptori post redhibitionem datur ad recipiendum pretium pœnalem esse potest dici: Et ideò nimirum competunt etiam aduersus hæredes omnes, contra quos tamen non competunt ex quæ sui natura sunt pœnales *d. l. cum autem §. hæ actiones d. l. si tamen 48. paragrapho vltima eod. tit.* Ac præterea si seruus sit qui vendidit vel filiusfamilias etiam in dominum aut patrem de peculio ædilitia actio, quoniam veniunt hæ actiones ex contractu non ex delicto *d. l. § si seruus*, tùm quoque cùm dantur in duplū, quia licèt contumacia eius qui arbitrio iudicis non vult parere, proximè ad delictum accedat, ideo tamen delictum non est, quod non iubet præcisè iudex vt arbitrio suo pareatur quod nec iubere potest quia ne... sed necessitate, vt loquuntur, causatiua, nisi malit grauiorem condemnationem pati ob hoc ipsum quòd arbitrio parere recusauerit. Et cùm pœna inuitis infligatur hæc tamen condemnatio non nisi volenti venditori quia hoc maluisse videtur, vt *in l. si patre cogente 22. D. de rit. nupt.* Hinc illa tam frequens arbitrij mentio in tractatu De redhibitoria actione vt in *l. illud sciendum 29. paragrapho vltim. De ædilit. edict.* Vlpianus ait, si quid damni senserit emptor ex seruo redhibito aut si quid pro eo impenderit, hoc illum consequi debere arbitrio iudicis. Non vt ei horum nomine venditor condemnetur, sed ne aliàs compellatur hominem venditori constituere, quàm si eum indemnem præstet. Et *in l. quod si nolit 31. §. Pomponius eod.* Si vnus ex hæredibus vel familia emptoris vel procurator culpa vel dolo fecerit rem deteriorem, æquum esse in solidum eum teneri arbitrio iudicis, Et *in §. culpam 12. & seq.* culpam hic nos omnem accipere non tantùm latam. Propter quod dicendum esse quamcunque occasionem mortis emptor præstiterit, debere eum præstare, etiamsi non adhibuerit medicum, vt sanari possit, vel malum adhibuit sed culpa sua. Sed hoc dicemus, inquit Vlpianus, si ante acceptum iudicium decessit. Cæterùm si post acceptum iudicium decessisse proponatur, totum in arbitrium iudicis veniet qualiter mortuus sit. ... enim quæcunque post litis contestationem ... gunt, arbitrium iudicis desiderant. Sic denique *in d. l. bonum §. pen. eo. tit.* Si sub conditione homo emptus

sit, qui redhibendus est, negat Paulus redhibitoria utiliter agi posse ante conditionem existentem, Quia, inquit, nondum perfecta emptio, arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest Fit enim imperfecta iudicis arbitrio cùm per tale arbitrium omnia in eum statum restituuntur in quo essent si venditio nulla facta fuisset. Prius autem est vt perfecta fieri possit. Quēadmodum enim solemus dicere testamentū aut testamenti gradum aliquem iam ruptum non magis rumpi posse *l. nam et si in princ. D. de iniust. rupt.* Ita nec imperfecta emptio magis imperfecta fieri potest. At cùm de æstimatoria tractat idem Paulus *in § aliquando eius d. leg.* non de arbitrio iudicis loquitur sed de officio, cùm ait aliquando accidere vt redhiberi mancipium oporteat officio iudicis licèt æstimatoria, id est, Quantò minoris agamus. Nempe quoniam æstimatoria non sicuti redhibitoria arbitraria est, neque ob id solùm quod redhibitionem contineat sit redhibitoria licèt eundem habeat effectum *d. l. si is qui 25. §. 1. De except. reiiud.* Nam & empti quoque iudicio redhibitio continetur *l. ex empto 11 §. redhibitionem D. de act. empt.* neque tamen quisquam ideò dixerit actionem ex empto redhibitoriam esse aut contrà. Cùm toto genere differant & vna sit ciuilis, altera ædilitia, illa perpetua, hæc temporalis & semestris *l. sciendum 19. §. vlt. l. Ædiles 38. in princ. l. cum sex 55. De ædil. edict.* Illa ad duplum competat non pro re qualibet vendita sed tantùm pro rebus preciosioribus, *d. l. quòd si nolit 31. § quia assidua De ædil. edict.* iunct. *l. emptori 37 in princ. & § t. D. de euict.* Denique actio ex empto semper bonæ fidei est, nunquā arbitraria At redhibitoria semper arbitraria, nunquā bonæ fidei. Æstimatoria propiùs accedit ad naturam actionum bonæ fidei quoniam ex bona fide est. Arbitraria verò esse non potest, nisi eo saltem casu quo redhibitionē continet officio iudicis. Quo casu propiùs accedit ad redhibitoriam, adeò vt si emptor alterutra earum egerit & altera posteà agat summouēdus sit exceptione rei iudicatæ *d. l. si is qui 25 §. 1. de except. rei iud.* In summa nullibi scriptum inuenias, In æstimatoria actione duplicem fieri condemnationem: quomodo de redhibitoria scriptum est *in d. l. redhibitoria*, Nimirum quia nullum in æstimatoria iudicis arbitrium est quod condemnationis instar habere possit, vt explicauimus: Et explicationem nostram illud etiam probat quod Vlp scribit *in d. l. illud 29. 5. condemnatio.* In redhibitoria condemnationem fieri *quanti ea res erit*, Et contineri condemnatione pretium, & accessiones, adeòque vsuras pretij & si quid præterea emptoris intersit, quemadmodum & ipse inuicem fructus venditori præstat. Omnia enim ista veniunt in arbitrium iudicis, de quo statim mox *in §. sequen.* Cui arbitrio si pareatur, condemnationis vicem arbitrium obtinet, nec alia vlla grauior aut leuior condemnatio expectatur. Si verò arbitrio non pareatur, tunc grauior & posterior condemnatio infligitur dupli Quæ dupli condemnatio non aliter in æstimatoria locum habere posset, quàm si nonam induceremus quæ esset dupli Quantò minoris, cuius prudentes nostri nusquam meminerunt.

E R R O R V I I.

De actionibus Confess. & Negatoria quòd sint arbitrariæ. Et ad l. D. 7. in fin. D. de iur. patr.

Confessoriam actionem, itémque negatoriam arbitrariam esse fatentur omnes qui seiunt vindicationem directam & ciuilem pariter esse arbitrariam. Cùm enim hæ actiones Confessoria & Negatoria nihil aliud sint, quàm vindicationes seruitutum. Illa quidem competens fundi domino qui seruiturem sibi, id est fundo suo deberi contendit Hæc autem domino qui negat *l. 2 in princip. & paragrapho 1. & tot. tit. D. si ser. uit. vindic.* omnino consequens est, vt hac parte & quod ad ipsius actionis naturam atque essentiam pertinet, non alio vtique iure quàm cæterarum rerum corporalium vindicationes censeantur. Proinde qui ex recentioribus nouam illam opinionem induxerunt, à nobis iam toties tamque magnis rationibus confutatam, Vt directa rei vindicatio arbitraria non sit sed stricta potius ea potissimum ratione moti quòd sit illa ciuilis, nullam autem velint illi arbitrariam agnoscere ex eatum omnium numero, quæ sunt ciuiles: Coguntur itidem illi defendere neque confessoriam neque negatoriam arbitrarias esse, quippe quas negare non possint esse ciuiles, & ex lege ipsa duodecim tabularum sicuti cæteras vindicationes comparatas. Nos verò prorsus contraria ratiocinatione sicuti defendimus ciuilem vindicationem non solum arbitrariam esse, sed primam arbitrariarum omnium & tantò antiquiorem prætoriis omnibus, quantò est ius ciuile antiquius prætorio. Ita nec dubitamus quin & confessoria & negatoria sint arbitrariæ, tanquam quæ sint ciuiles vindicationes. Nam & in illis agitur de restituendo eo quod contra debitam seruitutem, aut pro indebita seruitute factum sit *l. loci corpus 4. § sed duorum eodem titul.* Itaque restitutio illa imperatoris arbitrio & officio iudicis, cui vel parere teum necesse est, vel non parere? Si pareat, sequitur absolutio. Quid enim aliud iam intendere amplius actor possit? Eaque restitutio hoc casu pro condemnatione est vt superiore capite dicebamus ex *l redhibitoria 45. D ædilit. edict.* quia per eam satisfit plenissimè actori. Qui finis est non tantùm actionum omnium extorta per eas condemnatione, sed etiam executionis iudicati. Nihil enim aliud agit Prætor dando actionem & iudicem, nisi vt actori reus satisfaciat, totamque litem & controuersiam diminat *§ vltim. Instit. de perpet. & tempor. act. l 1. §. inde quæritur D. de oper. noui nunciat.* Quod vtrumque consequitur per arbitrii iudicis cui obtemperatum sit, perinde ac per condemnationem Nec quod hoc casu reus omnino absoluendus est, facere potest, vt eo minùs videri debeat arbitrium esse quodammodo vice condemnationis. Nam & sic Modestinus *in l. Diuus 7. in fi. D. de iur. patr. Interdum*, inquit, *illa pœna à liberto ingrato exiguntur vel pars bonorum eius aufertur & patrono datur, vel fustibus caditur & absoluitur*, scilicet à grauiori condemnat. quā alioqui mereretur, & quam incurreret si propter ingratitudinem omnimodo in seruitutem reuocaretur, quomodo reuocati eos debere tādem Imper. placuit *l. 2. & vl. C. de lib. & eor liber.* Nisi malis eum locum sic intelligere quomodo supr explicauim. verà vinculis libertus ingratus absoluatur postquā fustibus cęsus aut aliter castigatus est, & posteà dicemus Similiter & in arbitrariis actionib omnib. si arbitrio iudicis pareatur, sequitur absolutio, vt appareat eum ab reum cōdemnationem grauiorē, quæ irrogāda erat si arbitrio non paruisset. Nec tamen eodem modo possis dicere, quod aduersarij tentant, Æquè absolui ac absoluendum esse teū, qui ad litis æstimationem condemnatur. Implicat. n. contradictionem, vt eodē respectu absoluatur quis, & condemnetur, & alterutrum facere dūtaxat iudex debet aut absoluere aut condēnare *l. 1. l. iud. posteaq. 55. & pass D. de re iud.* Neque verò post condemnationem in litis æstimatione irrogatam siue bene, siue malè, ratio vlla condemnatio tequi potest, cuius motu & intuitu possis dicere absoluendum adhuc esse reum, qui sic iam condemnatus fu it. Ergo posteà

ſteà quam litis æſtimatio in condemnationem deducta eſt, nihil ſupereſt quod de abſolutione tractari poſſit. Abſolutionem enim fieri neceſſe eſſet à iudice cuius tamen partes nullæ ſunt ad abſoluendum poſt condemnationem, vt neque ad condemnandum poſt abſolutionem *d. l. iudex poſteaquam.* In quo eleganter obſecro differentiam inter abſolutionem & condemnationem. Abſolutio enim nunquam ab alio quàm à iudice ipſo fieri poteſt. Quis enim reorum non ſeipſum abſolueret, ſi eam ſe abſoluendi poteſtatem haberet aut a lege, aut à Prætore, aut à iudice? At condemnare ſeipſum quilibet reus poteſt, & ex fide bona debet, vt euitet ſeueriorem iudicis condemnationem quam ſi expectet, euitare iuſtè non poſſit. Hoc enim eſt quod ſolemus dicere, Poſſe quem agere contra ſeipſum etiam ſine actione *l. quoties 9 §. & generaliter D. de admin. & peric. tutor.* Nam qua ratione & quo ſenſu dicimus poſſe quem etiam ſine actione contrà ſeipſum agere, Eadem prorſus ratione eodemque ſenſu diximus Poſſe quem & debere ſeipſum condemnare, id eſt aduerſario vltrò ſoluere id quod eſſe debere ſciat, non expectato iudice aut ſi iam inconſultus fuerit reus vt litem quoque conteſtatus ſit, & iudicem, ac formulam expectauerit, non expectata ſaltem condemnatione. Adeò vt nec aliud in tutoris perſona probandum ſit ſi quid fortè ab eo petatur quod pupillus debeat, & quod à pupillo deberi non ignoret, Sibi enim ipſi denunciare verum debet, ſéque ipſum pupilli nomine, id eſt ſi effectum reſpicias, pupillum ipſum condemnare non expectata ſententia iudicis, quia bonam fidem agnoſcere non prohibetur, vt ſubiungit Vlpianus *in §. nec vtique eiuſd. legis* Hoc verò cùm reus facit, vt ſeipſum condemnet, illud præterea facere debet vt condemnationem illam ipſe exequatur, ſatisfaciendo actori, plenamque ei preſtando indemnitatem. Quo facto quid obſecro amplius faciendum ſupereſt niſi vt abſoluatur? An non verò abſolui dignus eſt qui actoris pleniſſimè ſatisfecit? Nam nec actoris amplius quicquam intereſſe poteſt, vbi pleniſſimam indemnitatem fuit conſecutus. Nemo autem ſiue agendo, ſiue excipiendo audiri debet niſi cuius intereſt *l. 4. §. 1. l. ſtipulatio iſta 38. § alteri De verb oblig. l. a de à quo 13. § ſi de teſtamento D ad SC. Treb. l. 1. De appel. recip.* Etſi autem ſatisfactio illa pro condemnatione eſt, in eo tamen minoris poteſtatis eſt quam condemnatio facta per iudicem, quod iudicis officium & poteſtatem non extinguit, quam extingueret iudicialis condemnatio, quominùs abſoluere adhuc poſſit, quia cùm non ipſe condemnauerit, nondum officio ſuo functus videri poteſt *d. l. iudex poſteaquam ∮ 5. De re iud.* Porrò quamuis reus ſeipſum condemnauerit, & aduerſario vltrò ſatisfecerit poſt litem conteſtatam, iamque acceptum iudicem, Adhuc tamen abſolutio ei neceſſaria eſt, ne qui iam ſeipſum condemnauit ob hoc maximè vt a iudice non condemnaretur, iterum condemnetur à iudice, quod eſſet iniquiſſimum. ſiéque vt obligatio tollatur quæ iudicium accipiendo quaſi per ſtipulationem contrahatur *l. 3. § idem ſcribit D. de pecul. l. delegare 11. §. 1. D. de nouat. & delegat.* Et hoc ſenſit iudicia omnia eſſe abſolutoria dicimus quamuis eorum formolæ nullam abſolutionis, ſed tantùm condemnationis mentionem faciant *dict. §. vltim. Inſtitut. de perpet & tempor. action.* Igitur condemnatio quam quis contra ſeipſum fecerit, ſicuti per condemnationem iudicis excludit ita neceſſitatem abſolutionis inducit, vt iudicium finiatur, quod niſi per condemnationem aut abſolutionem finiri non poteſt, tamdiuque durat quamdiu nec abſolutio nec condemnatio ſecuta eſt. Et conſequenter nulla implicatio eſt, vt in arbitrariis iudiciis condemnetur reus à ſeipſo, & abſoluatur à iudice, cùm ipſa perſonarum & temporum diuerſitas oſtendat eandem non eſſe abſolutionem hic & condemnationem præcedere, & abſolutionem ſequi, vt & *in d. l. Diuus*, vbi quod ſcriptum eſt *& ita abſoluitur* non alium ſenſum habere videtur, quam hunc vt poſt ablatam liberto partem bonorum eius, aut poſtquàm fuſtibus cæſus eſt abſoluatur à grauiore ſcilicet vt explicauimus, condemnatione, acſi ſcriptum eſſet *& deinde abſoluitur* Sic enim prudentes noſtri dictionem illam *ita* accipere paſſim ſolent. Quamquam illud quoque obſeruatione dignum eſt quod aduerſarij non obſeruant, qui lege illa Modeſtini contra nos abutuntur, non de iudice tractari eo loco ſed de Prætore vel de Præſide. Fuit enim Prætorum duntaxat in vrbe & Præſidum in prouinciis querelas patronorum aduerſus libertos audire ac libertorum ingratitudinem coercere *l. 1. eod. tit.* Niſi quòd cùm pœna corporalis eſſe debet ac grauior quàm vt ad Prætoris iuriſdictionem pertinere poſſit, ſolet ea res remitti ad Præfectum vrbi *l. 1. §. cum patronus D. de offi præf. vrb.* Vnde dicitur illa cognitio extra ordinem *in l. 1. C. de libert. & eor. liber.* Non tam quòd actio ingrati prodita nulla eſſet vt quidam putant, quàm quòd digna videretur ea res quæ maiores iudices haberet, vt cæteræ quæſtiones omnes De libertate, ingenuitate, & ſtatu *l. non diſtinguemus 32. § de liberali D de recept. Qui arbitr. receper.* Cùm igitur tractet Modeſtinus de cognitione extraordinaria Præſidis cuius officium non ſicut iudicis, vllis formulæ finibus circumſcribitur. Mirum non eſt quod ſcribitur *in d. l. Diuus* abſolui à Præſide libertum caſtigatum, vel ob hoc ipſum quod neceſſe eſt ſolui eum à vinculis, ex quibus nemo dubitat quin de ingrati crimine reſpondere cogatur, vt poſſit ſi ita Præſidi videbitur vel fuſtibus cædi vel quam aliam corporalem grauiorem condemnationem pati, puta in exilium temporale aut in metallum dari, *in d. l. 1. eod.* Vbi Vlpianus non valdè diſſimiliter à Modeſtino & eodem planè ſenſu ait admitti libertum oportere, qui inofficioſus patrono patronæve liberiſve eorũ fuerit, tantummodo caſtigatus ſub comminatione aliqua ſeuerioris pœnæ non defuturæ ſi rurſum cauſam querelæ præbuerit. Quid enim aliud eſt dimitti libertum quàm abſolui, & contrà quid aliud abſolui quàm dimitti? Non ergo de ea abſolutione Modeſtinus loquitur quæ fiat per ſententiam, qualis illa eſt quæ fit in actionibus arbitrariis cùm arbitrio paruit reus, ſed de liberatione facti, cui tunc locus eſt cùm ſententiæ & condemnationi ſatisfactum fuit. Et hæc mihi ſanè aptior & magis genuina illius loci videtur eſſe interpretatio: Ex qua nihil poſſis inferre pro eorum opinione qui contra nos defendunt, abſolutionem quæ fit à iudice in iudiciis arbitrariis & quidem per ſententiam poſteriorem eſſe condemnatione quàm volunt illæ præceſſiſſe cùm pronunciatum eſt, in actione, puta Quod metus cauſa Rem per vim aut metum extortam videri, Aut dolo malo in actione De dolo aliiſq; ſimilibus. Quod planè falſum eſt, nec magis fieri poteſt quàm vt poſt plenam abſolutionem factam à iudice, aliqua poſſit ſequi condẽnatio, quod vtiq; ſani iudicij nemo dixerit. Nam etſi Prætori aut Præſidi plus hac parte conceſſum eſt, quàm pedaneo iudici vt diximus adeò vt poſſit Prætor non quidem ſuam præcedẽtem ſententiã corrigere, ſed tamen reliqua quæ ad conſequentiã iam ſtatutorum pertinent & priori ſententiæ deſunt ſupplere dummodo eodem die, id tamen fieri debet citra condemnationem vel abſolutionem, vt *in l. Paul. 42. D. de re iud.* legendum eſſe docuimus *in Err. 5. Dec. 92. in fin.* Quod ergo Prætori non licet, quomodo

iudici

iudici pedaneo licebit vt absoluere possit eum quem priùs ille ipse condemnauerit? Contra *d. l. iudex postea quàm & l. cum quærebatur 62. eod. tit.* Sanè cùm iudex arbitratus duntaxat fuit, quid actori reum ex bono & æquo præstare oporteat, potest quidem reus vt se longioribus ac dispendiosioribus litium an fructibus ac sumptibus liberet, arbitrium illud accipere pro condemnatione, ac seipsum potiùs quodammodo condemnare satisfaciendo arbitrio, ne alioqui grauiorem iudicis condemnationem expectare, ac pati cogatur. Sed tamen non facit ea res quominùs absoluendi potestatem sibi iudex retineat, quippe qui nondum officio suo functus sit, cùm nondum reum condemnauerit, Quinimò cùm præcipuum postremúmque dati iudicis officium in eo consistat vt vel absoluat reum vel condemnet, An non protinus consequens est vt qui condemnare amplius non potest reum, iam satis propria sua voluntate condemnatum, absoluendi eius præcisam habeat necessitatem? Et hæc quidem ita de plano procedunt in actionibus confessoria, & negatoria cæterisque arbitrariis quoties arbitrio reus paruit, & actori satisfecit, id est aut rem præstitit aut cautionem. Arbitrium enim iudicis in his actionibus non aliud esse debet, quàm vt vel res, vel cautio præstetur, vt tractat Paulus *in dict. l. harum 7. D. si seruit. vindic.* vbi addit Rem ipsam hāc esse vt iubeat aduersarium iudex emendare vitium parietis & idoneum præstare, sc. cùm agatur de seruitute oneris ferendi de qua in lege præcedente. Cautionem verò hanc vt iubeat de reficiendo pariete cauere, neque se, neque successores suos prohibituros altiùs tollere sublatúmque habere Proinde alterutrum factum esse oportet, id est aut rem præstitam aut saltem cautionem vt reus absoluatur. Sed si arbitrio reus victus parere nolit, id est si neque rem præstat, neque cautionem, tùm verò tanti condemnandos erit reus, quanti actor in litem iurauerit. Vt sequitur *in d. l. harum,* Vbi licèt de officio iudicis non de arbitrio Paulus loquitur, officij tamen appellatione arbitrium intellexit, vt & Iauolenus *in l. egi 12. eodem tit.* Sicut è contrario plerunque prudentes nostri cùm de bonæ fidei iudiciis tractant quæ toto genere differunt ab arbitrariis, arbitrium iudicis pro officio dicunt, vt *in l. 1. in princip.* iunct. *paragrapho 1. D. de vsur.* Idque apparet euidenter ex illis verbis *dict. l. harum, vt iubeat aduersariam iudex.* Constat namque inter omnes nihil differre iussum ab arbitrio iudicis cùm agitur de actionibus arbitrariis *l. qui restituere 68* iunct. *l. & ex diuerso 35. paragrapho 1. & l. is à quo 57. & pass. D. de rei vindic.* Igitur verum est quod volumus in actionibus Confessoria & negatoria, de quibus disputauimus idipsum euenire quòd in aliis omnibus arbitrariis vt non aliter nec priùs possit ex iis sequi condemnatio, quàm reus fuerit contumax, nec arbitrio iudicis parêre voluerit quam semper diximus veram esse ac germanam notam actionum omnium arbitrariarum. Sunt igitur hæ quoque actiones arbitrariæ, Et tamen ciuiles vt aduersarij quoque fatentur, & Iustinian. disertè scribit *in paragrapho æquè.* iunct. *paragrapho sequent. Instit. de action.* Falsum ergo est quod illi tam generaliter & audacter defendunt, Actiones ciuiles nullas esse arbitrarias.

* * *

ERROR VIII.

De formula sentent. ferendæ in actione confessor. Ad l. harum 7. D. si seruit. vindic.

QVæ cùm ita sint, videamus specialiùs in quo manca sit aduersariorum contra nos disputatio Hæc inquiunt, formula est actionis confessoriæ de seruitute oneris ferendi. Ius mihi esse cogere te præstare idoneū parietem ad onera mea sustinenda, hoc rectè. Adduot, Scribitur formula *si paret Titio ius esse cogere Mæuium reficere parietem & præstare idoneum ad onera illius sustinenda.* Hoc quoque benè sed minùs astutè faciunt qui reliquā reliquam totam formulam tacent, vt qualis sententia ferri debeat non possimus dignoscere. Addant itaque vt perfecta sit formula *nec arbitrio tuo aut rem præstare aut cauere. Mæuius volet, tunc quanti Titius sua interesse in litem iurauerit. tu Mæuium tanti condemnato.* Sed enim solitam fuisse concipi formulam actionis huius tam clarè constat ex Paulo *in d. l. harum,* vt nihil potuerit exprimi apertius. Sequitur, inquiunt, sententia iudicis. Non nego, sed quibus verbis concepta. Hic nimirum, subiiciunt *Videtur Titio ius esse cogere Mæuium reficere parietem quo de agitur ad onera ipsius sustinenda.* Et hoc quoque non malè Per hanc enim pronunciationem diffinitor status causæ qui totus in eo consistebat, An Titio ius esset ita intendendi contra Mæuium. Adeò vt à quo tempore sic pronunciatum est dici verè possit victum esse Mæuium nec sententiam suam mutare aut corrigere iudex queat. Nam & in hoc quoque aduersariis assentior qui victorem interpretantur eum non qui vincere debeat, sed qui iam vicerit & obtinuerit, hoc est non cui sententia ius aliquod nouum dederit, sed cuius iam verum ius per sententiam fuerit declaratum, vt *in l. sicut 8. §. & si quidem D. si seruit. vind. l. vti frui 5. §. fructuario D. si vsusfr. pet. d. l. & ex diuerso 5. §. 1. D. de rei vind.* Et hic verus est finis actionis confessoriæ sed non vltimus. Ille enim propriè & verè vltimus finis est qui aliter & exitus & euentus actionis dicitur *in dict. leg. harum & in l. ait Prætor 10. §. si cùm mulier in fi. D. quæ in fraud. cred.* Quis ergo euentus est, & exitus huius actionis? Ille videlicet vt vel res, vel cautio præstetur *d. l. harum.* Vt & in Pauliana quam nos in præcedentibus arbitrariam esse docuimus exitus actionis est in specie *d. § si cùm mulier,* vt stipulatio quæ in fraudem creditorem accepto lata fuerat, ex integro interponatur Hoc verò non per sententiam fit, sed arbitrio, & officio iudicis quod sequi debet sententiam & præcedere condemnationem. Sic enim Paul *in d. l. harum. vt victoris officio iudicis aut res præstetur, aut cautio.* Nam quis vnquā dixit officio iudicis id fieri quod fiat per sententiam? Idque probatur manifestiùs ex eo quod sequitur apud Paulum *res ipsa hæc est vt iubeat aduersarium iudex emendare vitium parietis.* Iussus enim ille vt iā explicauimus nihil nisi arbitrium est, & arbitrium in arbitrariis actionib. nihil nisi officium iudicis. Quomodo Iauolenus *in l. egi 12. eo. tit.* Iudicis officio contineri ait, vt de futuro quoq; damno caueri debeat, & Vlp. *in d. l. 5. aliàs l. fructuario 7 §. vlt. D. si vsusfr. pet.* vbi tractat de actione confessoria quæ pro vsufructu competit, & in qua pronunciandum est *ius esse Titio vtendi fruendi fundo Mæuij* officium iudicis esse ait postquàm pro Titio pronunciauit, vt securus ille consequatur tāquam fructuarius fruendi licentiā, sicut in negatoria, ne dominus proprietatis inquietetur: Scilicet, inquit, cùm ille agit qui possidet Siquidem etiam possessori actiones hæ competunt, nec hoc casu potest fieri vt fructuum nomine quic-

quam consequi debeat is qui fructus ipse percepit, Qui tamen si ab aduersario percepti essent, vtique in arbitrium & officium iudicis venirent, non in sententiam neque in condemnationem, vt & in directa rei corporalis vindicatione, in qua veniunt quidem fructus sed in restitutionem *l. Iulianus 17. §. 1. & seq. D. de rei vind.* quæ restitutio semper fit arbitratu iudicis *d. l. restituere 68. eo.* vbi quod dicitur in directa rei vindicatione interdum fructuum duntaxat, omnisque causæ nomine condemnationé fieri, non hunc sensum habet vt ipsa fructuum restitutio in cõdemnationem deducéda sit, sed illũ potiùs vt tum quoque cũ manu militari ablata ei possessio est qui fundum petitum restituere cum fructibus iussus erat, licèt nulla sit amplius necessaria sit propter fructus omnémque causam, id est vt tanti reus cõdemnetur, quanti fructuum & omnis causæ nomine actoris intererit, ob id quòd nec circa fructuum & totius causæ restitutionem imperatam arbitrio iudicis parère reus noluerit. Manco nimirũ quod ad fructus & omné causam pertinet, remedio & auxilio manus militaris. Quod igitur aduersarij comminiscuntur, In actione confessoria sic concipi sententiam debuisse, vt post supradicta verba illa *Videtur Titio ius esse cogere Mænium reficere parietem quo de agitur ad onera Titij sustinenda* debuerit iudex addere, *Ideóque te Mæni Titio condemno vt parietem reficias & idoneum præstes*, prorsus absurdum nedum improbabile est. Restitutio enim illa parietis extra causam sententiæ est, & relinquenda iussui, hoc est arbitrio iudicis cui locus esse incipit post sententiã, & ante condemnationem. Alioqui male Paulus *in l. harum*, ita scripsisset *vt subeat aduersarium iudex vitium parietis emendare* si hoc ipsum in cõdemnationem deducendum esset. Condemnationi enim vt sæpius inculcauimus omnimodo & præcisè pareri necesse est. Arbitrio autem non nisi causatiuè, vt loquuntur, id est vt grauior condemnatio euitetur quam ex contumacia sua reus incurreret si arbitrio iudicis non obtemperaret. Malè item Paulus adderet in fine legis *si verò neque rem præstat, neque cautionem tanti condemnet quanti actor in litem iurauerit*, si condemnatio esset de pariete ipso reficiendo. Sicut enim aliud longè est parietem reficere, Aliud vero præstare quanti actor in litem iurauerit sua interesse ob id quòd refectus non sit, quemadmodum & aliud est rem præstare, aliud rei æstimationem. Ita & fatendum est multum interesse an condemnetur reus ad reficiendum parietem, quod aduersarij volunt, & nos negamus, An verò in id omne quod actor sua interesse iurauerit ob non refectum parieté nec præstitam eo nomine cautionem, quomodo tantum posse & debere concipi condemnationem nos cum Paulo nostro contendimus. Tantúmque abest vt refectio parietis in condemnatione sit, vt non aliam causam habere possit condemnatio in hac confessoria actione quam quia refectus paries non fuerit. Dicam amplius, Vt nec in rei potestate sit post cõdemnationem effugere pœnam illam grauiorem, quæ irrogata est in pœnam cõtumaciæ tametsi parietem reficere maximè velit. Licentia enim paredi arbitrio & faciendæ restitutionis quam iudex post senteriam imperauit, à die arbitrij vsque ad diem duntaxat condemnationis exclusiuè, salua & libera est. At post condemnationem nulla superest, vt de actione Quod metus causa deque cæteris arbitrariis omnibus generaliter Vlpianus tradit *in l. item si cum 14. §. hac autem act. D. quod met. caus.* Inepta igitur est formula quam aduersarij adstruunt vt faciant sententiam iudicis cum condemnatione. Sed separãda omnino est sententia iudicis à condemnatione, & inter vtramque ponendum est arbitrium iudicis quod sicuti sententiã sequitur ita & præcedit condemnationem. Sententia nihil nisi pronunciationé illam continet, quæ primis supra scriptæ formulæ verbis concluditur. Et consequenter sine vlla condemnatione Vt & in iudicio directæ vindicationis, postquam iudex per sẽtentiã suã declarauit fundum esse petitoris, vt *ind. l. & ex diuerso §. 1.* his verbis *Videtur fundus quo de agitur Titij esse* non adiicit, *Ideoque te Mæui condemno vt eum fundum cum fructibus restituas*, sed contentus prima illa pronunciatione quod ad sententiæ conceptionem attinet differt condemnationé in aliud tempus quia nec adhuc iusta vlla causa est possessoris cõdemnandi quousque restituere iussus arbitrio iudicis noluerit parère. Arbitrium igitur inter sententiam & condemnationem intercedere oportet quo arbitrio rei fructuúmque restitutio cõtineatur, tanquam quæ nec priore sententia comprehendi potuerit nec in condemnationem venire vnquam possit. Quòd si aduersarij volunt ita concipienda esset sententia in actione confessoria vt postquam pronunciasset iudex *Videri ius Titio esse cogere Mænium reficere parietem*, addere deberet verba illa *Ideóque te Mæni condemno Titio vt parietem reficias.* Quæro quisnam erit iussus ille iudicis quem post eiusmodi condemnationem sequi debere fatentur? Quodnam officium illud iudicis de quo dubitare nõ possunt quin Paulus tractet *in d. l. harum*, tanquam adhibendo post sententiam? Et cui si non pareatur, litis æstimatio siue condemnatio in pecuniam fieri debeat, vt iidem fatentur. An fortè idipsum arbitrari iudex debebit quod iã non modò in sententiam, sed etiam in condemnationẽ deduxerit? An suæ authoritati eam fieri iniuriã patietur vt in condemnati potestate relinquat vtrum iudicato parère velit, necne? Quid vero indignius dici potest, quàm vt ea negligendi iudicati licentia condemnatio detur? Et ob eam nimirum causam diximus toties, Nunquam debere iudicem condemnare reum vt aliquid faciat, sed semper litem æstimare in pecunia numerata, Ne alioqui exequendæ inuito condemnato rei iudicatæ ratio nulla supersit. Expectandum igitur est ad irrogandam condẽnationem, vt litis æstimatio fieri possit, quæ porrò fieri non potest nisi post arbitrium redditum à iudice, & reo neglectum. Neque hoc negare aduersarij possunt cùm aiunt postquam actor vicit in confessoria, sequi arbitrium iudicis post sentẽtiam, Et arbitrari iudicem quid fieri oporteat, tempus modũque præstituere, & cautiones exigere *d. l. harum & l. egi 12. eod. tit.* Hoc enim ipsum est quod nos affirmamus, Itemque quod subiiciunt, si fiat quod iudex arbitratus est fieri debere, absolui reum oportere. Sed si non fiat, iudicem debere litem æstimare, Nisi quòd mallem vsos eos verbis Pauli & pro æstimatione litis dixisse condemnationem Quanti actor in litem iurauerit. Etsi enim hæc condemnatio nihil nisi litis æstimatio est, nec litis æstimatio quicquam aliud quàm condemnatio, vt proinde parum interesse videatur vero modo loquamur. Interest certè apud aduersarios, qui hanc volunt vocare cũ Paulo condemnationem sed potius condemnationis executionem. Cùm tamen vnica hæc sit verè & propriè condemnatio. Prima autem pronunciatio, nullomodo. Arbitrium verò quod primam illã pronunciationem sequitur non tam cõdemnatio verè sit, quàm quasi condẽnatio quæ tamen vires sumit non tam ex authoritate arbitrij cui etiã post sententiam non parere liberum est reo si grauioré cõdemnationem non curet, quam ex volũtate rei seipsum, vt iam dixi quodãmodo cõdemnantis, ne à iudice condẽnari possit *d. l. redhib. 43. D. de ædilit. edict.*

ERROR IX.

De formula ciuilis vindicationis apud Ciceronem Orat. 4. in Verrem & de vera illius loci interpretatione.

CErtior haberi fides non potest eorum quæ ad iuris veteris praxim, & ritum pertinent, quàm si quis ex veterum formularum monumentis veritatem eruat, nec rursum certior vlla formularum indagatio, quàm si ex Cicerone aliísque bonæ latinitatis authoribus eam petat. Nam quemadmodum ab initio præcipua prudentum opera in eo collocata fuit, vt ferè de vnaquaque re & actione, & non tantùm actionum, sed etiam actuum penè omnium formulas conscriberent *l. 2. §. deinde ex his legibus De orig. iur.* Ita ex iis formulis quæ certæ solénésque erant, adeò pendebant omnia, vt qui vel à syllaba vna caderet, vt vulgo iactari solet, caderet etiam à causa, Mansitque ius in ea ferè tempora quibus actionum formulæ & impetrationes sublatæ sunt à Constantino, & posterioribus Imperatoribus *in l. 1. & 2. C. de form. & impetr. act. sublat.* Post quas constitutiones cœpit formularum vsus ita inutilis esse & neglectus vt Tribonianú piguerit in Pandectis componendis vllam ferè memoriam earum retinere, nisi quæ ex ipsis prudentum responsis indici & quasi per cõiecturas colligi potiùs quàm ex apertis verbis probari possint. Vnde fieri necesse fuit vt doctissimi quique viri, quibus vnum illud propositú extitit restituendæ veteris Iurisprudentiæ & ad prima sua principia reuocandæ, non alia in re magis sibi laborandum esse crediderit, quàm in formularum istarum conceptionibus excogitandis ac diuinandis, Ita vt plerumque non tam restauratores earum quàm primi inuentores fuisse videãtur. Inter quos omnium felicissimè nec minus ingeniosè quàm laboriosè hanc sibi operam præcipuè sumpsit Barnabas Brissonius, cuius præclarum nomen quoties lego vel audio toties miseram temporum nostrorum fortena & conditionem defleo, quæ tantùm virum tanq; politum scriptorem ac penè incomparabilem, quem post tot secula vix vnum natura tolerat, diutiùs ferre non potuit, nobisque ac toti Iurisprudentiæ longiorem eius vitam & scripta quæ in dies plura & luculentiora spectabantur inuidit. De quo verissimè quisquis ille fuit qui insignem ipsius imaginem hoc versic. illustrauit.

Non poterat iuris gloria iure mori.

Maximè verò inter omnes veteres scriptores qui de formulis multa prodidisse comperiuntur, vnus fuit Marcus Tullius, cui solemne extitit magnam cum Iureconsultis sui semper familiaritatem habere, sed eorum tamen formulas tanquam nugas & ineptias ridere, quamuis non pauca ille ex eorum siue scriptis siue sermonibus hausisset, ex quibus facilè appareat non fuisse illum iuris omnino ignarum. Qualem nec decebat eum esse, qui siue per locum, siue seriò iactitabat & profitebatur posse se quoties iuberet primo triduo euadere in Iureconsultum, Eo præsertim tempore quo Aulus Trebatius & Seruius Sulpitius florebant, nostram que Iurisprudentiam allustrabant. Is in Orat. 4. in Verrem vbi multa ille congerit vt Verris, cùm in Sicilia Præturam exerceret iniquitatem & insaniam conuincat ponit eum sic formulam vindicationis dictasse *Lucius Octauius iudex esto. Si paret fundum Capenatem quo de agitur ex iure Quiritium P. Seruily esse neque is fundus Q. Catulo restituetur.* Et addit *nonne necesse erit Lucio Octauio iudici cogere P. Seruilium Q. Catulo fundum restituere aut condemnare reum quem non oporteat?* Cuius formulæ iniquitas tota in eo est, quòd cùm ita sit concepta eius conditio *si paret fundum Capenatem quo de agitur, ex iure Quiritium P. Seruily esse:* additur tamen *neque is fundus Q. Catulo restituetur* pro eo quod scribi debuerat, *Si paret fundum Capenatem quo de agitur Q. Catuli esse, neque is fundus Q. Catulo restituere.* Erat enim Seruilius possessor huius fundi, Catulus verò petitor quem proinde oportebat probare se dominum priusquam cogi posset Seruilius vt restitueret. Cuinam. n. fundum restitui æquum est nisi cuius fundum esse apparuerit? Aut quid prodest Publio Seruilio fundum Capenatem possidenti ... suum eum esse probauerit, si arbitrium iudicis tale sequi debeat vt is fundus non P. Seruilio relinquendus sit cuius est, sed Q. Catulo cuius non est, omnimodo restituendus? Et tamen ita vt diximus concepta formula cùm Lucius Octauius Baldus iudex datus, quantumlibet iuris & officij peritissimus non aliter iudicare possit quam ad eum modum quem Prætoris formula præscripsit Omnino consequens fit, vt ei necesse sit, Vel Publium Seruilium fundi possessorem eundémque dominum cogere vt Catulo eum fundum restituat: Vel condemnare illum quem non oportet. Quæ postrema verba perperam sanè iidem aduersarij nostri sic explicant quasi sentiat Cicero de Q. Catulo condemnando. Nam cùm fateantur in ea specie Catulum fuisse petitorem, Seruilium verò possessorem, quis nescit condemnationis verbum ad actorem referri nunquam posse. Summouentur nimirum actores à petitione sua & repelluntur, non condemnantur. Et reorum duntaxat est vt dicantur sicut absolui, ita & condemnari: quemadmodum sæpius diximus. Qua de causa nec defuerunt qui locum hunc Ciceronis corruptum esse crediderint, & praua emendatione obscuriorem fecerint. Nos verò nihil emendandum esse censemus & postrema illa verba de quorum sensu contenditur *aut eum condemnare quem non oporteat* ad Seruilium possessorem & reum non ad Q. Catulum actorem esse referenda. Nec enim illa mens Ciceronis est quam aduersarij comminiscuntur, vt exprimere velit in eas coniunctum iudicem per iniquitatem Verrinæ formulæ vt vel iniquissimè iudicare cogatur si formulam sequi velit, Vel eum condemnare, pro quo iudicare potiùs debuerat si negotij æquitatem sectari malit, quàm rigorem formulæ. Supponeret siquidem hæc ratiocinatio esse in iudicis dati potestate vt vel secundum formulam iudicet, vel contra formulam ex animi sui sententia. Quod quàm falsum sit appatet vel ex illo ipso Ciceronis loco cùm ait Ille, Ne quidem Balbum iudicem hominem & iuris & officij peritissimum aliter iudicare posse quàm in quæ verba iudicium à Prætore datum proponatur. Hoc igitur potiùs sibi vult Cicero, iniquitatem maximam Verrinæ formulę in eo elucere, quòd quemadmodum facere non potest iudex datus quin præscriptum formulæ in omnibus ac per omnia precisè sequi cogatur. Ita neque effugere quominùs in sequendo formulam vel cogat Seruilium reum & possessorem qui fundum suum esse probauerit eum fundum restituere Q. Catulo petitori quamuis victo in quæstione dominij quod esset absurdissimum. Vel condemnet eum quem non oportet, id est illum ipsum Seruilium, quem potuimus probasse dominium fundi ad se pertinere. Nam vtique condemnaretur is quem non oporteret condemnari si Seruilius hic condemnaretur. Quid? inquies, An non duo hæc vnúm & idem sunt Cogi Seruilium Catulo petitori restituat. Et Seruilium condemnari? Hoc enim est quod aduersarios decepit vt loci huius elegantiam, veram interpretationem percipere non potuerint.

Sed hoc ipsum erit quod nostram De arbitrariis actionibus sententiam, & omnia quæ hucusque circa hunc tractatum scripsimus, mirificè confirmabit. Docuimus. n. coactionem illam restituendæ rei de cuius dominio & vindicatione actum sit condemnationem non esse, sed fieri iussu & arbitrio iudicis, nec præcisa & absoluta coactione cum ea restitutio sit facti ad quòd nemo præcisè cogitur, sed causatiua, Id est si grauiorem condemnationem euitare reus velit, quæ imminet in pœnam contumaciæ, ob id quòd arbitrio iudicis parère noluerit. Reus enim idémque possessor qui in iudicio vindicationis victus est alterutrum facere omnimodo compellitur, aut obtemperare arbitrio si velit, aut si non obtemperauerit pati condemnationem etiamsi nolit. Etsi enim arbitrio & condemnationi commune illud est, vt reddatur in inuitum sicut & totum ipsum iudicium ipsaque iudicij formula, differentia tamen in eo est quòd condemnationi omnimodo parendum est, ferendaque executio iudicati, Arbitrio non item. Et ob eam nimirum causam diximus in superioribus arbitrium non esse condemnationem, sed tantùm condemnationis loco, vt *in l. redhibitoria 45. D. de ædilit. edict.* quia eundem effectum habet quem condemnatio mandata executioni, quòd eo modo plenissimè actori satisfiat. Maximè verò id locum habet, cùm arbitrium consistit in danda vel reddenda pecunia, vt in specie *d. l. redhibitoria*, quia cùm condemnatio semper facienda sit in pecunia numerata, propiùs accedit ad condemnationem tale arbitrium quàm quod in faciendo & restituendo consistit. Est igitur ex eadem causa, & ex eodem fonte iniquitatis vt cogatur per arbitrium iudicis fundum Capenatem reddere P. Seruilius cuius fundum illum esse apparuerit, & vt ob id quòd arbitrio non paruerit, nec fundum restituere Q. Catulo voluerit, condemnetur eidem Catulo quanti ille sua interesse in litem iurauerit. Quamquam enim proxima & immediata condemnationis causa in his actionibus sola contumacia est illius qui arbitrio parère noluit, Contumaciæ tamen causam præcedens iudicis arbitrium præbet, quòd si nullum esset, nec contumacia sequi vlla posset. Neque tamen consequens fit vt si arbitrium iudicis iniquum fuit, impunita magis debeat esse contumacia non parentis, quem verum semper est dicere imperanti iudici non obtemperasse, sed eodem errore, & eâdem iniquitate debet iudex eum ipsum quem iniquè iusserat rem suam non domino restituere, iniquè etiam ob non factam restitutionem condemnare vt *in l. & ex diuerso 35. § 1. D. de rei vindic.* Ita fit vt verum sit quod ait Cicero, Sic concepta vti diximus formula, non aliud officium iudicis esse posse quàm vt vel per arbitrium suum cogat Seruilium fundi petiti dominum & possessorem restituere fundum illum Q. Catulo non domino, atque ita arbitretur aliter quàm oportet, Vel condemnet eum quem non oportet, id est illum ipsum Seruilio si arbitrio quamuis iniquo & iniusto parère nolit. Condemnaretur enim procul dubio is quem non oporteret, si possessor idémque dominus ob id solùm condemnaretur petitori non domino quòd ei fundum arbitrio iudicis restituere noluisset, Et tamen condemnari eum ex formula necesse esset, quia nec aliter concipi potest formula in actionibus arbitrariis quàm vt is demùm condemnari debeat, qui arbitrio iudicis obtemperare noluerit. Oporteret itaque Seruilium condemnari, & non oporteret, sed diuersis respectibus. Oporteret vtique ex necessitate formulæ, Non oporteret ex ratione iuris & æquitate negotij. Proinde iniquissima est formula Prætoris quæ Iudici dato iniquissimè iudicandi non solùm potestatem facit sed etiam necessitatem imponit. Et hoc nimirum est quod agit Cicero vt Verris iniquitatem in iure dicundo detegat & probet. Ideóque ponit Balbum iuris & officij peritissimum vt ostendat in quas angustias eum iniquitas formulæ coniecisset. Nam quatenus erat iuris peritissimus videbat non aliud boni iudicis arbitrium esse posse quàm vt ei ipsi fundum restitui iuberet, quem priùs dominum esse pronunciasset Quatenus autem erat idem ille officij peritissimus, intelligebat officio iudicis dati ex necessitate incumbere vt sententiam diceret ex præscripto formulæ, & consequenter iniunctam sibi videbat necessitatem iubendi & arbitrandi vt fundum Capenatem Publius Seruilius dominus Quinto Catulo non domino restitueret, itémque vt si restituere nollet eum condemnaret, Quanti scilicet Quintus Catulus in litem iurasset. Ita namque intelligendus & supplendus est ille Ciceronis locus, quamuis de condemnationis forma & quantitate nihil exprimat, Nimirum quoniam ad id quod agebat Cicero, nihil ea re attinebat, id est ad iniquitatem formulæ detegendam, Cùm non minùs iniqua videri debeat sententia per quam dominus in iudicio vindicationis erga non dominum vel vno nummo condemnetur. Quamquam illud quoque verum est tantò iniquiorem fore condemnationem quantò grauior futura sit. Eam autem omnium grauissimam esse, quæ victori iurandi in infinitum & sine vlla taxatione faciat potestatem. Quomodo in iudicio vindicationis obseruari olim solitum fuisse toties diximus & probauimus, *ex l. sius rei 46. & l. qui restituere 68. De rei vindic.* Sed iniquitas magis est in arbitrio, quàm in condemnatione, Vt solet in rebus ferè omnibus id maximum esse quod primum. Iniquitas enim condemnationis pendet ex iniquitate arbitrij: quæ ipsa non aliunde pendet quam ex iniquitate formulæ, Iniquitas autem formulæ ex iniquitate non iudicis qui eam accepit sed Prætoris qui dictauit. Et quemadmodum *in l. & ex diuerso 35. §. 1. eod. tit.* Paulus scribit Iudicem qui per errorem pronunciauit fundum esse Titij petitoris cùm esset Sempronij possessoris, debere de fructibus quoque eodem errore pronunciare, ita & Prætor qui formulam iudicij vindicationis adeò iniquè concipit vt iudici necessitatem imponat iubendi & arbitrandi vt possessor idémque dominus fundum petitum restituat petitori non domino. Eâdem prorsus iniquitate per eandem formulam iubere cogitur vt si possessor idémque dominus fundum nolit restituere, condemnetur. Alioquin iniquitati adderet ineptiam si alium vellet iuberi restituere, alium verò propter non factam arbitrio iudicis restitutionem condemnari. Verùm hic rursus insurgunt aduersarij, & ex hoc ipso Ciceronis loco contra nos probant vindicationem ciuilem non esse arbitrariam, propterea quòd Cicero sic formulam concipiat, vt tamen nullam arbitrij faciat mentionem. Sic enim concipit simpliciter *neque is fundus Q. Catulo restituetur* non additis verbis illis *arbitrio tuo* aut *arbitratu tuo*, quam vnam arbitrariarum actionum omnium notam esse volunt. Quasi nunquam licere debeat iudici arbitrium suum interponere & iudicis partes abiicere vt assumat arbitri nisi cùm idipsum & à Prætore per formulam non tam permissum, quàm mandatum est, nec rursus Prætor vnquam id mandare iudici debeat in formula nisi quando Prætoris edicto id comprehensum est. At nos multò probabilius hunc ipsum locum aduersus istorum errorem in auxilium nostrum aduocamus, Vt appareat non ex adiectione supradictorum verborum in formula, sed ex natura negotiorum pendère totam vim & potestatem actionum arbitrariarum. Nam neque

restitutio

restitutio cuius mentio fit in formula, fieri aliter potest quàm iussu & arbitrio iudicis. An enim Prætorem credibile est de ea restitutione sensisse, quam reus vltrò facere poterit, nullo iudicis arbitrio & iussu præcedente? Siquidem fatendum est posse huiusmodi restitutionem fieri sola possessoris voluntate si mallit cedere quàm contendere, siue vt litis sumptibus & incommodis se exoneret, siue quod rem quæ petitur sciat petitoris esse, non suam. Atqui ea ratione fieret vt nulla esset inter arbitrarias & alias actiones differentia: Nam & in aliis iudiciis quæ non sunt arbitraria siue bonæ fidei sint, siue stricta, perinde licèt reo quandocunque ante sententiam satisfacere actori, vt absolutoriam sententiam ferat: Quo sensu omnia iudicia dici absolutoria scripsit Tribonianus *in §. vltim. Inst. de perpet. & tempor. act.* Tota ergo differentia in eo est, quod in cæteris satisfactio fit à reo sola ipsius voluntate nec ponitur in formula vt neque in arbitrario iudicis: In arbitrariis autem restitutio quam fieri necesse est vt euitetur condemnatio, fit arbitrio & iussu iudicis, quæ si non fiat, sequitur condemnatio, non aliam ob causam, quàm quia factum non sit, quod arbitrio iudicis fieri debuit. In cæteris condemnationi causam præbet non eius qui conuenitur contumacia quæ ante sententiam vix vlla esse potest licèt mora esse possit, sed obligatio quæ causam dat actioni. Nascuntur enim ex obligatione aliqua præcedente actiones omnes & bonæ fidei & stricti iuris. At in arbitrariis, quæ pro causa obligationem præcedentem nullam habent, sola rei contumacia nolentis arbitrio iudicis parêre, locum aperit condemnationi, quæ alioquin sequi nulla posset. Nihil igitur intereat olim an in formula actionis arbitrariæ adiecta essent verba illa *arbitrio aut arbitratu tuo* an prætermissa, quia & cùm prætermissa, erant pro adiectis haberi debebant, Siue quod arbitrium iudicis de re restituenda præcedere necesse esset ad extorquendam condemnationem, siue quòd non ob id solum condemnari ex arbitraria actione reus debeat, quia rem non restituerit, sed ob id potissimum, quòd fuerit contumax, nec arbitrio obtemperare voluerit iudicis imperantis & iubentis. Nunquam enim arbitrium est sine iussu *dict. l. qui restituere.* Arbitrium ergo iudicis omnimodo præcedere necesse est vt ex causa non factæ restitutionis sequi possit condemnatio. In cæteris iudiciis & bonæ fidei, & stricti iuris condemnatur reus qui non satisfecit, non quia non satisfecerit, sed quia est obligatus, quamuis non condemnaretur si satisfecisset. Vt ipsa non satisfactio, si sic loqui liceat, non tam efficiens causa sit condemnationis, quam conditio sine qua non posset sequi condemnatio. Bene igitur Vlpianus, aut potiùs sub Vlpiani nomine Tribonianus *in dict. lege qui restituere in fin. ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur*, Vt intelligamus in directa & ciuili vindicatione de qua potissimum eo loco agitur, perinde atque in cæteris omnibus arbitrariis imperari restitutionem arbitrio iudicis, nec tam faciendam esse restitutionem vt euitetur condemnatio, quemadmodum euenit in cæteris iudiciis quàm non faciendam, vt ex non facto illo possit induci contumacia sequi condemnatio. Sed iam ad Ciceronem satis.

***

ERROR X.

De differentia arbitrij compromissarij & eius quod constituit actionem arbitrariam.

PRæcipuus hic lapsus fuit eorum contra quos per tot Decades disputauimus, quòd arbitrium illud ex quo æstimantur actiones arbitrariæ, simile volunt esse illi, cuius interponendi necessitatem habent arbitri compromissarij: ex Prætoris edicto *De recept. Qui arbitr. recep. vt sentent. dic.* Sic enim scribunt Iudicem datum in actione arbitraria debere arbitrari causa cognita, quomodo actori satisfieri possit, & hactenus interuenire vt experiatur an consilio suo vel authoritate litem discuti patiantur litigatores *Ex lege Pomponius 13. paragrapho recepisse Digest. ill. tit.* vbi tamen Vlpianus ex Pedio scribit, Eum qui non vlterius se interponat nec arbitrium dici posse nec videri arbitrium recepisse: sed eum duntaxat qui iudicis partes suscepit, seque sua sententia finem controuersiæ impositurum pollicetur. Quibus verbis significat, Plus esse & difficilius vt quis iudex sit, quam vt sit arbiter. Nec enim is, qui arbiter est, verè ac propriè iudex est, sed tantùm iudicis partes suscipit, vt Pedius loquebatur. Hoc verò cur ita Nempe quia boni iudicis officium est lites dirimere, quod ipsum non aliter facere potest, quàm imponendo finem controuersiæ *l. 1. D. de re iudic.* Vnde est quod officio suo tunc iudex functus dicitur cùm iudicauit condemnando reum vel absoluendo siue benè siue malè *l. iudex postea quã 55. eod.* Arbiter autem, id est, qui & arbitrium recepit & iudicis partes suscepit, idipsum se facturum pollicetur. Ideòque nec priùs officio suo functus videri potest quàm finem controuersiæ imposuerit *d. §. recepisset.* Proinde meritò placuit non committi pœnam compromissi ob id quod non pareatur arbitrio iubenti vt ad alium arbitrum eatur, Ne finis non sit, loquit Paulus *in l. non distinguemus 32. §. quæs. d. tit. De recep.* Vbi addit, si arbiter sic pronunciauerit, vt fundus arbitrio Publij Meuij tradatur, aut satisdatio detur, Iulianum quidem existimasse omnino parendum sententiæ vt pœna non committatur, sed Pediũ meliùs probasse, Ne propagentur arbitria, aut in alios interdum inimicus agentium transferantur: Oportere arbitrium sua sententia finem controuersiæ imponere. Non autem finiri controuersiam si aut differatur arbitrium, aut in alium trãsferatur, Partémque sententiæ esse quemadmodum satisdetur, & quibus fideiussoribus, idque delegari consequenter non posse nisi ad hoc expressim compromissum sit, vt arbiter statueret, cuius arbitratu satisdaretur. Quòd si non alius arbiter esse aut dici potest, quàm qui iudicis partes susceperit, ac finem controuersiæ imposuerit, Quis ferat, arbitrium iudicis in arbitrariis actionibus non in alio versari, quàm interueniat iudex & experiatur an suo consilio vel authoritate litem discuti litigatores patiantur, priusquam iudicis partes interponat, & formulæ præscriptum exequatur? Imò verò arbitrium iudicis totum consistit in eo vt iubeat iudex rem qua de agitur restitui actori, Nec hoc tantùm, sed etiam quomodo restitui debeat, vt rectè præstetur ac restituatur. Parum enim esset restitui, si non rectè restitueretur: Vnde est quod in cautionibus omnibus de restituendo vulgaris illa clausula inserebatur *his rebus rectè præstari l. si ipse quoque 19. D. de rei vind. l. redhib. 21. §. idem Pomponius D. de ædilit. ed. l. aliud est capere 71. §. 1. De verb. signific.* Nec rursum res aliter rectè restitui poterat

quam si arbitrio iudicis restitueretur, ne qua litigandi materia superesset, an rectè facta restitutio esset. Porro neutrum faceret iudex poterat, id est neque iubere rem restitui neque rectè restitui, quin priùs cognouisset de iure litigatorum non tantum ex eorum allegationibus, sed etiam ex probationibus vtrimque allatis, Adeòque secuta pronunciatione super illa facti quæstione, An petitoris res esset, quæ ab eo petebatur, an possessoris. Quæ tamen pronunciatio nisi causa plenissimè cognita sequi non poterat cùm in eo præcipuus quæstionis & totius litis cardo verteretur. Et verò priùs erat vt iudex rectè iuberet rem restitui, quam vt eam rectè restitui præciperet. Quî vero fieri poterat vt idipsum iuberet rectè, si non prius de actoris iure vel iniuria plenissimè cognouisset? Nam & inde fiebat vt ab iis verbis formula inciperet *si paret fundum Capenatem quo de agitur esse Sempronij petitoris*, quibus verbis tota facti quæstio continebatur Tum illa sequebatur *neque is fundus Sempronio restituetur* arbitrio scilicet iudicis siue additum esset *arbitrio tuo* siue prætermissum, vt superiore capite disputauimus. Quem enim alium sensum habere hæc verba poterant, nisi vt rectè, ac proinde arbitratu iudicis restitutionem fieri oporteret: Non enim satis erat Prætori qui dictabat formulam vt quoquomodo fieret restitutio, sed ad curam & solicitudinem ipsius maximè illud pertinebat, vt quo casu facienda esset restitutio, ea rectè fieret ac probè, Quod ipsum cùm pro variis personarum, rerum & locorum circumstantiis aliter, atque aliter faciendum sit, tanquam quod facti sit magis quàm iuris, necessario iudicis arbitrio committendum erat, Neque ob id solùm vt rectè fieret restitutio, Sed etiam vt condemnationi locus fieri posset, si eiusmodi arbitrio iudicis parère reus nollet. Cùm in arbitrariis actionibus & iudiciis nihil sit, aut præcedat ex quo possit sequi condemnatio si demas contumaciam quæ in eo interuenerit quòd arbitrio iudicis non sit obtemperatum. Quare nec negant aduersarij, Iudicem datum in actione arbitraria debere de causa cognoscere vt arbitrari rectè possit quomodo actori satisfieri oporteat. Sed tamen cognitionem illam volunt esse summariã nec interuenire nisi hactenus, vt caperiatur an consilio suo vel authoritate litem discuti litigatores patiantur. Quod certè non modò ridiculum sed etiam præposterum est Quid enim opus esset vlla causæ cognitione iudiciali siue plena, siue sommaria, vt ob euitandas litis impensas & molestias inuitarentur litigatores ad pacem & concordiam? Solent nimirum remedia ista conquiri ante moram litem & vt sumptibus & vexationibus litis occurratur non eo tempore quo post instructas iam allatas probationes longe vtilius sit litem prosequi, quàm ab ea resilire, nec si reus recedere sit paratus, si non offerat etiam omnes sumptus litis. Quid vero absordius dici potest, quàm quod nec aduersarij ipsi audent dicere, Iudicem qui semel iudicis partes susceperit & de causa non tantùm cognoscere cœperit sed etiam cognouerit siue summariè vt illi volunt, siue plenariè vt nos contendimus, posteà iudicis partes deponere vt arbitrum agat, & rursum iudicem agere si litigatores à lite discedere noluerint, vt reum condemnet? Debuerat ergo Prætor secundum istam sententiam inchoare formulam ab arbitrio non à facti cognitione ac disceptatione. Sed nec quicquam agas etiamsi concedam tibi præcessisse arbitrium illud amicabile, vt pragmatici vocant & summariam illam quam isti comminiscuntur causę cognitionem, Nisi addas, Reo negligente arbitrium illud iudicis tanquam arbitri, adhibendam esse postea pleniorem & plenissimam causæ cognitionem, vt sequi possit, condemnatio: Neque rursum possis dicere qua ratione aut quo iure condemnatio sequi possit, nisi addas, Post adhibitam plenissimam illam causæ cognitionem & secutam super facti quæstione pronunciationem. Aliud necessarium esse arbitrium quod inuitum reddatur De re petitorij restituenda, cui si non pareatur, tùm demùm sequi debeat condemnatio, & lis æstimari. Quo admisso planè non video cuius vtilitatis aut commodi esse possit arbitrium illud amicabile quod isti comminiscuntur, & cuius tam multas volunt esse vtilitates. Onerosum potiùs videri debet, per quod fiat in longiora tẽporalis protrahitur, quam instituere actor coactus sit ex necessitate aduersus improbum possessorem qui & litem apud Prætorem contestari maluerit, quàm ab initio cedere, & iudicium accipere quod non nisi in inuitum datur sicut neque actiones iure ciuili comparatæ sunt nisi aduersos improbos & perfidos homines, vt Theophilus dicebat. Item vt grauioribus sumptibus onerentur litigatores, iisque inanibus & frustratoriis. Cùm eueniat plerúmque vt effectum nullum habeant arbitria ista priuata præsertim quæ non sunt compromissoria, & pœnalia. Quæ tamen non sine molestiis & sumptibus, interdum maximis, expediuntur. Sed simus nos etiam nobis ipsi onerosi si non hîc saltem toti tractatui De arbitrariis actionibus finem imponamus.

ANTONII FABRI I.C.

Decas nonagesimaquinta.

ERROR PRIMVS.

De laudibus ex contractu nullo petitis, & ex subhastatione facta nulliter. Ac de variis causis quas afferunt interpretes ob quas laudimia debeantur.

IN confesso est apud omnes qui de laudimiis,& de iure emphyteutico scripserunt, Ex contractu nullo nulla deberi posse laudimia, & generaliùs vt interpretes nostri loqui solent, nullam esse soluendam gabellam. Sic enim ex communi omnium sententia Iulian.Clar.*in §.feudum quæst.31.in princip. Ex l.2.C. de eunuch.leg.ea quidem 5. C.si mancip. ita fuer alien.* Post Bartol. *in l. vltim. paragrapho sed quia nostra circ. fin. & §. vltim. C. comman. de legat.* & alios quàm plures quos refert & sequitur Amed.à Ponte in quæstionibus laudimialibus *quæst.*39.Et ratio euidens est, quoniam laudimia non debentur directo domino, vt illi quidem existimant,nisi propter alienationem vtilis dominij rei feudalis vel emphyteuticæ, & vt alij loquuntur, propter nouam inuestituram per quam dominus directus approbat alienationem,ita vt noua illa inuestitura sit vice subscriptionis, pro qua voluit Iustinianus solui laudimia *in l. vlt.*vbi omnes ita notant *C. de iur. emphyt.* Amed. à Pont.*quæst.*1.post Iul.Clar.*in §.emphyteusis quæst* 23. Nam quod quidam putarunt deberi laudimia domino propter laborem, inquiunt, quem capit dominus immittendo nouum emphyteutam in possessionem ridiculum est,& benè ab aliis confutatum,siue quòd Iustiniani constitutio supradicta deberi ea velit pro subscriptione,in qua non magnus est domini labor, cùm actus ille momento ferè temporis expediri possit, siue quòd non sit necessarium factum domini directi ad hoc vt nouus emphyteuta possessionem occupare possit, quam ingredi & apprehendere potest propria authoritate,dummodo directus dominus aut per subscriptionem suam aut quo alio modo cõsenserit. Debentur ergo causa siue occasione alienationis dominij vtilis rei feudalis vel emphyteuticæ vt diximus. Nam nec nouus emphyteuta dici potest nisi is in quem translatum est ius omne quod fuerat veteris & prioris emphyteutæ.Ne alioqui duos eiusdem rei in solidum emphyteutas inducamus, quod non magis fieri iure potest quàm vt eiusdem rei duo sint dominij in solidum, siue directi, siue vtiles *vulg. l. si vt certo 5. §. si duobus vehiculum D.commodat.l.de hereditate 19.§.pater D.de castr.pecul* Siquidem emphyteuta si nostris interpretibus credimus, dominus vtilis est, & quidem in solidum,licèt solus dominus non sit.Nam & directus dominus æquè dominus est,adeòque in solidum,cùm alius directus dominus nullus sit. Sed non se mutuò impediunt hæc dominia,quoniam sunt diuersi generis. Quod enim dicimus,Non posse duos eiusdem rei dominos esse in solidum de iis intelligi debet qui idem dominium eiusdem generis sibi asserant, & vindicent, non de iis qui singuli se dicant dominos in solidum quidem, sed diuersis respectibus.Quemadmodum & iam olim eueniebat passim vt eiusdem rei dominus quis esset iure Quiritium,qui & quiritiarius dicebatur. Alius verò rem haberet in bonis,qui & bonitarius appellabatur,vt Vlpianus in fragmentis docet *Tit.*19.*De acquisit.rer. l.si finita 15. §.idem Iulianus D. de damn. infect. l. 3. D. si vsusf. petet. l. 2 §.vlt. D.si ex noxal. caus. agat.* Etsi verò nos istam duplicis dominij distinctionem non agnoscimus, quæ pluribus à nobis confutata est *lib.* 20.*Coniect.c.* 11. cogimur tamen in his quæstionibus quæ de feudis emphyteusibus & laudimiis occurrunt,ac in quibus interpretum errores refellimus,vti verbis interpretum,vt rationes nostras æquioribus & oculis,& auribus accipiant.Cùm ergo nouus emphyteuta ille sit qui nouus est dominus vtilis,nec possit quisquam talis esse nisi qui eiusmodi dominium acquisierit ab alio iam antè domino vtili, Consequens omnino videtur,vt fateamur non alia ex causa proficisci obligationem laudimiorum quàm ex illa dominij vtilis translatione quæ fiat à priore & vetere emphyteuta in nouum, & ab alienante in accipientem & acquirentem.Atqui ex contractu nullo licèt possessio quę corporalis est,& plus facti quàm iuris habet transferatur *l.1.§ si vir vxori D.de acq. poss.* dominium tamen transferri non posse certum est,quia iuris ratio quæ contractum infirmat, alienationem quoque impedit & dominij translationem ex qua potissimum alienatio vera æstimatur *l. 1.C.de fund. dotal. l.alienationis 28. D. de verb sign.* Quod enim nullum est de iure,nullum quoque iuris effectum habere potest vt habet regula iuris pontificij *l.non dubium 5.C.de legib.l.vlt.C.de reb. alien. non alienand.* Est autem hic vnus ex iuris effectibus vt dominia per traditionem transferantur *l. traditionibus 20.Cod.de pact.l.traditio 20. D.de acquir. rer. domin.*Cùm & traditio sit vnus ex modis sex acquirẽdi dominij quos Vlpianus supradicto loco recenset: Porrò non quælibet traditio transfert dominium, vt sæpius docuimus,sed ea tantùm quæ non sit nuda,id est quæ iustam aliquam causam habeat iure ciuili cognitam & approbatam aut quod effectu ipso idem est titulum aliquem iuris authoritate munitum, Quales sunt tituli venditionis, donationis, permutationis & si qui sunt similes *leg. nunquam nuda 31. eod. tit.* Sed ita demùm si valeat venditio, donatio, permutatio, & aliud quodlibet eiusmodi genus contractus: Alioqui dominium transferri nullomodo potest, si authoritas legis aut Senatusconsulti aut alterius iuris vim alienationi obstruxerit, quomodo loquuntur Imperatores *in l si quidem 11. Cod.de præd.minor.*puta si minor annis viginti quinq; fundum aut quid aliud alienari prohibitum contra Senatusconsultum vendiderit *l.2.l. prædia 8.& pass. eod.tit.* aut pupillus sine tutoris authoritate contraxerit *l.contra 28. D.de pact.*aut res furtiua etiam per bonæ fidei possessorem vendita sit & tradita bonæ fidei emptori contra legem Iuliam Plautiam *§.furtiuæ quoque res Instit .de vsucap.l.quam rem 38. D. eod.* Consentaneum igitur est vt ex contractu nullo quemadmodum transferri dominium non potest,ita neque laudimia vlla debeantur. Quod quia nullam

apud

apud interpretes nostros dubitationem recipit, hinc mirum plerique omnes pragmaticorum inferunt, Ex nullis agitur subhastationibus, id est quæ nulliter vt loquuntur factæ sint & contra formam à statuto præscriptam, nulla laudimia deberi posse. Quid enim aliud subhastatio est, quàm venditio sed publica & facta sub hasta, ob idque tanto potentior quàm priuata? Quid enim mirum ex quo res sic vendita non tantùm licitè sed etiam iustè possideri queat *l. si quis 19. C. de rescind. vend. iunct. l. iustè possidet 11. D. de acqu. poss.* Titulus inquam tantæ potestatis, vt quod ex pragmaticis pauci obseruant, nulla indigeat traditione ad transferendum in emptorem dominium, quomodo priuata venditio indigeret *d. l. traditionibus l. ex empto 11. & 1. pass. D. de act. empt.* Ita enim esse ex eo apparet, quod à die addictionis, seu vt statutum loquitur, expeditionis fructus fundi sub hasta venditi pertinent ad emptorem, nulla expectata vel traditione, vel missione in possessionem quæ traditionis vice esse possit. Quamuis verum sit nullam emptori possessionem acquiri priusquam ex subhastationis titulo missus sit in possessionem. Illa namque calami traditio, quæ vulgari Castellanorum & Apparitorum stylo fieri solet, non eam vim habere potest vt possessionem vllam transferat ne quidem ciuilem, aut fictitiam, licet imperiti plerique ita sentiant, quos nec alij pragmatici peritiores ferre possint. Inter quos Guid Pap. Ob idque nec audiretur is qui peteret se retineri in possessionem bonorum quæ sub hasta emisset, aut experiretur interdicto retinendæ possessionis ante petitam & impetratam missionem in possessionem: quorum tamen neutrum esset ei denegandum si per calami traditionem p[illegible] fictus intelligeretur. Nec tamen negari potest quin sit dominus ex die vt dixi addictionis & expeditionis: Alioqui quo iure fructus bonorum [illegible] tum sibi ex iode acquireret? Adeóque [illegible] Fructus siquidem non seminis aut industriæ [illegible] minij & soli iure acquiruntur *l. qui scit 25. §. 1. D. de vsur.* ideóque nec ad alium vnquam pertinent quàm ad eum qui vel sit dominus, vel ex domini volunt[illegible] eos percipiat *l. & ex diuerso 35. § 1. D. de rei vind. si seruus 61. § locaui D. de furt.* Solum bonæ fidei possessorem excipio, qui quamuis nec dominus sit, nec ex domini voluntate fructus rei alienæ percipiat, suos tamen eos facit, sed interim, vt loquitur Paulus *in l. bona fidei 48. De acq. rer. dom.* id est quousque fundus euincatur si eo tépore, neque cõsumpti neque vsucapti reperiantur, quemadmodum pluribus operũ nostrorũ locis interpretati sumus. Interim autem ob hoc ipsũ quod bonæ fidei possessor quantũ ad fructus percipiendo attinet penè domini loco est dominúque iure censetur vt ibidem Paulus addit, quia ex iuris regula tantundem præstat possidenti bona fides quàtum veritas vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136. De reg. iur.* Fructuum igitur acquisitio quæ ex ipsis statuti nostri verbis in persona eius qui sub hasta emit, locum habet, priùs etiam quàm ei possessio tradita sit, certissimum argumentum est præcedentis acquisitionis dominij. Neque id mirum videri debet vt dominium hoc casu sine possessione acquiratur. Idem enim accidit, quoties legis aut alterius iuris potestate quod legis vim habeat dominiũ acquiritur, vt in hæreditatibus & legatis *l. 2. D. de Publici. in rem act. l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64 D. de fur.* Quandoquidem etiam lex vnus est ex modis acquirendi dominij, non minus quã traditio. Cuius legis tantò maiorem in dominio transferendo potestatem esse oportet, quod & alij omnes modi transferendi iure Quiritium dominij adeo pendent à lege vt non aliam vim & potestatem habeant, quàm quæ ipsis à lege tribuatur. Quid enim posset vsucapio, quid mancipatio, quid cessio in iure, quid adiudicatio, quid ipsa etiam, vt docuimus, traditio, si non legis auxilio & authoritate adiuuarentur? Atqui, quòd à Principe statutum est qui legis condendæ potestatem habet nemo dubitat vim legis habere *vulg. l. 1. D. de constitut. Princip.* Mirum itaque non est, per statutum quod de rebus sub hasta venditis factum fuit, acquiri dominium emptori statim & ipso iure ab instanti expeditionis, quamuis non prorsus irreuocabiliter, qui ius redimendi superest misero debitori, quòd ei humanitatis gratia indulgetur intra sex menses proximos ab eo die expeditionis si statutum inspicimus, Sin ius nouum ex Stylo Senatus nostri comprobatum, ex die missionis in possessionem numerandos: Sed ita tamen vt quamuis redimantur bona vendita & quidem eo tempore quo adhuc extent fructus ex iis percepti, nihilominus fructuum omnium commodum remaneat penes emptorem, ne dubitare possis, quàm verè dominium fuerit ei acquisitum. Igitur subhastatio titulus est, & quidem potentissimus propter admixtam statuti authoritatem ad dominium etiam sine possessione transferendum, Enimuero de subhastatione valida intelligi hoc debet, id est quæ secundum statuti formam facta sit, in quã si vel minimum peccatum fuerit totam subhastationem inualidam esse & corruere certum est: vt euenire solet in cæteris omnibus quæ certam formam habent à lege aut à statuto præscriptam. Vt ad vnguem obseruari eam necesse sit, alioqui totus actus infirmetur, *l. cum hi 8. §. si Prætor aditus D. de transact.* Et sanè, cùm statuti authoritas illa sit, per quam fiat vt ex solo titulo subhastationis transferatur dominium, quid absurdius dici potest, quam dari eam potestatem subhastationi, quæ contra ipsius statuti formam facta sit? Cur enim faueat statutum ei qui statuti præceptum contempserit? *arg. l. [illegible] 37. in fin. D. de muner.*

ERROR II.

Vera ratio præstandorum laudimiorum, & de effectu subhastationum nulliter factarum, vt ex iis laudimia debeatur, etiam citra interpositionem decreti.

QVod si hoc admittimus, quod necessario admittendum est, vt ex subhastatione nulla non transferatur dominium. Illud quoque prorsus consequens videtur, vt ex eiusmodi subhastatione laudimia nulla debeantur. Atque ita pragmatici plerique sentiunt. Ego contrà puto. Primum quia nec illis in totum assentior qui existimant ex sola dominij vtilis translatione obligationem præstandorum laudimiorum proficisci. Quin potiùs ex domini subscriptione & approbatione suscipientis nouum emphyteutam in possessionem, vt loquitur Iustinianus *in d. l. vlt. C. de iur. emphyt.* Quibus verbis non obscure significat possessionis habendam hac parte rationem magis quàm dominij & proprietatis, dummodò possessoris sit in quem totũ ius emphyteuticum transferre prior emphyteuta voluerit, & quantum in eo fuit transtulerit. Hoc dico, Sufficere vt titulus sit per se habilis ad alienandum & transferendum ius omne quod fuerit penes eum qui alienandi voluntatem habuit, licet aliquod interueniat impedimentum per quod eiusmodi alienatio & translatio inhibeatur. Quid enim domini interest an contractus teneat, necne? aut quid ei possis imputare si modo acquisitorem venientem in possessionem admiserit, petitamque subscriptionem concesserit? Imputet sibi

emptor

emptor potiùs, qui malè comparauit: nec eo minùs tamen domini directi subscriptionem & approbationem petiit ac impetrauit. Præsertim cùm multa possint accidere, & accidant quotidie quæ faciant, vt venditio aut alia species quælibet alienationis etiam nulla, interim tamen recreat, adeóque interdum conualescat, nemine existente qui possit aut velit euincere, vt in specie *l. habere licere* 5 *l. D. de euict.* Aut saltem opposita doli vel longissimi temporis, vel qua alia exceptione defendatur, vt in *l. si fundus* 13. *§.* 1. *D. de reb. eor. qui sub. tut. l. vtere* 14 *C. de præd. minor.* Constat namque inter omnes iuris nostri interpretes, Etiam ius allegandæ nullitatis vt cætera tura omnia perimi per longissimi temporis præscriptionem ex *l. sicut.* 3. *& seq. C. de præscr.* 30. *vel* 40 *annor.* Sufficit autem vel vno casu posse subhastationem tenere vt omnino laudimium ex ea debeatur, Et id demùm verè nullum dicendum est quod nullum vnquam casum habet *l. Stichus* 39 *in fin. D. de manum. test. l. heres* 21. *§. pen. D. de fideiuss.* Cùm itaque non facilè vlla venditio sit tam nulla quæ non hodie possit aliquo casu vel tempore conualescere (aliud enim erat iure vetere ex regula *l. quod initio* 29. *D. de reg. iur.*) Cur iniuriam illam inferamus domino directo, per quem non steterit quominùs emptor aliúsve acquisitor in possessione retineretur, vt propter contractus nullitatem ius suum exequi & laudimia vel non soluta petere, vel soluta retinere possit? Hoc enim posterius addendum est vt erroris communis iniquitatem maiorem detegamus, quæ non tantùm petitionem laudimiorum non solutorum ex contractu nullo denegat domino directo, sed etiam solutorum retentionem, Vt ex omnium sententia concludit Amed à Ponte *quæst. laudim.* 39. Vbi addit idem esse non solùm si contractus ab initio nullus sit, sed etiam si ex postfacto in irritum & ad non causam reducatur. Vt putà si ex causa minoris ætatis rescindatur, vel ex causa læsionis, vel aliter. Dummodò ea causa sit necessaria & ab initio contractus existens ex qua subinde contractus resolutatur. Ex Ioanne Paponio *lib.* 13. *Syntagm. tit.* 2. *nu.* 28 Steph Bert *cons.* 114. *vol.* 7. Marco *Decis.* 606. & aliis ibi citatis De quo tamen posteà latiùs tractandum nobis erit. Est enim hoc multò absurdius vt ostendemus. Ne autem de aliis contractibus nunc agamus res apertior est in subhastationibus de quibus nunc contendimus, vt quamuis nulliter factæ sint, & contra formam statuti, laudimia tamen ex iis debeantur, quia scilicet non eo minùs tenent & effectum suum sortiuntur, siue quòd nolit aut nesciat debitor excipere de nullitate & defectu solemnitatum, siue quod non offerat debitum pro quo subhastationes factæ proponuntur. Ita enim stylo Senatus nostri diserte constitutum est, vt de subhastationum nullitate non possit obiicere debitor si non anteà debitum solidum offerat cum legitimis accessionibus & recusante emptore obsignet. Neque à iuris communis ratione ea res abhorret: Vt constat & probare soleo ex *l. si non sortem* 26 *§. si centum D. de condict. indeb.* vbi Vlp. scribit, Si centum debens quasi ducenta deberem fundum ducentorum soluerim, dationem quidem in solutum non valere, & ideò condictionem integræ rei manere, & obligationem incorruptam, sed tamen agrum retineri posse donec pecunia debita soluatur. Quidni enim retentio detur pro ea pecunia quæ non tantùm naturaliter, quod sufficeret, sed etiam ciuiliter debeatur? *l. naturales* 10. *D. de oblig. & act. l.* 1. *D. de pignor.* Non tantùm autem tenet subhastatio interim, id est quoadúsque sit solutum creditori, aut aliter eo nomine satisfactum, sed ita vt quantumlibet ab initio nulliter facta sit, & contra formam statuti, possit tamen euadere in titulum, & in subhastationem perinde validam atque si nullum vitium interuenisset Nam siue nolit debitor offerre pecuniam quæ debetur, quod ex variis causis potest contingere [illegible] quia non habeat eam in numerato, aut quia putet sibi esse commodius in fundo quam in pecunia soluere, siue per suam aut imperitiam aut contumaciam patiatur confirmari decreto iudicis subhastationes, & vt pragmatici loquuntur, decretum super [illegible] interponi: adeò confirmantur subhastationes vt de earum [illegible]itate amplius disputari non possit, nec consequenter dubitari quin dominium ex iis translatum fuerit cùm res iudicata hac in re vt & in aliis omnibus pro veritate habeatur. Idque est quod pragmatici iactitant, Interpositionem decreti titulum esse emptoris, Non male si sic intelligant vt [illegible] dein um titulus sit absolutus & indubitatus & irreuocabilis, quia post id tempus nullum ius redimendi superest, quod in eum vsque diem superesset [illegible] si subhastationes vitio aliquo laborabant At non [illegible] minùsque propriè si subhastationes [illegible] habent pro vero iustóque titulo ante decreti interpositionem. Si enim ponas ritè factas eas esse, tutus est emptor ex die addictionis & expeditionis quod pertinet ad acquisitionem dominij & lucrum fructuum nec [illegible] vlt. Indiget decreti interpositione, quamuis in hoc quoque imperitiores plerique pragmatici labantur: Vt verò dominium illud quod à die addictionis emptori acquisitum est, fiat irreuocabile, sicut & ipsa fructuum exinde perceptorum acquisitio irreuocabilis est, non alio indiget adminiculo quàm vt lapsum sit semestre intra quod potuerunt redimi bona vendita. Non item vt lapso semestri decretum vllum interpositum sit, Cuius nec alia vtilitas vlla est, quàm vt ne post interpositionem disputare possit de nullitate & defectu subhastationum, de qua nullitate disputari alioquin posset ad triginta vsque annos. In quo certe nihil interest emptoris qui sibi apprime conscius sit nullo prorsus vitio subhastationes laborare: Ob eámque causam plerique emptorum negligentiores sunt in petenda decreti interpositione metu nimirum aut litis quæ quantulacunque sit, magna semper trahit secum incommoda, Aut eius tributi quod vulgo nostri emolumentum vocant, quod pen iudicato pendi solet, & ad ratam vt aiunt indicati. Quamquam auaritiæ consilium istud est nec laudabile satis, nec tutum. Si quidem subhastationum validitas nunquam tanta tanquam certa esse potest ante interpositionem decreti, quàm posteà. Nec paruum commodum est interpositionis quæ facit vt nulla in posterum de viribus subhastationum quæst. nullus litis metus superesse possit. Quòd si in subhastationum forma peccatum aliquid sit, tum verò necessaria quidem est interpositio decreti vt ex iis subhastationibus dominium tutò & irreuocabiliter sibi acquisitum possit dicere, sed tamen non ideò fiet vt si ab eo quæras quem titulum habeat sui dominij & suæ possessionis, possit ille dicere *interpositionem decreti* sed ipsas potiùs subhastationes dummodò addat, quod addendum necessariò est *decreto iudicis confirmatas.* Semper igitur & omni casu titulus ab ipsis subhastationibus petendus est, nunquam ab interpositione decreti. Et idcirco in hoc quoque casu quo subhastationes nulliter ac perperam factæ sint, nemo dixerit fructus bonorum venditorum non nisi ex die interpositi decreti ad emptorem pertinere. Pertinent enim ex die additionis, & expeditionis, Haud aliter quàm si ab initio valuissent, quia confirmatæ quandocumque subhastationes iam inde ab ipso principio valuisse intelliguntur, & in omnibus eodem penitus iure censentur. Ex quo illud etiam fit, quòd ad hunc nostrum De laudimiis tractatum propriùs accedit,

vt

vt si expeditionis tempore alius fuerat directus dominus aut a domino directo ius habens, quam qui fuit eo tempore quo decretum interponitur, non posteriori debeantur laudimia sed anteriori, Vt ex iis quæ in sequentibus dicemus apparebit. Quod verum falsum esset si ex decreti interpositione potiùs quàm ex addictione ipsa ius emptoris in proposito censeri oporteret. Idem igitur admittendum est tum quoque cùm nulla decreti interpositio secuta proponitur, tametsi non careant vitio subhastationes. Sufficit enim ad inducendum tuendúmque ius domini directi vt aliquo casu possit valere a[illegible] subhastatio licèt posteà nec valeat, nec valere vnquam possit. Exemplo eius quod non valde dissimiliter licet in diuerso prorsus tractatu scribit Tryphoninus *in l. quod vulgo 19. D. de bonor poss. contr. tab.* Vt bonorum possessio contra tabulas dari possit. Sufficere tales esse tabulas ex quibus vel hæreditas adiri vel bonorum possessio peti aliquo casu potuerit, licet neutrum eorum postea secutum sit, neque sequi potuerit. Alioqui erit in potestate emptoris etiam qui sub exceptionem & consensum domini directi post elapsum semestre per laudimiorum promissionem aut solutionem extorserit, eum decipere, ac laudimiorum obligationem vel solutionem condicere, nulla vnquam postulata decreti interpositione: quod non modò absurdum esset, ac ridiculum sed etiam iniuriosum. [illegible] enim directum dominum fraudare velis, qui desiderio emptoris quantum in ipso fuit omnino satisfecerit, & per quem non stet quominùs etiam decretum hodie si emptor velit interponatur. Et quemadmodum dicimus, Neminem [illegible] ab agendo repelli per exceptionem quæ sit de iure [illegible] quamuis exclusiua [illegible] agentis quoties non aliter exclusiua est quam si [illegible] velit ex *l. 1.* vbi Bart. & omnes notant *D. de except. rei iud.* Ita dicendum est. Non posse dominum directum à petitione laudimiorum submoueri eo prætextu solo quòd subhastationes nullæ & vitiosæ sint, Cùm nec prius nec aliter tales dici & pronunciari possint, quàm si de earum vitio ac nullitate debitor opponat, quod plerumque vt iam diximus, nec facere [illegible] etiamsi maximè velit, puta si non habeat [illegible] iam in numerato, nec si possit, velit tamen, puta si malit in fundo soluere quàm in pecunia, vt *l. 9. si centum l. eum a quo 16.* iunct. *Auth. hoc nisi debitor & l. seq. C. de solut. l. si quis aliam 46. §. 1. D. eod.* Habet igitur dominus directus semper fundatam intentionem vt laudimia petere possit ex subhastationibus perfectis, tùm quoque cùm ab initio non valuerunt, licèt necdum iudicis decreto confirmatæ sint. Et verò culpam alij magis quam sibi imputare possit emptor quòd ex talibus subhastationibus ad laudimiorum solutionem vrgeatur? Aut cui et permittamus vt conuentus ipse excipiat de nullitate subhastationum, cùm eo tempore quo accessit ad emptionem & bonorum addictionem obtinuit, vitia omnia subhastationum videre potuerit & debuerit, ac proinde ab emendi proposito animum reuocare si laudimiorum præstationi tanquam emptor se obstringere nolebat? Nullum quippe subhastationum vitium esse potest quod non præcedat addictionem & expeditionem, & de quo proinde in ipso addictionis instanti emptor certus esse non potuerit, Cùm addictio extremum sit in subhastationibus vt ab eo tempore perfectæ & absolutæ dici possint. Nam quæ subsequi necessariò debet missio in possessionem, subhastationum pars non est, sed tale quid quod in subhastationum consequentiam venire necesse est Sicut in priuatis venditionib. traditio ad quam tenetur venditor non ad venditionis substantiam pertinet vt eius partem aliquam constituat siue essentialem siue integralē, sed ad præstationes tantùm quæ veniunt ex natura contractus *l. [illegible] empt. 11. De pass. D. de act. empt.* Contractus enim emptionis solo consensu perficitur, etiam citra traditionem *§. cum autem Inst. de empt. & vend. l. 1. §. [illegible] 2. §. 1. & pass. D. de contr. empt.* Nec quicquam [illegible] vitiosam esse missioné in possessionem [illegible] ex al[illegible] sa, nec ipsas tamen subhastationes [illegible] vllo la[illegible] te. Indéque nimirum est, quod quamuis subhastationes fiant postulante creditore, cui proinde potest putari si quid in earum forma peccatum sit, cum ad eius curam maximè pertinere debuerit, ne quid malè ac contra statuti solemnitaté fieret, nullo tamen [illegible] nomine actio emptori contra creditorem [illegible]. Condictio autem solutæ pecuniæ [illegible] non solùm quia repetitio nulla sit ab eo qui suum recepit, licèt alius soluerit quàm qui debuit *l. [illegible] 44. [illegible] de condict. indeb.* Sed etiã quòd imp[illegible] emptor, qui ex subhastationibus quas nullas esse sciuit aut scire debuit, emere maluit quàm non emere [illegible] à seipso potiùs, quàm ab alio deceptus videatur, vt Paulus loquitur *in l. nam si alt. 26. [illegible] de re[illegible]* Illud namq; præstare duntaxat debet creditor quo postulante subhastationes factæ sunt se verum esse creditorem, non etiam potiorem. [illegible] cùm vendit ipse iure creditoris, vt *[illegible] & tot tit. C. creditor. euict. pign. non deber.* Non autem [illegible] cum eo postulante pignus venditor vt passim [illegible] fit, non modo cùm pignus in iudicati executionem [illegible] & distrahitur. Ex *[illegible] si in caus. iudi. pign. [illegible] fit.* Sed etiã cùm ex [illegible] guarentigio vt loquuntur quod sententiæ ac iudicati vim obtinet exe[illegible] fit, vt *in l. si [illegible] 13. C. de [illegible]* vbi dicitur, Euicto pignore quod [illegible] distractum fuerit actionem de euictione daudam esse emptori non contra creditorem, qui [illegible] recepit, [illegible] aduersus debitorem cui solutio profuit cum per eam fuerit a creditore suo libera[illegible]. Hoc enim casu venditio non tam à creditore [illegible] videri potest, qui ipse in vicem extranei emp[illegible] nullus sit debet emere, quàm à debitore ip[illegible] factum & voluntas per factum & voluntatem iudicis suppletur ac repræsentatur. Sed tamen quoniam [illegible] debitore, vt & alia quælibet [illegible] cutio fieri solet, nihil est quod imputemus [illegible] si quid in subhastationem forma peccatum sit. E[illegible] permittendum illi est vt venditionem sub[illegible] licèt ipsius nomine, impugnet, ac n[illegible] inter uenerunt, obijciat. Dummodo [illegible] rat. Ne possit ei obiici dolus quandiu [illegible] net. Cùm magis imputandum ei sit cur [illegible] non soluerit, qui si soluisset, non iam de subhastationum nullitate quærendum esset, quia nec subhastationes vllæ factæ fuissent. Cæterùm soluenti debitori succurrimus, vt subhastationum nullitatem obi[illegible] possit, hactenus ne dominij sui iacturã sentiat, neve fructuum quos sanè lucro emptoris hoc casu ce[illegible] æquum nõ esset, si modò accessiones preti[illegible] pretio simul offerantur: quandiu scilicet neque decreti interpositio secuta est, neque tempus elap[illegible] intra quod de nullitate quæri potest. Solius itaque [illegible] toris fauore tractatus compatatum est, vt subhastationes quæ cõtra statuti formam factæ sunt, nul[illegible] roboris, & momenti. Non item fauore emp[illegible] proinde non debet ea res prodesse, quominus [illegible] mia domino directo præstare teneatur, acsi [illegible] hastationes valuissent. Nam & incumbit ei vt eas ritè recteque factas esse probet, quantum fa[illegible] potest, vt rem quam euenit sibi retinere possit [illegible] dominij eamque si forte possessione ceciderit, vindicare. [illegible] igitur fronte possit ille contra dominum directum [illegible] tueri nullitate subhastationum, ne qua ex [illegible] laudimia soluere condemnetur cùm ad eius cõmodum & [illegible] litudinem illud maximè pertineat, vt ille earum fides

des & validitas allegatione vlla conuellatur. In isto planè non minùs emptori quàm debitori benè consultum est, quòd antequam redimendi tempus præterierit, nulla ex subhastationibus quantumlibet ritè factis laudimia debeantur, ita vt dominij translatio quæ addictionem & expeditionem facta est, licèt commodum & emolumentum fructuum acquirat emptori, laudimiorum tamen damnum & incommodum neque emptori afferat, neque debitori. Non emptori, cui inuito eripitur dominium quod ei ex subhastationibus ritè factis quæsitum fuerat, & quidem ipso iure ac sine vlla retrotraditione, at ne quidem retrouenditione, Vt quemadmodum sola potestate statuti dominium rei sub hasta venditæ transit à debitore in emptorem, ita eiusdem statuti authoritate recurrat ab emptore ad debitorem non quasi nunquam factum emptoris, cui alioquin eodem modo lucrum omne fructuum quos percepisset auferendum esset, quasi restitutum. Non debitori, cui humanitatis intuitu semestre indulgetur ad soluendum. Non alia de causa quàm vt si intra id temporis satisfaciat, immunis sit ab onere præstandorum laudimiorum, nec nisi fructuum iactura & amissione moratinus coercecatur. Ita fit, vt de laudimiorum restitutione vix vlla possit nasci quæstio inter emptorem & debitorem, Nisi si quo casu contingit vt post elapsum illud semestre bona vendita quæ pleno iure emptorem pertinere videbantur, redeant ad debitorem. Quod etsi perraro, eueniet tamen aliquando, non solùm si quid desit formæ ac solemnitati subhastationum, & tamen secuta sit missio in possessionem. Quo casu laudimia vtrique post sex menses à die missionis debentur, nec eo minùs tamen saluum debitori ius est excipiendi de nullitate subhastationum, quandiu decretum interpositum nullum est, ex eaque causa impediendi ne interponatur, sed etiam si omnia ritè ac solemniter peracta sint, nec tamen deficiat æquitas quæ suadeat vt laxiora tempora dentur debitori ad redimendum, quod ipsum ex variis causis potest contingere, vt dicemus in sequentibus. His casibus debentur omnino laudimia domino directo, licèt in irritum subhastationes recidant. Sed ea multò æquius est pertinere ad onus debitoris cui saltem hoc imputari potest quòd non soluerit citiùs ne laudimia vlla deberentur, & cur faciendis subhastationibus petendisque laudimiis causam dederit, quàm ad onus emptoris, cui nihil est quod imputare possit debitor, & cui dominium auferetur quod ex subhastationibus quæsitum ipsi fuerat.

ERROR III.

De laudimiis ex simplici alienationis contractu etiam valido petitis.

Cauendum tamen est ne quem decipiat quod proximè diximus, Ex subhastationibus etiam nulliter factis laudimia deberi. Erunt enim fortasse qui statim ex hoc inferant, in ea nos esse sententia, vt putemus Contractum quemlibet etiam inualidum sufficere ad inducendam laudimiorum obligationem. Quod tantùm abest vt probare possimus, vt nec illud admittamus quod receptum omnibus placere video, Ex simplici contractu siue venditionis, siue alio quo sit habilis ad alienandum deberi laudimia priusquàm ventum sit in possessionem. Quam conclusionem velut ex communi Doctorum sententia verissimam asserit & pluribus authoritatibus confirmat Amed. à Ponte *quæst. laudim.* 18. Ego falsissimam esse arbitror. Semper enim illud exigo, vt emptor aut alius cuiuscunque tituli sit nouus acquisitor, possessionem rei emphyteuticæ acceperit, aut per traditionem quæ ab alienatore facta sit, aut quo alio ex iis modis per quos transferri possessionem placuit vt putà per clausulam constituti aut retentionem vsusfructus. Non quod ex sola possessioni translatione laudimia deberi possint, sed quia ita statio possessionis conditio quædam est sine qua non possunt deberi laudimia: tametsi contractus talis sit, qui per se idoneus sit & habilis ad transferendum secuta traditione dominium. Idque supradictæ constitutionis Iustinianeæ verba tam apertè sonant vt nihil potuerit scribi apertiùs *in l. vlt. Cod. de iur. emphyt.* Primùm in illo loco *vel si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas, sed concessas & idoneas ad soluendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit, non contradicere sed nouum emphyteutam in possessionem suscipere* Et rursum paulò post *non amplius eis liceat pro subscriptione sua vel depositione quàm quinquagesimam partem* [illegible] *æstimationis loci qui ad aliam personam transfertur accipere,* Quibus verbis [illegible] non apertè [illegible] Iustinianus exprimit, non peti laudimia debere domino directo [illegible] nouum emphyteutam in possessionem susceperit [illegible] voluntatem [illegible] susceptione vel depositione testatus sit? Constituendum igitur est vt antequam emptor aut alius acquisitor de apprehendenda possessione cogitauerit adeòque ad ipsum actum apprehendendæ possessionis deuenerit, nihil ab eo petere dominus directus laudimiorum iure possit, Imò nec antequàm subscripserit aut suam voluntatem aliter deposuerit. Si enim pro subscriptione aut depositione deberi sint laudimia, vt apertissimè habet constitutio, illud vtique necessarium est vt subscriptio illa vel depositio præcedat. Nec sanè, iudicio meo, negari potest, quin supradicta Iustiniani verba merum factum espicient, cùm de nouum emphyteutam in possessionem suscipere, & alienationi [illegible] ete facti sit non iuris. Factum igitur cetera interim [illegible] necesse sit, vt laudimia debeantur. Neque [illegible] facit si quis ad tuendum errorem interpretetur [illegible]. Pro facto habendum id esse quod per dominum directum non stet quominùs fiat. Ex regula [illegible] quæ in [illegible] etiam conditionibus maximè locum [illegible] quamuis facti sint *l. iure ciuili* 25. *De condit. & demonstr. l. in iure ciuili* 161. *De reg. iur.* Et consequenter sufficere domino directo ad habendum ius petendi laudimij, vt per eum non stet quominùs inducat nouum emphyteutam in possessionem & alienationi subscribat. Nam & hoc modo nostri ratiocinantur. Addentes ex Aret. *cons.* 41. Consensum domini ante inductionem noui emphyteutæ in possessionem exigi inter alia vt dominus directus faciliùs laudimium consequatur: Debere igitur ei laudimium solui antequàm inducatur nouus emphyteuta in possessionem, Vel eo saltem tempore quo paratus est dominus ipsum effectualiter inducere, Ne alioqui sit in potestate noui emphyteutæ nunquam apprehendendo possessionem, neque petendo subscriptionem & approbationem, domini directi ius tollere, cui quæsitum ius sit ex eo die quo contractus perfectus est, qui plerunque, vt emptio, consensu solo perficitur. Respondeo enim, prius esse, vt nouus emphyteuta velit possessionem apprehendere, quàm vt eum in possessionem suscipere dominus debeat, vt velit. Suscipiendi namque verbum præsupponit acceptionem possessionis ex parte noui emphyteutæ, qui si nolit eam accipere, neque vt accipiat cogendus est, neque inuitus possessor fieri potest sola domini directi voluntate. Cùm possessio nulla possit acquiri sine animo, nec quemadmodum corpore ita & animo alieno possit quis incipere possidere *l. quemad.* 8. *§. poss. pass. D. de acquir. poss.*

Dominium quidem acquiritur aliquando ignoranti vt ex causa legati *l. cum pater 77. §. surdo de leg. 2.* adeóq; interdum etiam inuito, puta per seruum quẽ in potestate habeamus *l. etiam inuito 32. D. de acquir. rer. domin.* itemque suis & necessariis hæredibus aut necessitatis tantum *l. in suis 31. D. de lib. & post. l. necessariis 57. D. de acq. vel omitt. hered.* sed possessio nunquam nisi volenti *l. et qui 1. §. 3. eod. l. 1. §. vlt. D. de separat. l. facta 63. D. ad SC. Trebell.* Adeò vt etiam acquisita possessio amittatur solo animo statim atque possessor constitui nolle possidere: quod in dominio diuersum est si non sit habita res pro derelicto *l. si quis vi 17. §. diff. D. de acquir. poss.* Ergo quamuis contractus emptionis solo consensu perficiatur, cùm tamen neque dominus neque possessor fiat is qui emit antequam sit secuta traditio aut quid aliud quod æquipolleat traditioni, Non potest bona esse consecutio vt ob eam causam quasi iam dominus & possessor factus laudimia præstare teneatur. Satis sanè domino directo esse debet, quòd laudimij petendi ius habiturus sit statim atque emptor in possessionem induci volet, quódque certus sit emptorem nunquam sine onere soluendi laudimij possessorem fore. Planè si venditor irrequisito domino directo emptorem suum in possessionem induxerit, non etiam illud exigemus ad inducendam laudimij præstandi obligationem, vt secuta sit subscriptio aut depositio domini directi. Quid enim si eam nolit petere emptor iam possessor factus? Quid si emptionis instrumentum cui subscribendum esset, proferre nollit? Quis dicat laudimium eo minus deberi domino directo per quem non stet, quominus scribat? Placet mihi hac parte ratiocinatio interpretum vt pro domini directi subscriptione, si per emptorem ipsum stet, sufficiat voluntas subscribendi: quia scilicet subscriptionis non minus petendæ quàm concedendæ necessitas imminet ex quo instanti apprehensa possessio est per nouum emphyteutam. Quinimò si contra vtrumque emphyteutam summo iure ageretur, dicendum esset ex eadem Iustiniani constitutione cadere rem venditam in commissum, Cùm etiam à venditore exigat constitutio, vt requirat an dominus directus nouum emphyteutam suscipere velit necne, Vt si nolit, & requisitus hoc facere intra duos menses supersederit, possit venditor etiam non consentiente domino, ad alios quoslibet suum ius vel emphyteumata transferre. Sequitur namque in fine Constitutionis *sin autem aliter fuerit vers. quàm nostra const. disp. amitt. emph. cadet.* Verùm ab hoc summo iure paulatim recessum est per consuetudinem contrariam vbiq; ferè gentium & locorum introductam, vt non tam exactè & accuratè requirendus sit dominus directus, sed possit eo irrequisito & vendi res emphyteutica & emptor in possessionem induci, dummodo qua vel præstando laudimio vel si quod aliud ius ipsius est, iniuria ei fiat. Et cùm ex ratione iuris scripti & à Iustiniano constituti *in dict. l. vlt.* duplex consẽsus domini necessarius sit. Primus vt possit emphyteuta rem emphyteuticam alij vendere, aut ius suum in alium transferre, si non malit ea dominus pro iure suo retinere, quod nos volgò ius prælationis appellamus, Aliter vt postquam licitè domino permittente alij facta venditio est, possit emptor nancisci, & ingredi possessionem, vt his ita peractis nulla supersit causa dubitandi, quin & nouus emphyteota in possessione sua tuendus sit, & laudimium domino debeatur. Nos vtrumque consensum istum negligimus, & ius domini hactenus tuemur, vt facta venditione aut alia qualibet alienatione laudimium ei præstari oporteat, aut si qua in eo vel contumacia emptoris alteriúsve acquisitoris interuenerit, commisso locus aperiatur, & res ad dominum reuertatur: quam pragmatici vocant consolidationem dominij

vtilis cum directo. Itaque mirum est quod [illegible] solet, Non tantùm emphyteuses de quibus [illegible] nunc agimus, sed etiam feuda redacta esse [illegible] patrimoniorum, vt de iis possit emphyteuta [illegible] nere pro arbitrio perinde ac de aliis quibus [illegible] nis propriis, & vt vocant allodialibus. Quod [illegible] suetudinarium ex magna & duplici æquitate, [illegible] litate inductum fuit, quarum altera est, quod [illegible] stulare videretur vsus ac necessitas commerciorum [illegible] & faciliùs domini directi emphyteutas inuenirent & emphyteutæ reperirent emptores tantò citius, quantò liberiùs rem emptam aliis possent vendere: Altera quòd iuri communi derogatum fuerit [illegible] um per dominos directos qui non contenti quinquagesima parte pretij quam Iustinianus præscripserat, longè maiorem portionem præstari sibi voluerunt & vt plurimùm sextam partem, apud alios quintam, aut quartam, apud nonnullos etiam tertiam imò & dimidiam: Adhibitis [illegible] leges priuatis in eam rem pactionibus, quæ iure scripto derogarent. Nam & ipsa Iustiniani constitutio excipit conuentiones, quæ in contractum factæ sint in contractu [illegible] emphyteutico, quarum causam semper vult esse potiorem, vt euenit in cæteris quoque bonæ fidei actibus, sed in hoc maximè, cuius natura non alia esse [illegible] itur, quàm quæ per conuentiones in scriptis habitas inducatur *l. 1. C. eod. tit.* Quemadmodum itaque iuri communi derogatum est in fauorem domini directi vt longè maiora ei laudimia debeantur quàm Iustinianus præscripserit. Ita & in fauorem possessoris & emphyteutæ eidem iuri communi derogari oportuit, vt non adeò esset obstrictus in requirendo duplici consensu domini, Transijtque tandem ius hoc conuentionale in consuetudinarium, Vt alias solent quæ frequenter adijci [illegible] in contractibus, etiamsi expressa non sint, haberi pro expressis aut ex constitutione aliqua, aut ex consuetudine, in quam frequentia conuentionum degenerauerit, *vt in l. vlt. C. quæ res pign. obl. pos. l. vlt. C. de fideiuss. l. quod si nolit 31. § quia assidua D. de adil. edict.* Vnde etiam rationem petere [illegible] leo, Cur vix vllus hodie sit vsus iuris prælationis [illegible] omnibus dominis directis Iustinianeo [illegible] apud quos vel ex longa consuetudine retentum sit, quod de plerisque Galliarum populis & [illegible] pragmatici Galli testantur, aut ex ed [illegible] ipsis, vt apud nos ab aliquot duntaxat an [illegible] m, Nempe quia non est hodie in arbitrio domini directi vt alienationi per emphyteutam faciendæ factæve consentiat, sed omnimodo consentire cogitur, nec nisi vel laudimij, vel si per fraudem laudimium denegetur, commissi petendi ius habet, [illegible] tionem enim dederat Iustinianus eo tempore, quo nondum venditio facta esset non post perfectam venditionem. Sed & quibus in locis hodie ius hoc prælationis saluum est domino directo, non prohibetur tamen possessor emphyteuta vendere irrequisito domino. Nec si ita fecerit, viam commisso aperit, sed post factam irrequisito domino venditionem pe[illegible] uum domino ius est rei pro eodem pre[illegible] ndæ & retinendæ, dum intra tres menses [illegible] præscriptum tempus voluntatem suam de[illegible] ladum venditio nec [illegible] facta est [illegible] us igitur hodie domini consensus exigitur [illegible] vt emphyteuta possit rem vendere, sed [illegible] vt emptorem possit in rei venditæ possessionem inducere, Vnúmque hoc ius domino [illegible] crest, vt vel rem sibi pro eodem pretio re[illegible] prælationis iure [illegible] possit & velit, Vel laudimium soluat quale quantumque vel pactione aliqua conuentum, vel longa & recepta consuetudine definitum est. Quo admisso, defendi [illegible] te m[illegible] commodè potest hodie quod nostri volunt, statim atque

pe secta

perfecta venditio est, ius si acquisitum domino petendi [illegible], etiam prius, quàm emptor inductus sit in possessionem. Nam siue ad Iustiniani constitutionem [illegible] us. Dat illa ius commissi & caducitatis non laudimij domino directo, [illegible] o irrequisito alie [illegible] factum sit, aut venditio aut translatio possessionis. Nemo autem [illegible] rit posse laudimium deberi quamdiu in eo res est [illegible] commisso & caducitati locus fieri queat, sine ad consuetudinem quam diximus obtinere, antiquata ex maiori parte Iustinianea constitutione, non plus iuris habet dominus directus cùm irrequisito eo non [illegible] emp[illegible] cum in possessionem missus est, quàm si consen[illegible] ante missionem accommodasset, ac vtroque casu sola laudimij petitio competit, non etiam commissi vt antea. Cæterùm sicut ex Iustiniani lege tùm quoque [illegible] duplex ille dominij consensus exqui[illegible] us est, non ideò tamen laudimium [illegible] omnium [illegible] do [illegible] it sed ex quo tantùm die induxe[illegible] dominus [illegible] emphyteutam in possessionem, [illegible] daut [illegible] possessioni consenser[illegible], Adeò vt siper [illegible] hoc facere supersederit liceat emphyteutæ ius [illegible] in quemcunque voluerit transferre, neglecto domino, id est absque metu vllo vel præstandi laudimij. Ita & ex consuetudine qua vtim ur dicendum est, nullum posse deberi laudimium priùs quàm [illegible] emphyteuta possessor factus sit, cùm multa [illegible] possint per quæ fiat vt possessionem illi nunqua[illegible] accipiat, Aut quia rebus omnibus integris malint contrahentes a contractu discedere. Aut quòd ab [illegible] ea res euincatur si non dominij saltem pignoris [illegible]. Aut ne singulos casus alios [illegible] conquiramus, qu[illegible] minus directus venditionem [illegible] & [illegible] probat [illegible] Quo saltem [illegible] u non est qui [illegible] possit [illegible] tendam emptori vt ab emptione re[illegible] cedat [illegible], si modò venditor quoque consentiat. Cur ergo possessionem habeamus p[illegible] apprehensa per nouum emphyteutam ob hoc solùm quod paratus sit dominus consentire vt emphyteuta [illegible] apprehendat? Nam nec vtilis dominij, vt vocant, vtil tas vlla est sine possessione, quam ideò a proprietate se [illegible] minimum [illegible] cupiduas, vt Seneca conque[illegible]. Ergo quod superiore capite diximus & probauimus, Ex subhastationibus etiam nullitet factis deberi laudimium, non ita intelligi volumus vt omnimodo debeat, etiam prius quam emptor in possessionem inductus sit, aut quod e[illegible] et absurdius, etiamsi possessionem apprehendere nunquam velit, sed ve debeatur si secuta sit [illegible] possessionem, & semestre illud intra quod redimi bona debu[illegible] nt, effluxerit. Neque enim prius debetetur etiam [illegible] subhastationes [illegible] uissent. Et id quidem indubitate procedit eo iure quo vtimur vt non prius semestre [illegible] currere quàm authoritate iu[illegible] missus [illegible] tor in possessionem: Nam cùm non antè incipiat deberi laudimium, quàm semestre præterierit, necessarium [illegible] recedens est vt missio in possessionem præcesse[illegible]. Sed inspecto iure vetere quod ex Statuto nostro obtinebat, vt sex illi menses inciperent currere a dieex peditionis non expectata missione in possessionem difficilius videtur, vt dicamus obligationem præstandi laudimij, nasci hoc casu potuisse ex apprehensione possessionis. Enimuero dicendum potius est, ita obtinuisse propterea quod cùm statuti potestate dominium in empto[illegible] m transeat [illegible] itra vllam [illegible] ditionem, parùm interesse videretur an missus esset emptor in possessionem, necne, dummodo esset ei ius dominij vtilis irreuocabiliter quæsitum, vt exinde a tem laudimium debere inciperet. Neque t[illegible] us existimandum est missionem in possessionem v[illegible] que, adeò necess. riam esse vt emptor non prius p[illegible] fieri possit, quàm authoritate iudicis in possessionem inductus sit. Nam traditio calami, de qua in præcedentibus aliquid diximus, licèt non sit modus transferendæ possessionis, emptori tamen facit potestatem apprehendendi possessionem propria authoritate, vt etiam fructus ex re vendita possit percipere, in quibus præcipuum possessionis commodum & emolumentum consistit. Neque esset necessaria missio in possessionem quæ ex iudicis authoritate per apparitorem fieri solet, si non congruentius & con[illegible] vi[illegible], vt quemadmodum [illegible] bhasta[illegible] on[illegible] es fi[illegible] ex mandato iudicis, ita per iudic[illegible] po[illegible] nfirmentur, quod sit primùm sed [illegible] & e[illegible] non cognita, per missionem in po[illegible] nem. De[illegible] adhi[illegible] ta causæ cognitione [illegible] nt [illegible] positionem, [illegible] ad hoc [illegible] in possessionem, non vt emp[illegible] fiat si res venditæ fructu[illegible] ius & [illegible] hore [illegible] [illegible] qui eum [illegible] incipe[illegible] Vnd[illegible] vn[illegible] que [illegible] pam de[illegible] non ita fa[illegible] citò deb[illegible] ne [illegible] debitor [illegible] ndoque bona ve[illegible] re[illegible] dime[illegible] iam debit[illegible] endo [illegible] par sit. Attamen aliquan[illegible] deberi [illegible] est ne dum [illegible] Eo [illegible] te quo emptori do[illegible] ium [illegible] aut ante [illegible] potuerit [illegible] siue [illegible] hastati[illegible] ue non va[illegible] rint, & siue de[illegible] ctio[illegible] secuta sit nulla, [illegible] ndum ea quæ d[illegible] in præcedenti[illegible]. Ati[illegible] quia do[illegible] um sine tra[illegible] ctio[illegible] non transfer[illegible] ssaria semper est aut [illegible] in p[illegible] sionem, aut saltem apprehensio alia p[illegible] deberi incip[illegible] & peti [illegible]

ERROR IV

Si venditor ex cuius contractu laudimium petitur, nolit rem tradere.

APparebit [illegible] tidenti [illegible] quàm grauis sit [illegible] error ille interpretum quem referimus, existimantium, Ex contractu simplici dum [illegible] inua[illegible] do & nullo laudimia deberi [illegible] rationes quibus m[illegible] euntur, & limitationes quas affe[illegible] subtr[illegible] expendamus. Mouentur autem maximè ex eo quod pu[illegible] ponunt pro vero quod & non aliquando [illegible] ebamus, Venditorem eius [illegible] emus tradendæ potestatem habeat teneri præcisè emptori, vt eam tradat, nec liberari præstatione eius quod inte[illegible] est. Quæ omnium nostrorum sententia est post B[illegible] & alios ad *l.* [illegible] *de act. em. empt.* Inde [illegible] erunt. E[illegible] [illegible] ita sit, habendam [illegible] to [illegible] & consequenter eodem [illegible] ensendum emptorem [illegible] que directum, quo esset vterque si res tradi [illegible] poneretur. Quo [illegible], dubitandi caus[illegible] quin ab emptore laudimia domino [illegible] beantur. Nam & dici solet Eum qui actionem habet in rem aliquam, rem ipsam habere videri *l. is qui actionem 15. De reg. iur.* quod eo saltem casu indubitatè procedit, quo quis habet actionem in rem aliquam, ad eam rem præcisè consequendam. Itaque si quando contingat vt venditor non sit præcisè obligatus ad tradendum, sed liberari possit præstando id quod interest emptoris: Vt puta inquiunt si feudum vel

vel emphyteusim vendiderit sine consensu domini. fatentur nullo eo casu laudimia deberi, Quasi ea [illegible] ratione quæ fac[illegible] ollet vt debe entur, Ex Baldo in §. si falsa Tit. si de [illegible] feud. fuer. contr [illegible] domin. & agnat. in v[illegible] feudor. Nihil enim [illegible] minus videtur interesse cum [illegible] venditio est, quamvis non debeat subsequi [illegible] necessitas tradit onis, Cum [illegible] la [illegible] vtcunque illa sit quæ efficit vt domini interesse videatur. Sed tota ratio hæc si propriùs inspecias neque vera est, neque accommodata. Non vera, quoniam falsum est quod illi [illegible] vero habent, Venditorem teneri præcisè ad hoc vt emptori rem tradat, quoties eius tradendæ facultatem habet. Vt nos iam sæpius & pluribus probauimus [illegible] accedentibus, tam ex [illegible] 1. De act. empt. quæ generaliter ait, si res vendita non [illegible] datur agendum esse ad quod interest, non adhibita distinctione illa quam interpres de suo in[illegible] cultatem habeat rei tr[illegible] tra ditio 4, C. eod. tit. vbi [illegible] stant le [illegible] vendi tore qui per pro[illegible] suam [illegible] rem [illegible], [illegible] est qui dolo malo recuset [illegible] quam facere posset si vellet. Alioqui nihil esset pro [illegible] venditoris qui rem tradere [illegible] non posset, quod [illegible] rei tradend[illegible] nun habeiet. Et tamen eo [illegible] uoque casu [illegible] Non quod voluit interpretes, condemnandum [illegible] venditorem ad tradendum, [illegible] defendimus, Quæ [illegible] emptionem [illegible] fuerit Præses [illegible] quinciæ [illegible] tum in condemnationis taxationem deducere [illegible] here. [illegible] dissimiliter iidem Imperatores in l. [illegible] eod. tit. rescripserunt, Venditorem qui si econtra [illegible] rupta [illegible] [illegible] citò [illegible] non exhibuit, propter [illegible] ne [illegible] empto quanti emptoris interest [illegible] præstita [illegible], [illegible] eum esse. In quo duo sunt [illegible] quod lex ait [illegible] de conuentionis [illegible]. Nec enim de rupta conuentionis fide argui potest venditor qui rem venditam ideò non tradit quòd eius tradendæ potestatem non habeat, sed is [illegible] qui cum tradere possit si velit, non vult tamen. Alterum quod [illegible] de condemnatione aut condemnationis taxatione loquuntur Imperatores, vt in [illegible] traditio, se[illegible] actione ipsa cùm aiunt conuenie[illegible] esse venditorem hoc casu ad id quod interest emptoris, V[illegible] nisi eum nullam competere actionem ad rem præcisè tradendam sed ad pecuniam duntaxat & ad id quod interest quod semper in quantitate consistit [illegible] rei traditio [illegible] præstatio potius [illegible] in obligatione. Rem enim ipsam [illegible] quid [illegible] venditor debet ex natura contractus, vt si rem [illegible] habet nec [illegible] rupta argui possit, quomodo accipi debet quod scriptum est in l. ex empto 1 [illegible] § 1. D. eod. tit. Sed si non tradat, conueniendus est eo nomine ad tradendum quidem, vt in l. [illegible] pater [illegible] in fin. Cod. eod. at non præcise sed disiunctiue & alter[illegible] vel ad tradendum, vel ad præstandum id quod interest, quod di[illegible] verbis Iustinianus exprimit [illegible] tract. 17. versic. adeo vt nec [illegible] vt id. Cod. de fid. instrum. Esset que ineptus [illegible] emptoris [illegible] venditorem vigeret præcisè [illegible] em tra[illegible] dam. [illegible] niam qua talis libellus est [illegible] sententia [illegible] debet l. [illegible] 19. D. [illegible] diuid. [illegible] ratio redditur quia vltra id qu[illegible] deductum [illegible] excedere potestas [illegible] potest. [illegible] dicitur Iudex qui [illegible] pecuniam [illegible] adiudicat æstimationem l. vlt. [illegible] Atqui non posset in condemnatione [illegible] vt cogeretur præcisè venditor rem tr[illegible] sit [illegible] l. consi[illegible] § [illegible] D. de cur[illegible] [illegible] in præcisè cogendus sit ad factum, quod citra vim & impressionem fieri non pos-

set: Ideoque nimirum in omnibus fac[illegible] obligationibus necesse est in vicem facti su[illegible] tionem, & præstationem eius quod inter[illegible] ab alio 13. in fin. D. de re iud. [illegible] diuiduntur 72. l. quoties [illegible] 81. [illegible] latus 113. § vltim. D. de verb. obl. [illegible] medium aliud superesset ex quo [illegible] demnatus venditor ad rem præcisè [illegible] satersi satisfacere iudicio, quam vt [illegible] ei aufferretur & in emptorem transferretur S[illegible] hoc remedium inciuile, & alienum à ratione iuris quæ [illegible] vim omnem execratur & coercet, ita & ab um[illegible] abstineri vult quantum fieri [illegible], quæ violentiæ speciem aliquam præ se ferant. In quorum numero sine dubio sunt ea quæ per manum militarem expediuntur. Et quamuis eo iure [illegible] hodie in actionibus arbitr[illegible] reus ar[illegible] iudicis rem aliquam [illegible], pariere n[illegible] quamuis Triboniano placuit [illegible] veteri iur[illegible] dentium l. qui restituere 68 [illegible] vendicat Non tamen facile debe[illegible] ius tam no[illegible] durum [illegible] ad consequentias vt in acti[illegible] libus, quæ non arbitrariæ [illegible] [illegible] & quæ ad [illegible] restituendum, De illis enim solis [illegible] siue in rem siue in personam sint, & de [illegible] loquitur, ex quibus arbiter [illegible] quid oportet, In quo grauiter [illegible] errauit ad d. l. si traditio & ad d. l. contractus [illegible] de [illegible] fr. n. 12. vt [illegible] mus in Erro. 6 De [illegible]. Imò [illegible] potius sequendum est, quod Imp. A[illegible] & Honorius præcipiunt executoribus [illegible] tibus [illegible] ne cui per terrorem m[illegible] formidinem in [illegible] d. de execut. [illegible] exactor. l. [illegible] 61. Sed & [illegible] hoc admitteremus, vt cogendus venditor præcisè ad tradendum, vt etiam faceremus rationem quæ affertur ab interpretibus, non tamen [illegible] accommodata. Finge enim quantum vis cogendum esse venditorem vt tradat: nunquam facies vt tradat inuitus, nec si adhibeas manum militarem, quia potest quidem manus mi[illegible] ac re vt res ab eo auferatur, & in emptorem [illegible], vt in d. l. qui restituere. Sed non vt dom[illegible] à venditore transferatur in emptorem. [illegible] de dominio transferendo agitur, [illegible] affectus ex vtraque parte contrahe[illegible] animus vtriusque consentiat perd[illegible] um id quod inchoatur, non potest l. in om[illegible] bus 55. De obl. [illegible] l. si ego 18. & seq. D. [illegible] reb. cred. [illegible] nus au[illegible] quæ inuitum exerceatur [illegible] facit vt conueniat animus, transferendi [illegible] persona illius qui vim patitur, [illegible] non [illegible] voluntatem & consensum interueniens [illegible] vt transferat dominium, sed etiam factum [illegible] nudam patientiam. Est enim duntaxat [illegible] uribus receptum, vt in [illegible] patientia sit loco traditionis [illegible] tradi verè ac propriè non possunt [illegible] vsuf. vlt. D. de seruit. non etiam in [illegible] bus quæ tradi commodè possunt l. 1. [illegible] diuis. & de quibus in l. traditionibus 20 [illegible] ditio 20. [illegible] l. nunquam 31. D. de acq. rer. d[illegible] enim quæ ex animo & voluntate cuiusque [illegible] dent, nullum præcisè imperium est. Vnde [illegible] Imperatoris, neque amorem, neque re[illegible] ionem imperari [illegible] Itemque quod Vlp. in l. qui [illegible] aliena [illegible] §. [illegible] eum qui D. de acquir. here. Eum qui metu [illegible] (sic enim l[illegible] esse cœpit, non veul [illegible] ver.) vel alioqui timore coactus [illegible] ditatem adierit, fallens, id est fingens se h[illegible] ere animum adeundi quem non habeat, [illegible] hæredem ipsum fieri, si liber sit, neque hæredem facere dominum si sit seruus, quoniam ad acquirendam hæreditatem a[illegible]

acquirendi

sequitur [illegible] opus est qui ex volu[illegible] & imperio solius domini [illegible] pen[illegible] tra[illegible] est, vt [illegible] ditor ertam eo [illegible] vt [illegible] ad tradendum, non [illegible] tamen cogi posse vt inuitus dominium rei [illegible] transferat in emptorem. [illegible] potest [illegible] ob hoc [illegible] ab emptore laudimium debeatur, quod obligatum habeat ille venditorem suum ad traditionem præcisè faciendam. Cum præcisa illa necessitas tradendi non possit inducere præcise [illegible] necessitatem transfer[illegible] dom[illegible], ne quidem secuta traditione. Siquidem nec aliud [illegible] volunt interpretes, nisi an dominij & per onæ mutatio aliqua facta sit: qua cessante nec noua emphyteuta vllus est, nec noua inuestitura, nec proinde causa vlla præstandi laudimij. Amplius, dico, Etiam laudimium ex hac causa deberetur, quòd emptor venditorem obligatum haberet præcisè ad rem tradendam, adeoque licet solutum proponeret, [illegible] lominus tamen [illegible] dominium rei [illegible] quam ex [illegible] dede tradita vo[illegible]quam fuisset. Idque probo ex *l. si pater tuus* §. *l. od. de act. empt.* cuius verba hæc sunt *si pater tuus [illegible] dit possessionem prædij, ius omne [illegible] neque enim velut traditioni [illegible] si simulatum factum interce[illegible] [illegible] nominatare potuit.* Quid enim [illegible] potuit apertiùs ad lenter [illegible] nostram confirmandam? Nisi [illegible] quòd [illegible] etiam laudimij factam mentionem. At quo[illegible] volunt verba illa *trad. falsa vell.* An non [illegible] laudimium vectigal quoddam est & tributum [illegible] factæ. Recte [illegible] *trad.* non *vend.* vt inte ligant [illegible] hil causæ esse [illegible] propter venditionem [illegible] vectigal pendat [illegible] secuta sit [illegible] in qua totus est actus [illegible] complexus [illegible] Hoc enim est quod sequitur in eadem lege *Quapropter aduers[illegible] si animaduer[illegible] erit in venenum [illegible] neque patrem tuum, neque [illegible] eius empt[illegible] vel hæredes [illegible] quocunque loco [illegible] induxisse, non dubitabis nihil esse [illegible] [illegible].* Quid si nihil transfertur in emptorem ne quidem, soluto ex venditione [illegible] interuenerit: Quasi [illegible] venditione, nulla transl[illegible]ione facta dominij [illegible] nec mutato emphyteuta? Aut cur inducamus præstationem laudimij [illegible] quandiu in eo res est, vt venditio [illegible] perfecta possit tamen nullum habere vnquam effectum, [illegible] sine dom[illegible] possessionis [illegible] Quo [illegible] non ex postfacto [illegible] nullam fuisse causam vel promittendi [illegible] Aut [illegible] sufficere quomodo putant [illegible] per dominum quominùs traditio [illegible] igitur eadem ratione aut potiùs [illegible] laudimium etiam ex venditione quæ nunquam facta fuerit, quia non magis stat per [illegible] quominùs venditio aliqua fiat. Ac ne forte [illegible] deas, Laudimium hoc casu [illegible] non [illegible] quòd nulla venditione facta nescia possit quis emptor futurus sit à quo laudimium petatur. Finge pactum & promissionem de vendendo inter Titium & Sempronium interuenisse, [illegible] tamen [illegible] venditionem secutam esse. Quidni dicas pendi hoc casu debitum laudimia, cum per [illegible] non steterit quominùs venditio secuta sit, sed per [illegible] contrahentes. Quid si per Sempronium [illegible] promiserit se empturum? An forte [illegible] adhuc, ne maior stat iniuria emptori si laudimium præstare teneatur ex venditione quam facere, vt promiserat, sine causa recusauerit, quam si perfecta venditione & antea acceptam ex [illegible] possessionem [illegible] Imò longe maior iniquitas est in persona eius emptoris cui nihil imputari potest si cùm propter venditoris perfidiam habere rem non possit, oneretur tamen laudimij præstatione, quam in persona illius cui potest imputari cur venditionem quam promiserat, non fecerit. Et tamen certum est, & interpretes pragmatici; omnes in eo consentiunt, Ex promissione de vendendo vel alienando nullo casu deberi laudimia, vt post alios tractat Andr. [illegible] *De retract. conuent.* §. *fin.* n. 44. Non solùm quoniam aliud est venditio, aliud pactum de v[illegible] vt [illegible] docet Bart. *ad l. vlt. n. 8. De [illegible] caus. dat.* Bald. *ad l. 1. C. de pall. pignor.* & alij quos refert Amed. a Pont. *quæst.* 35. Sed etiam quia ex sola [illegible] missione de vendendo neque dominium vtile [illegible] neque [illegible] nec proinde nouus vllus [illegible] qui laudimia debere possit. Quæ [illegible] conuenit venditioni [illegible] facta [illegible] promissio de vendendo, Cum non [illegible] venditione quam ex [illegible] nunquam, aut possessio [illegible] possit. [illegible] Cum Pap. *quæst.* [illegible] scripserit [illegible] non d[illegible] [illegible] tradita, sed male cum ratione [illegible]. Propterea quod debeatur [illegible] laudimium [illegible] inuestituram [illegible] possessionem, De[illegible] possessionem & pro appro[illegible] non tam [illegible] contractus, quam [illegible] possessio [illegible] labor quàm beneficium & beneuol[illegible]. Ex quo [illegible] nisi recentiores [illegible] hoc ius hodie seruat in Gal[illegible] bos [illegible] Papa [illegible] tempore obtinuit, nec vnquam Senatus, [illegible] pronunciauit deberi laudimia ex venditione contractu, quamuis iusto & valido, nisi secuta [illegible] nouus aliquis possessionis apprehensione. Quæ fuit veterum fere omnium opinio, qui [illegible] solemne erat dicere, laudimium non deberi nec peti posse nisi facta fuerit inuestitura, vt apud Steph. Bertran. [illegible] Nec enim aliud [illegible] inuestitura [illegible] quibus [illegible] in [illegible] [illegible] præsu[illegible] & includ[illegible] possessionis adeptionem [illegible] propter [illegible] intelligunt [illegible] exceptionem [illegible] nisi per dominium non steterit. Fate[illegible] laudimia non deberi. Sed non ideò [illegible] est, [illegible] sufficit per dominium [illegible] stare [illegible] tractatus non solum perf[illegible] etiam completus, fuerit [illegible] nequam [illegible] possessionis esse [illegible].

ERROR V.

De differentia commi[illegible] & laudimij ex simplici venditione.

Licet ipsi [illegible] tes & pragmatici qui defendunt, Ex simplici venditione [illegible] debert [illegible] ab emptore prius etiam quam rei venditæ possessionem apprehenderit. Fatentur tamen, Per solum contractum absque domini consensu initum non fieri rei traditionem ante dominij translatione, non causam [illegible] commissum. Ita ex communi omnium opinione Andr. Tiraqu *de retract. gentil.* §. 1. *glos.* [illegible] 42. & post eum Amed. a Pont. *qui plures refert quæst. laudim.* 38. *Ex cap. imperialem* § *callidis* vbi Isern. Bald. & alij notant *De prohib. feud. alien.* per Frider. vbi scriptum est in hæc verba *Callidis insuper machinationibus quorundam obuiantes, qui pretio accepto quasi sub colore inuestituræ quam fibi [illegible] dicunt,*

feudum vendunt, & in alios transferunt, ne tale sigmentum vel aliud ulterius in fraudem huius nostræ constitutionis excogitetur, modis omnibus prohibemus, Pœna autoritate nostra imminente ut venditor & emptor qui tam illicitas pactiones fecerint fuerint contracti, feudum amittant, & ad dominum liberè revertatur. Pondérant [illegible] verba illa *feudum vendunt & in alios transferunt*, & ex [illegible] non aliter [illegible] constitutioni quæ pœnalis est locum esse posse, quam si utrumque concurrat, ut venditio facta sit, & res translatio ab uno in alium. Atqui certum est, Ex contractu simplici nullam fieri translationem nisi secuta demùm traditione. Traditionem igitur secutam esse necessarium est, ut commisso, quod in pœnam indictum est, locus aperiatur. Rationem vero diversitatis hac parte inter Commissum & Laudimium illam afferunt, quòd cùm de Commisso tractamus agitur de pœna euitanda. Et quia conditio domini deterior non fit tradit[illegible] non secuta: Quæ utrea ratio est, inquiunt, propter quam res cadere debeat in commissum. At ex [illegible] laudimij non debet auferri ius domino acquisitum ex contractu quem dominus potest approbare etiam ante traditionem ex qua approbatione [illegible] domino laudimium, In eamque [illegible] l. *in tantum 42 §. ult. D. solut. matr.* [illegible] *D. de pact.* Vecha sunt Amed. à Pont. *dict. quæst. 38.* Quod aiunt commissum esse quid pœnale & consequenter odiosum [illegible] verissimum est, ut non facile extendenda sit pœnalis constitutio extra suos limites, sed restringi potius quantum fieri potest ut cætera solent omnia quæ sunt eius generis, id est pœnalia & odiosa. *Ex reg. pe[illegible] D. de pæ[illegible] & [illegible] 19. D. liber. & posthum.* Laudium vero [illegible] certum est non [illegible] debere, [illegible] tamen & renunciationem beneficij à domino directo collati in nouo possessore & emphyteuta suscipiendo, Ideoque fauorabiliorem esse laudimij, quàm commissi [illegible]. Sed non possis ex eo inferri quod illi inferunt, Deberi ergo laudimium ex simplici contractu venditionis etiam traditione non secuta. Commissum non debi[illegible]. Nec enim solus laudimij fauor facere potest ut debeatur, si non etiam causa concurrat propter quam debeatur. Causa vero non alia est quam beneficium illud domini directi ut dicimus suscipientis nouum emphyteutam in possessionem, possessionem [illegible] apprehendi aut [illegible] necesse est ut beneficio locus esse possit. Nam omne beneficium [illegible] habet regula [illegible]. Et quemuis Seneca quodam [illegible] scribat, Imò verò duplex beneficium [illegible] & iniurium [illegible]. Non [illegible] de tali beneficio loquitur [illegible] est de quo tractamus, [illegible] directi in emp[illegible] nouum quod non fit [illegible] & remunerationis laudimiorum. Quin [illegible] Seneca quod alio loco elegantissime [illegible] esse dicit [illegible], qui beneficium [illegible] & si beneficium hoc esset ex eorum [illegible] quæ non nisi officij & gratitudinis onus [illegible] habent. [illegible] & intempestiuum, ut dominus directus beneficium [illegible] emptori offerat, antequam [illegible] ex empto [illegible] [illegible] laudimium consequatur [illegible] nec [illegible]. Sed & quod [illegible] fauorabile [illegible] fauorabilis, ut proclitius esse debeamus ad inducendam laudimij obligationem: Sed sic potius, ut non sit tam odiosum quam est commissum. Cæterum [illegible] potest [illegible] odiosum [illegible] esse debebimus [illegible] obl[illegible] *l. [illegible] lege*

Arrianus 41. D. de [illegible]gatione. & adl. [illegible] interpres [illegible] ratione [illegible] quod [illegible] non [illegible] quod [illegible] quæ [illegible] & non tradita [illegible] laudimium [illegible], quàm ut ostendat, [illegible]. Cur enim debeatur [illegible] nihil [illegible] emphyteutam, & possessorem suscipit [illegible] cui emphyteusim concesserat. Ita enim sit ut [illegible] quo [illegible] rem suam in alium transferri patiatur. Non quidem inuitus absolutè si respicias [illegible] iuris comunis ex quo habet ille ius prælationis. Sed tamen secundum quid, cùm si noluit rem retinere cogatur pati ut emphyteuta eam rem etiam inuito ipso vendat alteri: Et ob eam causam æquum est ut propter [illegible] incommodo [illegible] & commodum laudimiorum [illegible] sentiat. Sed priusquam emptor [illegible] fiat aut fieri velit, nihil [illegible] interest [illegible] directi quamuis venditio iam contracta sit, quoniam idem emphyteuta & possessor manet [illegible] proinde causa illa subest præstandi [illegible] ex dominij translatione [illegible] cum interpretibus sive ut nos volumus, ex [illegible] possessionis [illegible] per speciem alienationis habilem per se ad dominium [illegible] transferendum. Ergo [illegible] vera illa ratio est quæ ab interpretibus affertur propter quam non [illegible] traditione non [illegible] vendita in commissum cadere, [illegible] directi. Erit pariter vera & [illegible] concludere [illegible] ante traditionem [illegible] amamus [illegible] domino cuius [illegible] laudimium, [illegible] [illegible] commissi [illegible] pœnam. Est enim id commune pœnis omnibus [illegible] pœnæ sunt, ut locum [illegible] actoris, [illegible] quia [illegible] gationes omnes ad [illegible] que acquirat [illegible] interest. Cum [illegible] stipulationem deducta est non [illegible] nos interfit stipulatoris, sed [illegible] quantitas & conditio stipulationis [illegible] §. *alteri D. verb. obl.* [illegible] legales [illegible] lex pœnam aliquam constituit, non [illegible] cui constitutam quam [illegible] Idque [illegible] in Edicto [illegible] actiones pœnales proposuit in [illegible] etiam [illegible] nihil interesset, adeo que [illegible] calumnia tores, ut in *edicto, Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim. l. [illegible]* §. [illegible] D. [illegible] *§. vlt. si quis ius dicenti non obtemp.* [illegible] continere dicit edictum illud [illegible] interest, sed quanti ea res est [illegible] æstimationem [illegible] quid sit calumniator. [illegible] actiones Prætoriæ, quæ dicuntur pœnales quæ [illegible] factum [illegible] contra edictum [illegible] non [illegible] ex parte [illegible] interest, & [illegible] pœnæ [illegible] *l. [illegible] §. [illegible] D. quod fal. tutor [illegible] §. [illegible] in cum D. de [illegible] poss.* De quo [illegible] præcedentibus, [illegible] quam [illegible] hæredique & in [illegible] aut [illegible]

Quod ad propositum nostrum attinet, satis est probasse. Patiam [illegible] libris nostris opponi passim vtilitati & ei quod interest, Ne dubitari possit quin pœnæ [illegible] competat ei cuius [illegible] interest. Non est [illegible] ratio accommodata [illegible] interpretes, vt cum de pœna commissi agitur necesse sit secutam esse traditionem quod alioqui nihil interesset domini directi. Et in hac ipsa quæstione De commissi pœna, non deest exemplum in quo detur actio ad commissum etiam [illegible] qui probare nullomodo possit sua interesse. Ex [illegible] Serenissi. Ducis Emanuelis Philiberti [illegible] constitutum est ad obuiandum fraudibus, quas emphyteutæ aduersus dominos quotidie committere [illegible] vt quisquis rem aliquam emerit aut alio titulo ad transferendum dominium habili [illegible] scribere intra menses duos titulum acquisitionis suæ teneatur, in ea Castellania in qua situs est fundus acquisitus. Nec tamen si fundus sit emphyteuticus, vel feudalis, sed & si sit liber ab omni canone & onere, ac vt nostri loquuntur, allodialis. Addita etiam pœna commissi aduersus acquisitorem si contra fecerit. [illegible] quidem in fauorem & commodum domini [illegible] si fundus sit feudalis vel emphyteuticarius, quia eo casu solius eius interest qui dominus directus [illegible] fundus sit allodialis, in vtilitatem [illegible] alius qui iurisdictionem habet [illegible] fundus est, vt scilicet qui [illegible] causam possit, habuisse se fundum [illegible]. Et tamen quid obsecro eius interest iurisdictionis, quòd non sit insinuatus titulus acquisitionis [illegible] Illa namque insinuandi necessitas non [illegible] habet quam vt si [illegible] quo [illegible] & cui & quo pretio fundus fe[illegible] emphyteuticarius venditus sit vt ex eo possit cognoscere an ius aliquod nactus sit aut commissi aut [illegible] petendi, ab eo, quem videt nouum [illegible] factum. Idque ita constitui iustissimum fuit, postquam bonis feudalibus & emphyteuticariis iam [illegible] illa [illegible] deficiat in [illegible] communem [illegible] ante venditionem consensum domini per denunciationem ei faciendam exquireret [illegible], Vel iure suo certior fieri dominus directus [illegible]. Verùm quid hoc ad dominum solius [illegible], qui nullum ius feudi vel directi dominij habeat in fundo [illegible] Quis [illegible] potest ipsius interesse verum [illegible] inscrip[illegible] Nihil penitus. Nec [illegible] eo minus commissi pœnam petere potest [illegible] vendi[illegible], nec emptor edicto [illegible] scripta est, & idcirco [illegible] *prospexit 12. D. qui* [illegible] nec valdè dura si duritiam & contumaciam [illegible] inès eius qui fraudem directo domino [illegible] lit, & qui fraudis suæ [illegible] textum illum semper obtenderet, quòd fundum [illegible] crediderit [illegible] prætextum hunc [illegible] Nihil [illegible] go commune habet pœnam commissi cum eo quod interest. nec proinde [illegible] vt ex venditione [illegible] trad[illegible] est idcirco difficil[illegible] quam laudimium, quod [illegible]. Iam verò quòd ea Friderici constitutio [illegible] *ind.* *§. callidis*, nihil minus [illegible] Nam si fateri cogimur, quod verissimum est, [illegible] constitutionis ideo non fieri [illegible] ex simplici venditione quod eius [illegible] tantum exigat vt feudi [illegible] facta [illegible] vt feudum in quem alium translatum [illegible] latio non fit sine traditione. Quidni [illegible] Lau-

dimio idem [illegible] propemodum verbis lex Iustiniani [illegible] An non enim de transferendo [illegible] emphyteutæ Iustinianus loquitur sæpius *in d. l. fi. C. de iur. emphyt.* Primum cum ait, *licere emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas vendere, vel ius emphyteuticum transferre.* Quæ verba licèt disiunctiue apposita esse videantur, Nemo tamen non videt sic accipienda esse vt [illegible] venditione Iustinianus intelligat quæ iuris emphyteutici contineat translationem, Aut de causa [illegible] emphyteutici translatione quæ fit à [illegible] Nam & interpretum brocardicum [illegible] est, Propositionis alternatiuæ partem [illegible] tendum ex altera, *Per l. 1. D. de iudic. in fi.* Quod [illegible] de venditione lex ait non [illegible] quæ ius emphyteuticum [illegible] quam tra[illegible] acquisitio [illegible]. Nam & [illegible] *vel ius emphyteuticum ad personas non prohibitas* [illegible] *concessas & idoneas ad soluendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit.* Quid enim aliud est *transponere* quàm *transferre*, vt & paulo ante [illegible] legis *licere emphyteutæ etiam non consentientibus dominis ad alios suum ius vel emphyteumata transferre.* Quomodo autem sola conuentione transferri ius emphyteuticum potest? At omnium apertissima sunt verba illa *sed nouum emphyteutam in possessionem suscipere*, quæ ostendunt non eam propter contractum ab emphyteuta initum deberi laudimia, quàm propter factum ipsius domini [illegible] quòd nouum emphyteutam in possessionem admiserit. Atque vt intelligas [illegible] interpretes, *nisi per dominum non steterit quominus nouum emphyteutam admitteret* exigit eadem lex factum personale domini & vt nouum emphyteutam susciperet non per conductorem & procuratorem, sed per se vel per literas suas vel denique si hoc non potuerit, aut noluerit per depositionem suam præsentibus tabulariis vel apud [illegible] [illegible] apud Præsides prouinciarum [illegible]. Quo non facto, lex nulla domino laudimia vult deberi. Cum tamen negari non possit quin multò minus stet per dominum quominus nouum emphyteutam suscipiat, cum ab eo requisitus vult per conductorem aut procuratorem [illegible] aut apud alium magistratum qui in magistratu censuum vel [illegible] aut denique [illegible] bus alius quàm tabularius illum [illegible]. Quem cum facta duntaxat per emphyteutæ [illegible] est, nec vlla possessio adhuc per nouum emphyteutam vel apprehensa vel petita. Nihil igitur [illegible] de se directo domino potest quod per eum non fieret si nihil fecerit, adeòque nec fecisse [illegible] non ritè ac solemniter fecerit seruata ad vnguem [illegible] Iustinianeæ constitutionis. Plane [illegible] domini directi [illegible] emphyteu[illegible] nem acceperit, [illegible] cipere [illegible] pœnam commissi [illegible] sufficere domino ad laudimium [illegible] per [illegible] quoniam nouum emphyteutæ possessionem [illegible] & approbet, nec illud etiam exigi vt à nouo emphyteuta fuerit requisitus: quia licet feuda & bona emphyteutica redacta sint ad instar patrimoniorum, id tamen non eum sensum habet [illegible] nulla domini directi ratio habenda sit [illegible] habendus pro requisito, ad [illegible] consensum [illegible] missionis possessionem, aut apprehensionem [illegible], quam nec si velit, impedire [illegible] possit. At quin si requisitus fuisset & consensisset, [illegible] laudimium ei debetur. Ergo & [illegible] debitur nullo enim verò consensu interueniente si modò non stet per

tum. Sed si nulla possessio accepta sit, quamuis emphyteuta ad perfectum venditionis actum deuenerit, non sufficiet tamen ad inducendam laudimij obligationem vt non sit per dominum directum quominus emphyteuta nouus possessionem acciperet, si non saltem illud etiam concurrat, vt nouus emphyteuta denunciauerit domino & consensum eius requisierit ad possessionem occupandam: Quod quamuis raro fiat, cum tamen fit, non est permittendum emptori vt ab interpellatione & denunciatione illa resiliat, ad fraudandum dominum per quem non stet quominus consilium suum accommodet solenniter & ex scripto. Iam enim desiit esse res integra domino interpellato nec non tradicente, sed quandiu tacet emptor nec possessionem & inuestituram aut petit, aut apprehendit, dicendum non esse permittendum domino vt cogat emptorem vltrò sinum offerat inducendi laudimij causa, cum nihil sit ex quo appareat aut requisitum eum fuisse, aut habendum pro requisito, [illegible] legem sine ius quo vtimur incipiat [illegible] litigationi Iustiniani hodie [illegible] probabilius dicere, [illegible] & [illegible] venditione commissum debeti laudimium [illegible] domino præstandi locum faci [illegible] ponit præcedentem [illegible] ven [illegible] interpellationem. At [illegible] sola venditoris culpa [illegible] illo consensu domini [illegible] Vno [illegible] nem præcedere debuerit, [illegible] apprehensionem. Cumque [illegible] esse sufficerit ne incidat [illegible] præter pist Iustin. vltimus [illegible] *aliter fuerit versatus, quam vestra* [illegible] *iure emphyteutico cadat.* Non [illegible] commisso locus si probe [illegible] vendi [illegible] nium consensu ad venditionem [illegible] iis steterit in finibus conuentionis, nec [illegible] ad translationem [illegible] sine domini [illegible] tionis. Verum igitur sit quod [illegible] lis vt commissum [illegible] laudimium debeatur, Imp [illegible] iure quo vtimur, contra ob [illegible] Quod [illegible] vix vnquam [illegible] [illegible] protur. Qu [illegible] oportet, vt [illegible] necesse [illegible] quoti [illegible] per co [illegible] ster c [illegible] tius [illegible] dimip [illegible] tempus [illegible] Quia [illegible] Senatu [illegible] ex temp [illegible] Sapui autem ad laudimij sol [illegible] con [illegible] possessionem quod [illegible] vrgebatur.

ERROR VI

De laudimiis petitis ex simplici venditione, quam contrahentes re integra recesserint.

Hoc al [illegible] all [illegible] d [illegible] tibu [illegible] iden ius ap [illegible] sit quod [illegible] tes. E [illegible] venditio [illegible] am traditione secuta, [illegible] a [illegible] ea pr [illegible] sequeretur vt p [illegible] non liceret q [illegible] dere num-

da conuentione, quin laudimij præstandi obligatio quæ directo domino quæsita semel fuisset, in ipsius commodum vtilitatem salua remaneret. Bonam enim esse consecutionem probat illa ipsa iuris regula, quam interpretes afferunt, pro tuenda sua sententia, quod ius domino quæsitum auferri ei sine facto eius non possit *reg. ad quod nostrum 11. De reg. iur.* Itémque leges omnes quarum authoritate in hanc partem moueri solent. Inter quas est *l. vl. D. de pact.* vbi Furius Anthianus scribit si reus postquam pactus est à se non peti pecuniam, ideóque cœpit pactum fideiussori quoque prodesse, pactus sit vt à se peti liceat, semel acquisitam fideiussori exceptionem pacti vlterius ei inuito extorqueri non posse. Itémque *l. si insulam 41. §. vltim. D. solut. matrim.* vbi Papinianus ait, Si post diuortium vxor ad virum reuersa sit, iudicium acceptum ex stipulatione quam extraneus interposuerit qui dotem dederat, non dissolui nec officio iudicis absolutionem contineri. Nempe quia ius repetendæ dotis extraneo quæsitum per diuortium, ob secutam posteà redintegrationem matrimonij auferri ei non debet. Ne de [illegible] sexcenta alia huius generis exempla quibus simile quid probari possit, Sed frustra pluribus moramur in probando eo, in quo nobiscum interpretes consentiunt. Atqui perabsurdum est dicere Laudimium deberi ex simplici venditione, à qua contrahentes vltrò & rebus omnibus integris recedere voluerint. Ergo & absurdum illud est ex quo hoc sequitur vt dicamus Ex simplici venditione [illegible] secutam traditionem laudimia deberi. Tota vis huius ratiocinationis in minore propositione probanda consistit. Nam quod nos absurdum dicimus, Interpretes contra iustum & [illegible] m esse defendunt. V [illegible] eam is [illegible] q [illegible] tar [illegible] mbus aut textibus opinionem [illegible] con [illegible] n. Nam si nulla ratione nullo è textu assequi possint [illegible] us nec [illegible] beb [illegible] iam prob [illegible] , an [illegible] hem [illegible] factum R [illegible] onem n [illegible] afferunt, qua [illegible] q [illegible] satis [illegible] a nobis confutata est, quòd [illegible] nleis [illegible] perficiatur, nec te [illegible] *l. si ut emp.* [illegible] *ve d.* [illegible] non [illegible] net. Ostendimus [illegible] [illegible] ationem præstandi la [illegible] [illegible] prehensione quæ [illegible] [illegible] tar bo [illegible] eius venditionis consensu [illegible] lo pe [illegible] o ex die [illegible] sen [illegible] stat laudimium [illegible] I [illegible] andum [illegible] esse quod en [illegible] t, Deberi laudimium propter co [illegible] quàm propter iuris translationem [illegible] e [illegible] ctu fiat, quod sicuti falsum est, ita [illegible] lo [illegible] vn [illegible] potest. Est enim laudimium ve [illegible] qu [illegible] non ve [illegible] tionis sed traditionis [illegible] supra loquebamur *ex l. si pater tuus 8. C. de* [illegible] Sunt etiam qui addunt, Teneri venditorem [illegible] p [illegible] ad [illegible] ndam, vt inferant nihil erg [illegible] e [illegible] aut traditio secuta sit necne, Quasi pro facto [illegible] h bellum sit, quicquid vt facias cogi possis [illegible] hoc q [illegible] nos suprà refutauimus, & p [illegible] b [illegible] Imò [illegible] non posse cogi vendientem [illegible] dem [illegible], adeoque ne conuenit [illegible] sed officio iudicis contineri vt eum ab [illegible] tus [illegible] late quanti interest e [illegible] *de act. empt. l. si traditio ad eum venditorem* [illegible] enim [illegible] actio ex empto [illegible] *in l. si in vendit. 69. D. de* [illegible] q [illegible] mittemus posse cogi v [illegible] præci [illegible] dendum, saltem id est [illegible] non [illegible] no [illegible] extorquere quis [illegible] et vendi [illegible] posse emptorem q [illegible] vt venditorem cogi præci [illegible] tradendum. [illegible] emptorem cogi ita agere [illegible]

put commodius sibi ... vt quanti sua interest consequatur. Proinde si venditor & emptor consentiant vt pro re vendita quæ præcise deberet, id quod emptoris interest præstetur, quia magis gauerit morem eis gerendum esse, vt Paulus loquitur l. *quod si post ... de rei vindic.* Quid porrò in hac specie interest domini, vt laudimium consequi debeat ex ea venditione ex qua nulla secuta traditio sit nec sequi eam contrahentes voluerint ... te ... Sed interpretes. Exitem ... quo non emptor cogere venditorem præcise ad traditionem sed malit agere in id quod interest. Verum non hic casus est de quo nunc tractamus, quia cùm venditor & emptor in eo consensiunt vt pro re vendita id quod interest præstetur, non ideo discedunt a contractu, sed vim potius & naturam contractus exequuntur. Nos eum casum tractamus, quo contrahentes rebus omnibus integris a perfecto ... emptionis & venditionis recedant. Prius quo ... solent interpretes asserere ... rum ... *si post alien. feud. vassall. id recuperaui vsib. feudo* l. 2. tit. 44. vbi scriptum est si vasallus hodie feudum illicitè alienauerit, licet postea illud recuperauerit, penes eum tamen non remanere, Verum tempore domino ad quemcunque peruenerit, apertum. Sed nemo non statim videt ad rem nostram hoc non pertinere. Est enim ... ille de feudo non solum vendito sed etiam tradito vt ex eo appareat quod ponit esse postea recuperatum. Nec enim recuperari posset, quod translatum nunquam fuisset ... a bonis vasalli prius nunquam abiisset. Nos quærimus de venditione simplici, per quam nihil translatum fuerit ob nullam secutam traditionem. De ... ad propositum nostrum faceret, ... tamen ... tùm posset. Ex simplici ergo ... emphyteuticæ si qua ... contra Iustiniani lege facta esset, id est inrequisito domino, aut eo quidem requisito, inuito, sed in minùs idoneam ac ... tam personam ... hæc enim supradicta Iustiniani constitutione nominatim excipitur ... locum fore commisso, & caducitati. Quod item est in feudis A partura feudi de qua *in d. §* ... id in ... caducitas, & commissum. Sed quid inde ad quæstionem nostram de laudimio, an debeatur? Infertur potiùs debeas, Verum esse quod proximo capite probauimus, Esse multò faciliùs vt ex simplici venditione locus cadat in commissum, quàm vt laudimium debeatur. Ac sanè ita est, quoniam ... locum facit solà negligentia emphyteutæ, & culpa quæ in omittendo contractu sit, id est non factum quod domini consensum non requisierit. At laudimio præstando locum facit factum domini directi in laudando & approbando nouo possessore in quem vetus emphyteuta ius suum transtulerit. Iam vero ... eas rationes quæ pro sententia nostra faciant afferamus: Legibus enim agi non potest in eo tractatu qui ex vnica illa Iustiniani constitutione ferè totus pendeat, nec tam ad ius scriptum pertineat, quam ad consuetudinarium. Prima ratio quæ occurrit illa est, quòd ea sit natura contractuum omnium qui nudo consensu perficiuntur vt contrario consensu ipso iure resoluantur, id est ita vt per inde sit ac si nunquam initi fuissent, neque ex prioris contractus vestigiis quicquam supersit *l. a. & 2. Cod quan. lic. ab empt. discedi l. prout* 80. *de solut.* ... *l.* ... *nam natura* ... 35. *De reg. iur. l. ... geminum ... adeo autem & l. ab emptione* 58. *D. de pact.* Idque adeò verum est vt si inter emptorem & venditorem conuenerit priusquam aliquid ex alterutra parte solutum est, vt ab emptione discedatur fideiussor eo nomine acceptus soluto contractu liberetur *l. Stichum aut Pamphilum* 95 *§. vltim. D. de solut.* Nec enim res eo minùs integra est quòd aut venditor fideiussorem de euictione dederit aut emptor de pretio soluendo, vt optimè responsum illud Papiniani probat. Sed cùm demùm desinit esse res integra cùm aut traditio rei venditæ facta est ex parte venditoris, aut solutio pretii vel in totum, vel pro parte ex latere emptoris. Quod cùm accidit, fatentur omnes, non aliter a priore contractu discedi posse quàm si actus quoque priori similis retroagens venditionem intercesserit, vt loquitur Gordianus *in dict. l. 1. C. quand. lic. ab empt. di ced.* Et hoc casu sanè procedit quod volunt interpretes non posse contrahentes a contractu discedere in præiudicium domini directi, ei acquisitum est ius petendi laudimii ex adeptione possessionis. Hoc enim semper addo vt ostendam non valere referre ... res desierit esse integra ex parte emptoris ob solutum ... eo pretium dummodò sit integra ex parte emptoris ob solutum ab eo pretium, dummodò sit integra ex parte venditoris nulla dum facta per eum traditione ... rerum translatione, vt ... ius ... pit ... quenti. Cæterùm si à contractu recessum est rebus integris omnes consentiunt contractum ipso iure resolui quo ipsum nihil aliud est quam haberi eum pro non facto: Imò venditionem infectam fieri, vt loquitur Pomp. in ... 2 *De re ... d. vendit.* Qui ergo fieri potest vt ex ... contractu resoluto & infecto laudimia debeantur? Potestas enim resolutionis tollere ... & intellectum prioris conuentionis quemadmodum de potestate ... scribit Papinianus *in l. si patroni 11. § ... ad ... C. Treb.* tollere illam intellectum ... Impl. atque contradictionem ... fectus contractus sit, id est nunquam factus, ... habendus pro nunquam facto, Et vt ex eo laudimia debeantur. Neque est quod cum interpretibus respondeas. Haberi quidem pro non facto contractum ... tum ad eos pertinet qui contraxerunt at non quantum ad ius domini directi qui ex ea resolutione lederetur. Sic enim ... ad *d. l.* ... *C. quand.* ... *ab empt. di ce.* Nam ... o ... totics ... æque omnino ius petendi laudimij ex simplici contractu. Hoc vero probanddum ..., nec tamen vnquam probabitur. Et abutuntur valdè interpretes supradicta Pauli Castrensis ... de gabella, vt vocat quæ sit debita ex ... quod ... ponit ita conceptum esse, vt ex quolibet contractu gabella soluatur. Et ait ex simplici contractu gabellam illam deberi licet contrahentes contrahentium & rebus omnibus integris resoluta venditio proponatur. Et certè quis non potest ea resolutio tollere ius quod fisco quæsitum fuit ex die initæ perfectæque venditionis. Sed quæro, Vbinam gentium lex illa est quæ laudimium idem statuat, id est quæ velit ex quocunque contractu laudimium deberi? Proferatur lex aliqua vel consuetudo, quæ hoc ius induxerit. Et statim consentiam non tam cum Paulo Castrensi cuius sententiam hac in re probo, quam cum interpretibus cæteris omnibus Statutum de quo Castrensis loquitur de gabella ex quocunque contractu soluenda fisco, nullum fisci factum requirit, sed eorum duntaxat qui contraxerunt, & vt contractus aliquis quandoque interueneritit. At constitutio Iustiniani in *d. l. vlt. C. de iur. emphyt.* non aliter laudimium deberi vult quàm si factum aliquod domini directi concurrat in approbando & suscipiendo nouo possessore nec solo contrahentium facto contenta est vt laudimium debeatur quomodo solo eorundem non facto contenta sit vt commisso locus aperiatur. Idque & ipsa laudimij dictio & etymologia demonstrat. Nam est à laudando dictum, id est ab approbando, & ea appro-

bario

hatio non contrahentibus fieri debe[illegible] se[illegible] à domino directo & quidem vel requisito, vel habendo saltem pro requisito, vt ostendimus in præcedentibus, consequens omnino est vt quoties nullus contractus est qui laudari possit, nulla quoque laudimia [illegible] beantur. Po[illegible] nullus contractus est, nullus possessor nouus, qui m laudare & approbare possit dominus directus, cu[illegible] contractus qui aliquando fuit, inuenitur iam resolutus & ad non contractum reductus. Nullum ergo ius domino quæsitum adhuc videri potest petendi laudimi[illegible] at ne materia quidem [illegible], cui formam iuris superaddere possit. Prius enim est non solum vt contractus [illegible] qui hodie nullus est, sed etiam vt possessor nouus aliquis se offerat quem dominus laudare & approbare possit, quam de laudimio quæri vtrum debeatur necne, & de potari oporteat. Nisi fortè tam stultus quis sit vt putet, Posse dominum & debere approbare contractum qui aliquando fuerit licèt hodie non sit, quod [illegible] culum est. Approbatio enim debet co[illegible] tus q[illegible] st approbationis tempore, non qui [illegible] & esse [illegible] fuit ante approbationem. In eo ne casu hic de contractibus longè dubitationem habet qui [illegible] de quo superiore capite dicebamus. Nam cum [illegible] ex venditio facta est licèt ad traditionem aut app[illegible] possessionis actum processum non fuerit, q[illegible] en vēditio subsistit, nescio quis color æqui[illegible] domino facere videtur vt ex ea v[illegible] tione po[illegible] udimia petere, quòd per eum non [illegible] quominus contractum qui adhuc subsistit laudet & approbet sed per contrahentes solos qui eam approbationem petere possent sustulerint. At cùm [illegible] ditio resoluta inuenitur eo tempore quo de laudimi[illegible] quæritur [illegible] approbationis [illegible] deficiat, frustra est quærere an stet per dominum quo ne nec [illegible] contractus vel possessor nouus qui nullus est [illegible] probetur, cùm per ipsam rerum naturam stet ne id fieri possit, nec si cōtrahētes velint vt *in l. si minimum 24. in princ. ver.* [illegible] *enim dabit. D. de dam. inf.* Nisi rursum hoc [illegible] um eis imputare volumus eur non iterum contrahant, & nouam ineant venditionē ea[illegible] impleant secuta traditione ex vna parte, & numeratione pretij ex altera: denique omnia illa faciant quæ laudimij præstandi obligationem & necessitatem inducere queant: Quod tamen lanæ m[illegible] nemo vtique dixerit. Nemo enim sibi prodesse prohibetur, dum ne alij noceat, nec quisquam eo nomine alij tenetur potest [illegible]. §. *idem autem. D. de aqua pl. arc.* Nocere autē intelligitur non qui [illegible] onem lucri aufert sed qui damnum affert *d. l.* [illegible] *ante in fin. & l. 2. §. ait Varus eod. tit.* Porrò neque damnum neque iniuriam infertis qui iure suo & communi fruitur *l. si duorum 42. [illegible] act. empt.* Id enim est quod dici solet ex [illegible] utione iuris non hab[illegible] te iniuriam *l. iniuriarum* [illegible] §. *D. de iniur.* Cur ergò prohibeantur contrahentes si eos venditionis factæ pœniteat à venditione [illegible] integris rebus discedere? Aut qui [illegible] æquū putet inuitos eos teneri in obligatione, ob hoc solum ne domino directo, speratum laudimij lucrum eripiatur? sed & cùm laudimium sit quinquagesima pars pretij ex *l. vlt. de iur. emphyt.* aut pro varia locorum consuetudine alia atque alia pars quota pretij, quis possit dicere quale quantumque laudimium debeatur si pretium nullum sit? Atqui pretium nullum est cum nulla est venditio, cuius [illegible] nria ex pretio consistit? *pacta conuenta* [illegible] *contr. empt.* Et quemadmodum sine pretio nulla venditio est, Ita nec pretium esse potest sine venditione. Fuisse autem aliquando pretium aliquod nihil [illegible] non sit eo tempore quo de laudimio di[illegible]. Argumento est quod iidem interpretes fatentur, si venditio facta sit certo pretio, & subinde [illegible] us q[illegible] bu[illegible] integ[illegible] conue[illegible] inter eosdem cōtrahentes de alio siue maiore siue [illegible] pretio, non duas esse venditiones sed vn[illegible] fusa scilicet ac transformata priore ven[illegible] posteriorem ideoque non nisi vnicum [illegible] de[illegible] ti, Sed eius quantitas [illegible] nda sit non[illegible] p[illegible] e sed ex posteriore pretij conuentione, [illegible] concludit Afflict. à Pont. *d. quæst. 38. post Ba[illegible] & A[illegible] ad l. iuris gentium 7 [illegible] adeo autem D. de pa[illegible] & a[illegible] dict. leg. pacta conuenta.* Quòd igitur aucto postea vel diminuto pretio admittunt interpretes vt eius pretij quod aliquando [illegible] ratio non habeatur, nec magis quod ad dominum directum attinet quàm quod ad contrahentes, sed eius tantum quod nunc sit, quidni etiam idem admittamus [illegible] toto pretio contrahentes mutuo cōsensu recesserunt, discedentes à tota venditione? Simili enim [illegible] aliter concept. ratiocinatio est apud Vlp. *§. in d. adeo autem vers. si igitur in totum potest. cur no[illegible] & par eius actione mutari potest?* & paulò [illegible] *res tolli, cur non & reformari* [illegible] tum dictum est, Valere argu[illegible] ent[illegible] ad partem, & à parte ad totum [illegible] *D. de rei vind. l. si ex toto 8. in pr. de l.* [illegible] *D. [illegible] de hered. pet.* Igitur sicuti prioris ve[illegible] ratio nulla haberetur ne quidem [illegible] tem [illegible] tecti si prior transfusa sit in posteriorem q[illegible] ut im[illegible] uto pretio, ut maior habe[illegible] b[illegible] to-tum recederet contrahentes v[illegible] erin[illegible] na & vera esset ratio illa perpe[illegible] re[illegible] qu[illegible] non sit permittendum cont[illegible] post contractum ex quo dom[illegible] u-mentum consecuturi [illegible] ut ergo eis permittimus vt p[illegible] nu de maiore pretio, conuen[illegible] de m[illegible] de hoc casu fiat vt minus e[illegible] enti co[illegible] q[illegible] dominus quam perceptur[illegible] ue at si de pret[illegible] ueoto nihil fuisset immi[illegible] tum? Aut cur n[illegible] duplex laudimium quasi ex duplici [illegible] bent dicimus? An fortè vetemur n[illegible] emptori cui potest imputari [illegible] de [illegible] nerit ac non potius aut in[illegible] nu[illegible] stiterit aut à posteriore [illegible] ceperit? Au[illegible] non distinguimus in conuentione pos[illegible] pretium auctum sit, an imminutum Vt si vnicum duntaxat laudimium debeatur emptione æstimādū, quia sine [illegible] do directo domini hoc d[illegible] offi[illegible] fuerit, [illegible] dupl[illegible] x lau[illegible] m debe[illegible] prioris pretij ratio habenda sit non [illegible] fuerit in potestate contrahentium [illegible] conditionem domini, & quātitatem [illegible] tij quod ex simplici venditio[illegible] ce[illegible] et minuendo pretium. Si enim p[illegible] ditionis intellectum retinemus qu[illegible] ad [illegible] directum ne in laudimio præiudic[illegible] Vt licèt quamuis ea venditio pro non [illegible] quant[illegible] ad contrahentes ex quo in[illegible] tum consensu resoluta est, remanea[illegible] tatione laudimij. Cur non æque fa[illegible] ligium primæ conuentionis [illegible] aioris [illegible] subinde ac rebus omnibus integri[illegible] conuenit, vt quamuis ex e[illegible] transfusa sit prima conuentio in[illegible] benda sit quòd ad contrahentes [illegible] tamen remaneat quod ad dominum [illegible] vt tantò ma[illegible] laudimium debeatur [illegible] dem est vt effectus aliqui [illegible] quæ non prorsus [illegible] ta [illegible] quam eius qu[illegible] om[illegible] enim penitus [illegible] test quod a[illegible] netur [illegible] 72. [illegible]

ferè 44.§.vlt. De oblig.& action. leg 1. de gen. legat. Atqui fatentur interpretes nullum dominio deberi laudimium ex simplici venditione quæ in aliam transfusa sit, etiamsi per posteriorem pretium imminutum proponatur. Ergo fateantur necesse est nullum deberi ex venditione quæ mutuo partium consensu non in aliam transfusa sed omnino extincta sit. Et hoc fatentur vtique si resolutio venditionis facta sit incontinenti, id est antequam partes diuerterint ad extraneos actus. Sed non si postea & ex interuallo Quæ tamen distinctio quia cum iuris ratione pugnat etiam à nobis confutanda est.

E R R O R VII.

De venditionis resolutione facta rebus integris ex interuallo aut incontinenti cùm de laudimio disputatur.

Distinguere quidem prudentes nostri solent, An pactum quod post initam & perfectam venditionem à contrahentibus adhibitum est etiam rebus omnibus integris, adiectum sit incontinenti an verò posteà & ex interuallo. Sed ea distinctione vtuntur maximè, cùm tractant Vtrum insit pactum illud contractui, & formet actionem necne, & an ex parte rei tantùm, an verò etiam ex parte actoris, id est an ad proceden[dum] duntaxat exceptionem, an in dandam quoque actionem. Quæ quæstio eleganter tractatur ab Vlpi. in *in l. leg. iuris gentium 7.§ quinimò D. de pact.* Sed generatius de omnibus bonæ fidei iudiciis. Ait enim primùm, nudam pactionem interdum formare ipsam actionem vt in iudiciis bonæ fidei. Solemus enim dicere, inquit, pacta conuenta inesse bonæ fidei iudiciis: Sed de hoc deinde monet sic recipiendum esse, vt siquidem ex continenti pacta subsecuta sit, etiam ex parte actoris insint, Ex interuallo autem non insint, nec valeant ad agendum, nec ex pacto actio nascatur. Exemplum affert circa actionem de dote quæ fuit semper bonæ fidei *§. fuerat Inst. de act.* si non constitutæ dotis tempore, sed post diuortium atque ita ex interuallo conuenerit, ne tempore dilationis statuto id est annua bima trima die dos reddatur sed vel longiore vel breuiore, itémque circa actionem tutelæ, si post finitam tutelam conuenerit vt maiores quàm quæ statutæ sunt vsuræ præstentur. Non valebunt, inquit, hæc pacta nec [valebit] ad agendum. Nec ex pacto nascatur actio. In quo est obseruandum quod nos in nostris ad eum locum Rationalibus non satis apertè exposuimus, Consensisse quidem omnes prudentes in eo vt pacta ex interuallo apposita nunquam prosint ad agendum sed tantùm ad excipiendum siue bonæ fidei contractus fuerit siue stricti iuris, sed quod ad pacta pertinet quæ incontinenti facta sint dissensisse Paul. ab Vlp. fortassis etiam à Papin. Nam *in l. lecta 40. D. de reb. cred.* vbi tractat de pacto incontinenti apposito post stipulationem. Scribit ille disertis verbis, Tale pactum inesse stipulationi, nec tantùm ad excipiendum vt putabat Vlpianus quem ille procul dubio intelligit & perstringit illis verbis *quidam putabant*, vt apertiùs significant quæ sequuntur *si vt ille putabat ad exceptionem tantùm, prodesset. pactum.* Constat enim fuisse Vlpian. & Paulum præcipuos Papiniani Assessores in ipsius auditorio, & plerumque faciles ad dissentiendum inter se. Vlpianus verò cum ait Pacta incontinenti facta inesse bonæ fidei iudiciis etiam ex parte actoris & ad agendum, quid aliud sibi vult, quàm in stricti iuris contractibus & consequenter etiam in stipulatione aliud obseruari: quasi horum contractuum natura quæ strictior est, huiusmodi extensionem minimè patiatur. Qua potissimùm ratione credibile est Vlpianum in specie *d. l. lecta* aduersus Paulum constitisse, cuius tamen sententiam in celeberrimo illo Æmilij Papiniani auditorio tandem obtinuisse testatur ipse, cum ait *quamuis diuersa sententia obtinuerit.* A Papiniano autem videtur idem Paulus dissensisse non in illa quidem quæstione, sed in alia quam Papin. tractat *in l. pacta conuenta 72. D. de contr. empt.* Circa pactum, per quod post perfectam venditionem & ex interuallo auctum sit, vel diminutum pretium emptionis. Est enim tota lex illa de pactis posteà factis, id est, ex interuallo, & ait Papinian. non immeritò quæsitum fuisse & dubitatum à prudentibus, An eiusmodi pactum non valeat ad agendum, quomodo iam dixerat non valere pacta cætera quæ ex post facto adiiciunt aliquid vel detrahunt circa adminicula venditionis. Nec tamen aperit Papinianus quid in hac quæstione sentiat, sed tantùm rationem quasi dubitandi affert illam quòd substantia emptionis consistat ex pretio. Vnde captata occasione notandi Papiniani, quasi eam rationem Papinianus pro dubitandi potiùs quàm decidendi ratione habuisset, statim subiungit *si omnibus integris manentibus de augendo vel diminuendo pretio rursum conuenit, recessum à priore contractu & noua emptio intercessisse videtur.* Cuius tamen sententiæ cùm non alia melior ratio afferri possit quàm quæ à Papiniano ipso allata & probata est quod emptionis substantia consistat ex pretio, Vt proinde mutata substantia contractum quoque ipsum imminutum esse necesse sit, non debuerat certè Paulus notare Papinianum quasi aut contra sensisset aut idipsum quidem sed non satis apertè nisi studium nimium contradicendi præcipitem eum egisset. Debuerat potiùs sic Papinianum interpretari vt idipsum sensisset quod [Paulus] sentiebat, & quidem satis apertè cùm etiam rationem propter quam ita sentiendum sit attulisset. Quomodo eandem Papiniani sententiam & magis ex bona fide interpretatus videtur Vlpianus *in d. §. quinimò in versic. Idem responsum Seio a Papiniano, si post emptionem ex interuallo aliquid extra naturam contract. conueniat, ob hanc caus. agi ex emptione posse* Cui enim addidisset *extra naturam contract.* nisi vt significaret in pactis quæ ad naturam & substantiam contractus pertinent, aliud existimasse Papinianum, v. sc. valeant ea pacta etiam ad agendum, non quidem ex priore contractu sed ex posteriore quasi alia & noua emptione facta, Quod à nobis in Rationalibus satis diffusè nec infeliciter explicatum est. Nunc, quod ad institutum nostrum pertinet, admonendum superest supradictam distinctionem De pactis post bonæ fidei contractum interpositis an incontinenti an ex interuallo, nunquam à prudentibus probatam fuisse, quoties tractarunt de pactis adhibitis circa substantialia contractuum bonæ fidei, quale illud est per quod augetur vel diminuitur pretium emptionis, Sed illam tantum, Vtrum rebus omnibus integris ea pretij immutatio & siue auctio siue imminutio facta sit an verò postquàm res integra esse desiit ex alterutra parte. Papinianus enim vt iam diximus *in d. l. pacta conuenta* non tractat nisi de pactis posteà, id est ex interuallo post emptionem appositis siue ad emptionis adminicula pertineant, siue ad ipsius substantiam. Quæ enim fiunt incontinenti cùm insint cōtractui licèt ordine temporis & naturæ post contractum fiant in ipso tamen contractu, & simul non posteà fieri intelliguntur: Cùm in coniunctis ordo nullus sit, i. nihil prius, nihil posterius, licèt priore loco vnum dicatur aut scribatur, posteriore alterum

l. quidam

leg. quidam 14. *D. de pecul. legat.* Sic verò Papinianus loquitur initio *dict. leg. pacta conuenta quæ postea facta*, & deinde *An idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio.* Et quod ad Papinian. Paulus notat *si omnibus integris manentibus de augendo vel diminuendo pretio rursum conuenit.* An non satis indicat eum de casum tractare quo auctum sive vel diminutú pretium ex interuallo? Habent enim verba illa euidentem tractum temporis. Quid enim dubitandum esset an integra mansisset omnia si incontinenti post factam emptionem pactum interpositum fuisset? Et dictio illa *rursum* eam interpretationé recipere sanè non potest vt de pacto incontinenti facto Paulus senserit. Non enim rursum fit quod incontinenti & cum simul & semel fieri videatur, Sicque Papinianum interpretatus est Vlpianus *in d. §. quinimò* cum ipsius sententiam sic refert quasi scripsisset ille, si post emptionem ex interuallo aliquid extra naturam contractus conueniat, & ob hanc causam ex empto non posse. Et tamen non dixerat Papinianus *Pacta conuenta quæ interuallo facta*, sed vt retulimus, *quæ postea facta* quomodo idem Vlpianus in sequentibus cùm seniu pacta omnia quæ etiam ex interuallo fiunt, inesse ex parte rei & [illegible] ad [illegible] tendum, ita scribit *quia solent & ea pacta quæ postea interponuntur parere exceptionem.* Et *in §. adeo seq. Adeo autem bonæ fidei iudicijs & pactiones*, sic enim legendum esse docuimus non vt vulgo ineptissimé *exceptiones* aut vt Caius *depositiones* (*postea facta quæ ex eodem sunt contractu insunt.* Nam & hoc loco dixit Vlpianus *postea* pro eo quod paulo ante *ex interuallo*. Et ne secum pugnare videatur cum paulò ante scripsisset pacta ex interuallo apposita non inesse, nec quidem bonæ fidei iudicijs, addit ille *quæ ex eodem sunt contractu*, id est, quæ ad naturam & substantiam contractus pertineat, sicut è contrario ex superioribus præcedentibus *aliquid extra naturam contractus*. Vt intelligamus has duas propositiones, quarum vna affirmatiua, altera negatiua est sic esse conciliandas, vt pacta quæ ex interuallo facta sunt si extra contractus naturam sint & ad eius substantiam non pertineant nunquam insint, nequidem iudicijs bonæ fidei, si verò ex eodem contractu sint, hoc est contractus substantiam recipiant, insint quamuis ex interuallo apposita sint, dummodo rebus omnibus integris, ita vt per eiusmodi pacto possit abiri etiam à tota emptione aut in aliam emptionem nouam prior contractus reformari. Nec valde dissimiliter Pomponius eius sententiam refert & probat Vlpianus *in d. § adeo*, licet desumptam ex alio Pomponij libro ad edictum. *in l.* 2 *D de resc. vend. vendit si quã rem inquit à te emi, eandé rursus à te pluris minorísue emero, discessimus à priore emptione. Potest enim dum res integra est conuentione nostra infecta fieri emptio atque ita consistit posterior emptio quasi nulla præcesserit.* Et Paulus noster *in leg.* 3. *eod.* Emptio, inquit, & venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resoluitur antequam fuerit res secuta. Non igitur illud inspiciendum est an venditionis resolutio fiat incontinenti an ex interuallo, sed an rebus omnibus integris an verò re iam secuta. Quod autem vetat manere rem integram per longum tempus, & toto illo medio tempore contrahentes ad alia quàm plurima negotia diuertere? Hoc verò si ita est vt est, non possum ferre quod interpretes nostri volunt, vt cùm de laudimiis quæritur distinguendum sit an venditio simplex quæ nudo consensu perfecta fuerat resoluta sit incontinenti an ex interuallo. Vt si incontinenti nullum laudimium debeatur sin ex interuallo debeatur. Quasi venditio quæ vtroque casu pro infecta est quantum ad contrahentes ipsos, facta nihilominus maneat, quod ad dominum dire-ctum ne præiudicium ei fiat, [illegible] posteriore cæterum casu non etiam priore. Sic enim Amed. à Ponte et alij multi non minùs quàm ex [illegible] sententia *d. quæst. laudim.* 38. Nam si maiorem aut potiorem rationem [illegible] habeat ratio iuris, quàm vtilitas domini, dicendum vtique esset nullo casu laudimium deberi, [illegible] in vtroque casu venditio perimitur ipso iure & conuentionis potestate resoluitur: si autem propter vtilitatem domini directi rationem iuris [illegible] per habere volumus, quid opus est distinctione, ac non potius admittimus generaliter & indistinctè laudimiú deberi? Cùm vtroque casu interest sit infecta et laudimium pe tere possit. Est namque hoc generale & perpetuum, vt quoties quærimus an ex aliquo actu ius alicui quæsitum sit quod ei auferri non oporteat, satis sit, vel vno instanti quæsitum ius fuisse, ne vnquam sine consensu ipsius tolli ei, & adimi queat. Ideò nimirum dicimus, Hæreditatem [illegible] ndocunque aditam post mortem testatoris retro fingi aditam ex instanti mortis *l. heres quandoque* 49. *D. de acquir hered.* vt continuatio possit ius hæredis [illegible] defuncti *omnis hereditas* 138. *de reg. iur.* quæ continuatio fieri non posset si vel vno minimo in[illegible] hæreditatis aut nullius fuisse aut ad quem [illegible] pertinuisse intelligerentur. Item legatum transire recta via testatore in legatarium quoties per [illegible] nem datum est, nunquam factum [illegible] vt ait *legatum* 80. *de legat.* 2. *leg. à Titio* 64. *D. de fur.* quia si vel minimo instanti licet hæredis [illegible] alio hærede ab eodem cedere sed consensus [illegible] omnino exquirendus traditio per eum facienda vt dominium quod [illegible] semel fuisset pertenens possit ad legatarium *l si ego* 9 *§ fiet D. de iur. dot.* Sic denique ne alia quàm plurima conquiramus quæ in omnibus ferè iuris nostri [illegible] momento [illegible] expediuntur lex Cornelia de captiuis apud hostes defunctis contungit instans mortis cum instanti [illegible] & fictio postliminij [illegible] stans captiuitatis [illegible] reditu [illegible] quoniam si [illegible] duo instantia tertium aliquod [illegible] totis retrofictio impediretur propter medium inhabile *l. su[illegible] errore* 44 *§. vltim. D. de vsu. ap.* & *si ab hostibus Instit. quib. mod. [illegible] patr. potest. [illegible]*. [illegible] inde in quæstione propo[illegible] tas ex quo instanti perfecta nudo consensu [illegible] est ius quæsitum esse domino directo [illegible] laudimij. Illud quoque teadi [illegible] quod nec interpretes ipsi audent dicere, Nihil ergo profuturum contrahentibus quominus laudimium debeatur, quod statim & incontinenti venditionem [illegible] contraria voluntate: Cùm nequeat ea resolutio fieri tam statim & incontinenti vt non necesse [illegible] instanti mansisse perfectam venditionem [illegible] quæ nec alioquin resolui posset. Aut si huius absurdi euitandi gratia fatendum est nullum eo instanti perfectæ venditionis adhuc fuisse acquisitum ius [illegible] laudimij [illegible] directo, [illegible] tantæ potestatis vt non potuerint [illegible] derogare. Admittamus igitur, quod idem interpretes negant, Etiam si ex interuallo res [illegible] ta sit prior venditio non eo magis fore vt domino directo [illegible] debeatur laudimium, non magis quàm [illegible] facta resolutio fuisset, Vnum [illegible] munire afferre quis fortasse possit quod [illegible] *in l. ab emptione* 58. *D. de pact.* Nihil [illegible] integris omnibus [illegible] quæ obligati erant [illegible] ces inter eos conuenerit vt ab eo negotio [illegible] at vero in integrum restitu[illegible] qui quæ alter [illegible] præstitit, consequi [illegible] alter [illegible] præstare teneatur. Nec enim negari potest quin ea Neratij sententia sic accipi debeat, vt nihil [illegible] sit quantum ad contrahentes de quibus solis [illegible] loco tractatur

tractatus, non etiam quod ad dominum directum, cui scilicet laudimia deberi nemo dubitat eo casu quo contrahentes à venditione recesserunt re iam secuta, & facta per venditorem traditione, cùm & nos fateamur ab eo saltem die quo emptor possessionem nactus sit, aut eius apprehendendæ facultatem a domino directo petierit, ius petendi laudimij quæsitum esse irreuocabiliter domino, cui postea præiudicium à contrahentibus fieri non potuerit. Nihil ergo vetat, inquies, quominùs venditio habeatur pro infecta quantum ad ipsos contrahentes, nec tamen pro facta haberi desinat ratione domini directi propter laudimium. Nos verò id quoque fatemur: Sed tamen largiter interesse dicimus. An à perfecta venditione discedatur rebus omnibus integris contrario eóque nudo partium consensu, An verò retrotraditis & integrum restitutis omnibus quæ iam vicissim tradita & præstita fuissent, scilicet quod ad dominum directum pertinet. Priore namque casu nihil interuenit, propter quod laudimium vllum deberi possit, cùm possessio nulla translata sit in emptorem. Posteriore autem cùm traditio ex parte venditoris secuta est, iam causa subest quæ laudimij præstandi obligationem & necessitatem possit inducere, quod ius statim atque domino directo quæsitum est, vel vno instanti, certum est ei vel inuito vel ignoranti adimi nunquam posse. Et hoc demùm casu procedit optimè quod interpretes afferunt ex *d.l. sed quod nostrum 11. De regul. iur. l. vltim. D. de pact. in insulam 42. §. vlt. De solut. matrim.* Itaque cùm dicimus, ex perfecta simplici venditione, quæ omnibus integris resoluta sit, nullum laudimium deberi, Non tam ex eo mouemur, quòd venditio ex partium consensu resoluta sit (esset enim manca minusque sufficiens ratio si quis in ea conquiesceret) quam quòd ea resolutio facta sit priusquam domini cœperit interesse. Quod vnum in tota quæstione ista, vt in cæteris ferè omnibus inspiciendum est.

ERROR VIII.

Quando integra dicantur omnia in emptione & venditione cum tractatur de laudimio.

AT quia diximus eo demùm casu nullum deberi ex simplici venditione resoluta laudimium, quo facta resolutio sit rebus omnibus integris, alia nunc inspicio occurrit quando dicantur omnia esse integra. Quæ inspectio non tantùm necessaria est vt sciatur quibusnam casibus secundum nostram sententiam ex resoluta venditione laudimium debeatur, sed etiam præsupposito errore interpretum vt sciamus quando post resolutionem venditionis vel vnicum duplex laudimium deberi putent. Nam cùm in ea, sint hæresi vt ex simplici qualibet venditione dummodò valida laudimium deberi velint, consequens est vt duplex soluendum esse existiment quoties priori venditionis resolutio facta est re non integra, vt multiplicatio contractuum inducat multiplicationem laudimiorum, vt concludit Amed à Ponte *dict. quæst. laudim.* 38. post Alber. Bald. & Castr. *ad l. ab empt. 58. D. de pact.* Necessaria igitur quæstio est etiam apud interpretes, Quando res dicatur vel non. Etsi video in hac eâdem quæstione aliam adhiberi ab iisdem interpretibus distinctionem post Bartol. *ad d.l. ab emp.* An verba posterioris conuentionis concepta sint per modum nouæ obligationis, vt tunc dicatur nouus contractus, & noua solui debeat gabella. An verò per modum resolutiuum, aut vt alij loquuntur resolutorium, vt hoc casu non dicatur nouus contractus nec debeat solui noua gabella, nec nouum laudimium siue contractus sit adimpletus pro parte tantùm, siue ex vtroque latere, quia Doctores in hoc vim non faciunt, inquit Amed. post Bald. Iacob. Ias. & alios *in d. l. ab empt.* qui perstant in hac distinctione. Nec malè, si admittas quod illi volunt, non deberi laudimium nisi ex contractu. Nam sicuti defendunt ex quocunque contractu deberi dummodò iusto & habili ad transferendum dominium, Ita nec patiuntur deberi nisi ex contractu aliquo præcedente, Nemo autem dixerit retroditionem contractus esse contractum cùm sit distractus *l. 5 §. is quoque D. de oblig. & action. & dict. l. ab empt. in fin.* Vbi opponuntur ista quasi diametro vt nouæ quædam obligationes inter eos contrahantur. Nos verò qui priorem propositionem falsam esse iam ostendimus, etsi posteriorem veram esse non negamus, quia nuda traditio nunquam transfert dominium sed iustam eam esse oportet, id est habere titulum aliquem præcedentem eumque validum & à iure approbatum *l. nunquam nuda 31. De acquir. rer. domin. l. 3. De si vsusfr. pet.* Non possumus tamen admittere quod aiunt interpretes, Resolutionem contractus fieri posse citra nouum contractum quoties prior contractus effectum habuit re secuta. Repugnat enim iuris ratio, Repugnant omnes iuris loci qui hac de re tractant. Ipsa primùm ratio iuris. quia cùm nihil tam naturale sit, quàm vnumquidque dissolui eo modo colligatum est, vt habet regula. Non potest fieri vllius conuentionis potestate, vt resoluatur venditio quæ per traditionem rei venditæ, aut per solutionem pretij suum effectum habuit quin actum contrarium & retrosimilem sequi necesse sit, vt scriptum est *in l. 1. C. quand. lic. ab empt.* Ergo & aliquam retrouenditionem. Nam si retrotraditio tantum fiat rei venditæ & restitutio pretij nulla intercedente retrouenditione, Erit illa retrotraditio vtrimque nuda, & consequenter non erit habilis nec sufficiens ad transferendum dominium, quod neque prima traditio transtulisset si venditio nulla intercessisset. Ac proinde non erit actus retrosimilis priori, qualem esse oportet vt à priore contractu post rem secutam discedatur. Repugnat etiam Neratius *in dict. l. ab emptione in fin.* vbi ait, Illud plane conuentione quæ ad resoluendum id quod actum est pertineat perfici non posse, vt tu quod iam ego tibi præstiti contra præstare mihi cogaris, quia eo modo non tam hoc agitur, vt à pristino negotio discedamus, quàm vt nouæ quædam obligationes inter nos constituantur. Retrouenditio igitur hoc casu necessaria est, nec sufficit prioris contractus resolutio. Ac similiter Vlpianus ex Pomponio *in l. iuris gentium 7. §. adeò eod. tit.* cùm ait in emptione cæterisque bonæ fidei iudiciis posse abiri ab emptione in totum. Itemque partem etiam contractui pactione mutari posse, vt per eiusmodi reformationem quasi renouatus contractus videatur, putà si conuenerit vt res vendita decem aureis sit vendita quinque vel quindecim, cur bis addidit ea verba *renondum secuta*, nisi vt doceat, Re vtrimque secuta nihil esse quod de contractus resolutione tractari iam possit, sed necessariam esse nouam obligationem nouúmque contractum vt à priore discedatur. Sed apertiùs Pomponius *in l. 2. D. de rescind. vendit.* postquàm dixit, Si rem quam à te emi eandem tibi à te pluris minorisve emero discessisse nos à priore emptione. Posse enim dum res integra est conuentione nostra infectam fieri emptionem, atque ita consistere posteriorem emptionē quasi nulla præcesserit Subiungit *sed non pos. ead. rat. vti post pretium solutum emptione repetita, cum post pretium solutum infectam emptionem facere non possumus.* Quid enim

enim aliud est non posse infectam fieri venditionem, quàm quod dicimus & contendimus, Non posse resolui? Quoties autem contractus sola conuentionis potestate resolui non potest, necessaria est noua conuentio nouúsque contractus per quem cogantur contrahentes omnia in integrum restituere. Nec aliud est quod *in dict. l.* 1. Gordianus rescribit, Post traditionem interpositam, nudam voluntatem non resoluere emptionem si non actus quoque priori similis retroagens venditionem intercesserit. Vbi malè Castrensis nudam voluntatem interpretatur eam in qua stipulatio non interuenerit. Finge enim quantùm voles interuenisse stipulationem in posteriore conuentione per quam id actum sit vt ab emptione perfecta post traditionem secutam solutumque precium recedatur. Nunquam assequeris vt ob eam causam resoluta emptio dici possit, non magis quàm si stipulatio nulla interuenisset, Cùm alia stipulationis potestas esse non possit nisi vt pariat actionem quam nuda pactio parere non posset. Aliud enim est parere actionem, aliud verò emptionem contractam resoluere. Et stipulatio potest quidem efficere vt cogendus sit promissor contractum resoluere per contrariam conuentionem, id est per retrouenditionem, sed non vt citra retrouenditionem prior venditio resoluatur. Neque verò in id comparatæ sunt stipulationes vt contractum qui nudo consensu perficitur possint aut perficere aut resoluere, sed vt verborum obligationem vel nouam inducant vel inductam dissoluant *l. prout.* 80. *D. de solut. vulg. l. nihil tam naturale* 35. *De regul. iur.* At nec illud verum est vt interposita stipulatione possit absolutè ac præcisè cogi alteruter contrahentium vt venditionem resolui patiatur. Nam ex ea stipulatione qua idipsum alteri promiserit, certum est non posse condemnationem fieri, litémve æstimari nisi in id quod interest *l. cùm stipulatus* 113. §. *vltim. De verbor. oblegat.* Nempe quia resolutio contractus fieri & contractus ipse facti magis quam iuris est post rem secutam cùm opus sit retrotraditione, vt omnes fatentur quæ ipsa facti est *l. consilio* 7. §. *vltim. D. de curat. furios.* Nemo autem siue ex bonæ fidei, siue ex stricti iuris contractu ad factum præcisè condemnari vnquam potest, sed ob non factum id quod fieri debuit ad id quod interest, vt toties inculcauimus ex *l. si quis ab alio* 13. *in fin. D. de re. iudic. l. stipulationes non diuiduntur* 72. *l. quoties quis alium* 81. *De verbor. obligat.* Nudam ergo conuentionem Gordianus intelligit, eam quæ nuda sit à traditione, siue aliqua stipulatio interuenerit, siue nulla. Quomodo Imperatores Dioclet. & Maximian, *in l. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* cùm dicunt traditionibus & vsucapionibus non nudis pactis dominia rerum transferri. Nuda pacta intelligunt ea non quæ steterint in puris finibus conuentionis, sed quæ destituta sint traditione, vt interpretes omnes consentiunt. Cùm non magis per contractum emptionis aut stipulationis quàm per simplex pactum sine traditione transferri dominium possit: quia inter modos transferendi dominidi dominij traditio quidem est & vsucapio, at non etiam stipulatio, aut alius contractus vllus qui consensu solo perficiatur siue bonæ fidei sit, siue stricti iuris. Et verò si per solam stipulationem ad resoluendum contractum interpositam resolui contractus, posset, sequeretur, nullum fore locum actioni ex stipulatu in id quod actoris interesset, quandoquidem non posset actor dicere sua interesse quòd resolutus contractus non fuisset, qui è contrario sola stipulationis potestate resolutus inueniretur. Exemplo ius quod scriptum est *in l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* Non posse pecuniam peti quam promiserat emptor si seruum ea lege venditum non manumitteret, quamuis manumittere noluerit, atque ita datam fidem rupisse videatur, cum potestate conuentionis posse manumittentis factum repræsentari optima ratione placuerit, quemadmodum *in dict. l. vlt.* legédum esse alibi docuimus. Quid enim potest venditoris interesse quod seruus manumissus non sit, cùm citra manumissionem ad libertatē peruenerit: Quid similiter interesse emptori, aut venditoris, quòd alteruter contrahentium resoluere contractum nolit, si contractus sit ipso iure resolutus: Vt ergo resoluatur venditio per posteriorem conuentionem etiam quæ munita sit stipulatione, cùm iam secuta fuit traditio ex parte venditoris, & absolutio pretij ex parte emptoris non tantùm necessaria est retrotraditio, & pretij accepti restitutio, sed ante omnia retrouenditio, quam postmodum cætera sequantur, vt actus contrarius sit in omnibus & per omnia retrosimilis priori. Nec enim fieri potest vt contractus qui non modò perfectus sit sed etiam impletus per mutuas præstationes hinc inde factas aut solo consensu contrario, aut per solas præstationes contrarias resoluatur; sed retroagi omnia necesse est. Dominium enim rei venditæ quod per traditionem fuit acquisitum emptori non nisi certis & legitimis modis potest ab eo discedere & recurrere ad venditorem, vt neque ad emptorem dominium pretij quod solutum fuit venditori, Inter quos modos neque nuda voluntas est, neque nuda traditio. Itaque si post eiusmodi retrotraditionem quàm nulla retrouenditio præcessisset, aut post retrouenditionem, quam nulla retrotraditio subsecuta esset, emptor vellet rem à se emptā quasi suam vindicare, posset vtique summo iure id facere, tanquam qui nihilominùs mansisset dominus, Et necessaria esset venditori priore casu doli exceptio, quoniam in dolo esset emptor qui post acceptam pretij restitutionem pergeret adhuc rem vendicare. Posteriore autem exceptio rei venditæ & traditæ: Nisi nouam, & iustam causam vindicandi possessor habeat, vt *in l. 1. §. vlt. De except. rei vendit.* Quarum tamen exceptionum vsus neque necessarius, neque vtilis esse posset resoluta prior venditio fuisset, ac dominium ab emptore recessisset. Omnis namque exceptio præsupponit actionem competentem. Actio autem in rem & vindicatio competere nulla posset emptori qui dominus esse desiisset, præsertim contra venditorem, qui dominus mansisset. Idque ita esset ex eo apparet euidentiùs, quòd ab Alexandro rescriptum est *in l. 3. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Si quis certa lege prædium vendiderit puta vt nisi reliquum pretium intra certum tempus solutum esset, prædium ad se reuerteretur, non habere illūm rei vindicationem, sed actionem ex vendito, si non precariam possessionem tradiderit, id est nisi sic tradiderit possessionem vt ea precariò tantùm esset penes emptorē. Nam si pactum hoc, etiam in ipso contractu & in eius ingressum appositū, quamuis per verba, vt apparet, resolutiua conceptum non potest eam vim habere vt ipso iure resoluat venditionem, & reddat venditori dominium quod ab eo per traditionem nudam posteriorem tametsi vallatam stipulatione si retrotraditio nulla sequatur? Nec enim minor est vis pacti in ipso contractu adhibiti, maximè verò in contractu bonæ fidei, quàm si stipulatio interuenisset *d. l. iur. gent. 7. §. quin. D. de pact.* Addi etiam potest quod Imp. Carus, Carinus & Numerianus rescripserunt *in l. cùm te 6. cod. tit.* Si quis fundum suum certæ rei contéplatione habita exiguo pretio in aliū transtulerit qui posteà promissi fidē implere

recusec,

recusét, non debere eam rem fraudi esse venditori, sed conuenire vt dominij ius quod habuit in suam causam reuertatur. Quod ita accipiendum est non vt ea dominij reuersio fiat ipso iure quasi resoluta traditione per solam pacti potestatem, sed vt ad reuersionem illam dominij & ad resolutionem traditionis, [illegible] etiam traditionem sequi necesse sit. Ideoque non ait lex, dominium ei vendite hoc casu reuerti ad venditorem ipso iure sed conuenientens esse vt re[illegible] atur [illegible] emptor [illegible] fempe[illegible] retrotr[illegible] vt sine vlla ludificatione [illegible]. [illegible] reddito vicissim pretio ven[illegible] per suam procati[illegible] & contumaci[illegible] quanti interest vend[illegible] quemadm[illegible] si ve[illegible] dere, qu[illegible] isset *l. si trad. 4. C. de [illegible].* Atqui n[illegible] nquites retrouenditi nem hoc casu Imperatore ext[illegible] un, sed tantum rei venditæ restitutionem. Fat[illegible], Ni[illegible] tum quia competebat in [illegible] specie actio ex vendito propter pactum in venditione adhibitum, Ex qua actione poterat sequi condemnatio non minus, quàm ex ea quæ competere posset ex retrouenditione si qua intercessisset. Et quamuis neque per eam actionem, neque per condemnationem exinde secutam possit transferri dominium, quia neque actio modus est dominij transferendi, neque condemnatio quam in pecunia numerata, huiusque æstimatione fieri semper oportet, Causatiuè tamen vt loquuntur & occasionaliter potest ea actio ante condemnationem inducere translationem dominij, Parato scilicet emptore fundum retrodare cum fructibus ad euitandam condemnationem, quam alioqui euitare nullomodo possit. Quare nec sic loquuntur Imperatores, vt dicant debere aditum iudicem præcipere ac iubere vt fundus restituatur cum fructibus (id enim non obtinet nisi in arbitrariis iudiciis) sed debere sua authoritate perficere, vt fundus cum fructibus restituatur sine vlla ludificatione, idest statim & citra frustrationem ac moram vllam, Comminata scilicet & imminente condemnatione, si ea per spontaneam rei restitutionem non impediatur: quo casu absoluetur quidem emptor sed postquàm satisfecerit venditori & ob hoc ipsum quod ei satisfecerit. Sunt enim iudicia omnia hoc modo absolutoria *§. vlt. Inst. de perpet. & tempor. act.* etiam pœnalia *l. hoc edicto 5. D. de public. & vectig.* Nec superioribus contrarium est quod hoc casu per solam retrotraditionem transfertur dominium, nulla quoque præcedente retrouenditione. Id enim fit quoniam hoc casu traditio non est nuda, sed causam habeat eámque iustam & retrouenditioni æquipollentem, idest actionem venditi, & metum condemnatiuus imminentis. Actionem verò illam venditi propter pactum in ipsa venditione interpositum quod parit actionem. At nos diuersam omnino speciem tractamus, in qua venditor rem tradiderit & pretium emptor soluerit, posteà verò inter eos conuenerit vt emptor rem retrotraderet, venditor pretium restitueret. Qua in specie dicimus etiamsi conuentio interueniat de retrotradenda re, ac reddendo pretio, non posse resolui venditionem, nec dominium rei venditæ ad venditorem recurrere etiam secuta retrotraditione & restitutione pretij, quin retrouenditio intercedat. Separamus enim retrouenditionem à pacto de retrotradendo adeóque magis etiã à pacto de retrouendẽdo, quemadmodũ nec Bart. ipse negat *ad l. vlt. D. de condict. caus. dat.* multum distare pactum de vendendo à venditione licèt vtrumque fiat nudo consensu, quia venditio habet consensum non modò præsentem, sed etiam in materia præsenti. Pactum autem de vendendo habet quidem consensum præsentem, sed circa materiam futuram, & quæ nondum est, ideóque nouo consensu est opus vt venditio contrahatur. Igitur quemadmodum traditio quæ facta esset in consequentiam pacti de vendendo, non eo minùs esset nuda & inhabilis ad transferendum dominium, quia pactum de vendendo non est iusta causa, cùm ius ciuile nulla pacta agnoscat, exceptis iis quæ ad nudorum differentiam legitima vocantur. Ita & retrotraditio facta ex causa pacti de retrotradendo, adeóque de re[illegible]do perinde nuda est, & consequenter transferre dominium nullomodo potest *l. nunquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin.* Proinde necessaria est retrouenditio quæ sicuti consensu nudo perficitur vt venditio, ita & æquè contractus est quia lex eum consensum habet & approbat pro contractu non etiam illum qui interuenit in pacto de retrouendendo, In eo scilicet quòd secutum sit venditionem ex interuallo. Nam si in contractu ipso venditionis, aut incontinenti adhibitum sit, cum sit illud pars contractus & pariat actionem potest iustam præbere causam secutæ traditioni vt ex ea retrotraditione dominium transferatur, & ad venditorem reuertatur vt *in d. l. cùm te*, & apertiùs *in l. 2. eod. tit.* vbi non proponebatur initum pactum de retrouendendo quod plerique interpretum putant sed duntaxat pactum de retrotradendo. Inter quæ pacta vel hoc maximè interesse arbitror, quod si traditio sequatur ex pacto de retrotradendo transferret dominium, etiam nulla intercedente retrouenditione, Non item si ex pacto De retrouendendo quamuis incontinenti apposito, quia vel ipsa pacti conc[illegible]io satis ostendit eam fuisse paciscentium & contrahentium voluntatem vt traditioni causam daret non pactum solum, sed contractus retrouenditionis. Concludendum igitur est, tone posse l[illegible] cum esse distinctioni interpretum, An posterior venditio facta sit per verba resolutoria, necne, cùm prior venditio consensu nudo perfecta est, nec fuit res secuta: Re autem secuta, præsertim verò si ex vtraque parte nullum resolutioni contractus locum superesse, sed necessarium esse nouum contractum vt etiam facta retrotraditione, pretioque restituto possit redire dominium ad venditorem, Nisi si quando retrotraditio fiat potestate pacti de retrotradendo apposito in priori venditione aut saltem incontinenti, vt *in d. l. 2. & 3. l. cùm te, 6. C. de pact. int. Empt. & vend.* Quid ergo si ex vna tantùm parte secutum sit implementum prioris contractus? Habet hic casus paulò maiorem & separatam dubitationem, de qua separatim disserendum est.

ERROR IX.

Si ex vna tantùm parte secutum sit implementum prioris contractus. Ad l. ab emptione 58. D. de pact.

POterat in hac quæstione dubitari an res dicenda esset integra eo solo casu, quo neutra ex parte secutum esset implementum, qui casus nullam omnino recipere dubitationem potest. An verò tùm quoque cùm ex alterutra parte secutum esset dumne ex vtraque, licèt postremum hoc Accursius noster neget *ad l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disced.* Sed quis vnquam credidisset, ex omnibus interpretibus fore aliquem vel vnum qui diceret quod interpretes nostri ferè omnes tam constanter asseuerant, Illo etiam casu quo implementum ex vtraque contrahentium parte secutum sit, esse adhuc adeò integra omnia vt nuda conuentione posteriore

prior contractus resolui ipso iure possit, dummodò posterior illa conuentio sit concepta & per verba in eam rem apta & idonea, & vt loquuntur resoluitur. Hoc enim est quod interpretibus nostris placet si Ameden à Ponte credimus *d. quaest. iaudim.* 38. quam sententiam ex eorundem interpretum opinione sic intelligere debemus si tamen retrodatio rei venditae secuta sit ex parte emptoris, & pretij restitutio ex parte venditoris. Quid verò fuit obsecro quod eos in errorem hunc tam absurdum inducere potuit. Vnum illud quantum ex Bartoli & aliorum Commentariis possum sonnicere quod ita responsum à Neratio facile putant *in l. ab emptione* 57. *D. de pact.* vbi postquam praefatus est, Nemini dubium esse quin ab emptione, venditione, locatione conductione, caeterisque similibus obligationibus & quibus qui consensu nudo perficiuntur, recedi possit integris omnibus cōsensu eorum, qui inter se obligati sunt, Subiungit Aristoni gratius eo ut [illegible] prudentes Iure consulto, hoc amplius [illegible] si ea quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitissem, & cùm tu mihi pretium deberes, conuenisset mihi tecum vt rursus praestitis mihi à te in re vendita omnibus quae ego [illegible] praestitissem pretium mihi non [illegible] debere desineret, quia, inquit, bonae fidei [illegible] quam haec omnia rediguntur, interpretatio hanc quoque conuentionem admittat. Et addit, Nec [illegible] quam interesse, vtrum integris omnibus in quae obligati essemus conueniret vt ab eo negotio discederetur, an in integrum restitutis his quae ego tibi praestitissem consentiremus ne quid tu mihi eo nomine praestares. Quibus verbis statuit apertissimè cùm de bonae fidei contractu resoluendo quaeritur sola conuentionis potestate nō tam illud inspiciendum esse an res sit integra, quam vtrum conuenerit vt restitutis in integrum omnibus à priore contractu discedatur. Et ita interpretes ferè omnes intelligunt. At ego longè aliter qui video interpretationem aut illationem hanc non magis Neratij verbis, quàm rationi iuris conuenire. Non enim casum illum tractat Neratius, quo pactum interuenerit ex postfacto & re secuta, de omnibus in integrum restituendis, vt nostri putant, sed quo pactum ita conceptum sit, vt emptor pretium non solueret postea quam venditori rem venditam iamque traditam restituisset. Quo casu certè verum est rem non esse integram cùm traditio ex parte venditoris facta sit licèt pretium ex parte emptoris nōdum fuerit solutum *l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disced.* quemadmodum si è contrario solutum sit pretium, licèt non fuerit res tradita *l. 2. D. de rescind. vendit.* Sed tamen illud quoque verum est, Aliquid esse adhuc integrum ex parte illius qui contractum non impleuit. Indéque fit, vt is qui ex parte sua impleuit, hoc ipso incipiat posse agere aduersus eum qui nondum impleuit, si venditor est qui impleuit, actione ex vendito contra emptorem, si emptor, actione ex empto contra venditorem *l. ex empto* 11. *l. Iulian.* § 3. *§. offerri & pass. D. de action. empt.* Quaestio igitur, quam tractat Neratius ad illum duntaxat casum pertinet, quo post implementum ex alterutra tantùm parte secutum conuenerit, vt retroactō eo quod actum fuerat, desinat esse obligatus is qui non impleuit, & qui per actionem bonae fidei poterat cogi vt ex sua quoque parte impleret. Non enim sic Neratius loquitur *si nos ea quae ex empto & vendito praestare vtrimque oporteret, praestitissemus, & cùm nihil amplius inuicem deberemus conuenisset inter nos vt retro praestitis & in integrum restitutis omnibus quae mutuò praestitissemus à petere emptione in totum recederemus*, quo casus [illegible] de quo disputamus, sed longè aliis verbis & in hunc modū *si*

ea quae me ex emptore praestare tibi oporteret praestitissē, & cùm tu mihi pretium deberes conuenisset mihi tecum vt rursus praestitis mihi à te in re vendita omnibus quae ego tibi praestitissem pretium mihi non deberes. Et in sequentibus non ait Neratius nihil interesse vtrum integris omnibus in quae obligati essemus conueniret vt ab eo negotio discederetur, an vero post [illegible] tum ex vtraque parte implementum conueniret [illegible] restitui [illegible] um omnibus prio[illegible] end[illegible] infecta ha[illegible]: quae propositio [illegible] ne fa[illegible] & Nerat[illegible] indigna. Sed [illegible] omnia [illegible] ex vtraque parte [illegible] quo de [illegible] venditione conue[illegible] ex vna [illegible] si conuene[illegible] qui ex pr[illegible] tractu [illegible] Di[illegible] ratio int[illegible] ter[illegible] ex altera tan[illegible] superest acti[illegible] qui [illegible] non impleuit. quae actio [illegible] de quandoquidem ex bonae fidei contractu proficiscitur, haud dubiè interpretationem recipere debet ex fide bona. [illegible] est quod ait Neratius omnia [illegible] bonam fidem redigenda esse. Bona fides autem [illegible] hanc conuentionem admittit, vt emptor qui rem venditam accepit vbi eam vēditori reddiderit desinat pretium debere, Non solùm quòd in eo nihil fiat contrà bonam fidē, sed etiam quòd bona fides non patiatur vt venditor qui res vendita quam tradiderat fuerit reddita pretiū adhuc petere possit: Ne alioquin eueniret vt & rē habeat & pretium, Quod neque in venditoris, neque in emptoris persona vnquam ferendum est *d. l. ex empto* 11. *§. qui autem l. bona fides* 50. *D. de act. empt.* Proinde si permittéremus venditori vt hoc casu ageret, nihilominùs contra emptorem ad pretium eo praetextu quòd & venditio iam perfecta ab initio & implementum ex vna saltem parte iam secutum fuisset, nemo vtique tam iniquus esset contra emptorem vt non ei exceptionem vel pacti vel doli accommodaret. Nam & dolo malo & contra pactum faceret venditor qui pretium petere etiam post rem suam receptam pergeret. Quo admisso illud quoque statim consequens fit vt nec ei actio dari vlla debeat, quasi nulla ei amplius competente, propterea quòd iudicius bonae fidei quale est ex vendito, exceptiones omnes insint non tantùm doli sed etiam pacti *l. 3. D. de resc. vend. l. sed et si* 21. *D. sol. matr. l. huiusmodi* 84. *§. qui fortum de l.* 1. Prodest igitur hoc casu nuda conuentio ad resoluēdum contractū bonae fidei quia prodesse potest ad inducendam exceptionem talem quę bonę fidei iudicio inesse possit, Quod sufficit vt contractus haberi possit pro resoluto, cùm sufficiat vt actio venditori competens ei sit deneganda, Quid enim aliod est resolui contractum, quàm in eum statum reduci in quo res erat priusquàm contractum esset, acsi contractus ille prior nunquam praecessisset, ita vt nihil iuris ex eo vel emptori superesset vel venditori. Sic sit vt per traditionem illam quam emptor venditori sponte fecerit ex conuentionis commodo possit ipse frui & pretium debere desinere, fatendum sit transferri dominium & recattere ad venditorem alioqui non esset contractus resolutus ex quo venditor dominium rei suae amisisset & emptor retineret, Illaque iniquitas emergeret in persona emptoris, quae ex in venditoris persona emergat, conuentionem hanc ex bona fide admittimus, vt & rei & pretij dominium emptor haberet: Quanam autem ratione hoc fiat difficilius videtur dicere cùm haec retrotraditio non solùm non fiat ex causa vllius retrouenditionis praecedentis, sed ne quidem ex causa alicuius conuentionis. In quo videtur hic casus differre ab omnibus praecedentibus.

de quibus superiore capite diximus. Non enim potuit Neratius sic initam conuentionem vt emptor cogatur venditori rem reddere, vt pretium quod ad hoc debet sibi retinere possit. (Hoc enim per pactum quod ad resolutionem contractus pertineat fieri nullomodo posse monet Neratius, sed necessariam esse nouam obligationem.) At vt præstita & retrotradita re vendita nihil pretij nomine ab emptore debeatur: In quibus verbis nihil est quod emptorem obliget, ne quidem naturaliter ad rem reddendam si nolit, & consequenter si reddat, spontanea retrotraditio est. Si spontanea inquies, Ergo & nuda, cùm aliam causam nullam habeat præter nudam emptoris voluntatem. Sed neganda consecutio est. Licèt enim non fiat ex necessitate pacti fit tamen in consequentiam & executionem pacti, adeò vt etiam quodammodo ex necessitate fieri videatur tam ex parte venditoris quàm ex parte emptoris. Ex parte quidem venditoris, quia non potest recusare quominus retrotraditionem ab emptore oblatam accipiat, Ne aliter sit in eius etiam potestate, vt priuet emptorem commodo & emolumento pacti ex quo scilicet pretij liberationem consequi non priùs possit, quàm rem vltrò retradiderit, Ex parte verò emptoris, quia licèt ei liberum sit rem non reddere, si pretium debere malit, si tamen liberationem sibi ex pacto velit quærere, cogitur ante omnia rem retrotradere, & quidem ex pacto, quia sic ferunt verba pacti. Et consequenter, non est nuda illa retrotraditio, quæ pro causa habet pactum quod licet non insit contractui ex parte agentis & ad agendum tanquam interpositum ex interuallo, inest tamen, vt ita dixerim, actioni non ad eam formandam, sed quod magis mirum est, ad illam extinguendam, sicuti aliquando accidit vt actio ex empto detur etiam ad distrahendam emptionem, vt Iulianus dicebat in specie *d.l. ex empto §. is qui vina D. de action. empt.* quoniam parit exceptionem quæ inest iudicio bonæ fidei, & quæ ideirco facit, vt contra emptorem non magis supersit venditori actio ex vendito ad pretium, quàm si ab initio & incontinenti, aut ex postfacto quidem, sed rebus omnibus integris contractus fuisset resolutus. Vt quemadmodum si contractus ab initio aut saltem rebus omnibus integris resolutus fuisset, nulla penitus ex eo competeret actio, cùm post resolutionem contractus ipso iure factam perinde sit atque si nulla emptio præcessisset *d.l. 2. D. de rescind. vendit.* Ita & cùm resoluitur post rem ex alterutra parte secutam, ipso iure liberetur is, qui in eum vsque diem fuerat debitor, dummodo prior ille pactum ex parte sua impleuerit. Vtrique enim casui commune illud est vt post resolutionem nulla supersit actio, nec vlla proinde necessaria sit exceptio. Sufficit enim enim ad resoluendum bonæ fidei vt ad eum statum reductus sit restitoris iia quæ iam præstita fuerant, vt si qua actio ex eo contractu superesset posset illa elidi per exceptionem pacti, vel quæ ei subsidiaria est per exceptionem doli. At cùm ex vtraque parte res secuta est, & mutuæ præstationes factæ, nulla iam superest actio ex contractu quæ scilicet neutri contrahentium potest competere nisi ad hoc vt fiat quod ex natura contractus hinc inde fieri debet. Ac quamuis post impletum in omnibus contractum non eo minùs contractus maneat, tamen neque actio vlla superest, non solùm quòd iam desierit interesse vtriusq;, sed etiam quod obligationis vinculum ipso iure dissolutum sit solutione ac præstatione eius quod debeatur. Cùm solutio sit modus naturalis tollendarum obligationum omnium *l. pen. D. de solut.* Vel ex ipsa diffinitione obligationis, quæ nihil aliud esse dicitur à Iustiniano, quàm iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ causa. Cùm itaque per solutionem & mutuas præstationes vtrimque factas tota obligatio empti & venditi sublata sit nihil iam superest quod de obligationis illius resolutione tractari possit, estque necessariò descendendum ad nouas obligationes nouùmque contractum si id agere contrahentes velint vt à toto negotio quod non modò perfectum sed etiam vtrique impletum fuit, recedatur. Nec aliter sensisse videtur Paulus Castrens. *ad d. l. 1. C quand. lic. ab empt. disced.* cùm ponit emptorem sponte tradidisse rem venditori, & è conuerso venditorem sponte restituisse pretium emptori. Tunc enim, inquit, conuentio resolutiua benè operaretur in his quæ restabant agenda, quia tollit hinc inde obligationem & actionem ipso iure, alias pro non facta haberetur. Ita significans nullam posse vim esse conuentionis resolutiuæ nisi quod ad ea pertinet quæ restabant agenda conuentionis tempore: Vt proinde fatendum si ex ipsius sententia si iam tùm nihil restabat agendum, nullam quoque futuram potestatem eiusmodi conuentionis. Sed in eo tamen labitur magnus ille, vir cùm cæteris interpretibus, quòd ponit contractum venditionis impletum fuisse ex vtraque parte. Nam cùm id accidit, quid obsecro agendum superesse potest? Nihil planè. Nec enim actio ex empto aliam præstationem vllam habet nisi vt venditor rem tradat, nec rursum actio ex vendito nisi vt emptor pretium soluat, Ergo si & res tradita sit à venditore, & pretium solutum ab emptore cùm nihil agendum restet, consequens omnino est vt nulla supersit obligatio quæ resolui possit, vtque ad retroagenda omnia per actum contrarium retro similem, necesse sit interuenire retrouenditionem cuius potestate sequatur retrotraditio ex parte emptoris, & pretij restitutio ex parte venditoris. Et in hoc quoque errauit Castrensis quod credidit, si post impletam ex vtraque parte venditionem emptor sponte rem reddiderit venditori, & venditor pretium emptori, ante interpositam conuentionem resolutiuam, posse dominium rei venditæ recurrere ad venditorem, & dominium pretij soluti ad emptorem: quod nos negamus, quia in hoc casu traditio & rei & pecuniæ nuda est & inhabilis ad transferendum dominium, quod tamen transferri & reddi necesse est, vt dominium rei venditæ quod à venditore abscesserat, ad eum redeat, itémque ad emptorem pecuniæ pro pretio solutæ. Quis enim credat solam illam vtriusque contrahentium voluntatem spontaneam posse iustam esse causam dominij transferendi? Non magis vtique quàm si ab initio vellem ego transferre in te dominium fundi mei Corneliani, & tu in me dominium centum aureorum nulla præcedente venditione *dict. l. nunquam nuda 31. D. de acquirend. rer. domin.* Sed fefellit Castrensem vt & cæteros interpretes responsum illud Neratij *in dict. l. ab emptione,* vbi tractatur quidem de retrotraditione quæ sponte facta sit, sed ab altera tantùm parte non ab vtraque vt ostendimus. Afferunt etiam interpretes post Bartolum quod scriptum est *in dict. liber iuris geminum 7. paragrapho adeò autem eodem tit.* vbi tamen nihil tale reperias. Admitti enim Vlpianus posse etiam ex interuallo sic pactum fieri vt ab emptione perfecta discedatur siue in totum siue ita vt pars eius reformetur, & quodammodo quasi renouatus contractus videatur. Sed vtrumque ita demùm si res nondum secuta sit, tantùm abest, vt velit Vlpianus sententiam suam obtinere eo casu quo res iam secuta fuerit, & contractus impletus ex vtraque parte, Primus Aristo fuisse videtur qui opinionem illam induxit quæ à Neratio refertur & probatur *in d. leg. ab empt.* Vt non tantùm rebus omnibus integris, de quo non erat qui dubitaret, sed etiam post

implementum ex alterutra parte secutam, possit nihilominùs conuentione fieri vt restituta priùs venditori ea re quæ iam fuerat ab eo tradita possit resolui obligatio empti & venditi vt liberetur emptor & pretium debere desinat: quod ante Aristonem dixerat nemo. Amplius putabat Aristo vt solent viri magna authoritate præditi ab ea sententia quam ipsi induxerint feliciter receptam viderint, in aliam facilè progredi audaciorem, Posse per pactum etiam ex interuallo appositum fieri vt in emptione & venditione qui contractus est vltrò citróque obligatorius, vnus duntaxat contrahentium maneat obligatus, quemadmodum refert Pomponius *in leg. 1. D. de rescind. vendit.* quo tamen loco docet non esse veram hanc Aristonis sententiam, quia pro vna tantùm parte contrahentium abiri pacto ab emptione non possit, Et ideò si ab vna duntaxat parte contractus renouatus sit, dicendum esse non valere huiusmodi pactionem: quoniam cùm hic contractus vtrimque obligatorius sit, mutuasque præstationes habeat, necesse est vt vel vtraque parte constet, vel ex vtraque resoluatur, Nisi cùm ea ratio iuris per aliam rationem potentiorem non per solam contrahentium voluntatem impeditur, vt cùm pupillus sine tutoris authoritate paciscitur, Nam ipse quidem liberatur, non etiam is qui cum eo pactus est *dict. l. 1.* Nempe quoniam iuris ciuilis regule & constitutio est, Pupillus sine tutoris authoritate obligari non posse *leg. contra 28 D. de pact.* ideóque si pupillus ab initio emisset aut vendidisset absque authoritate tutoris, claudicaret contractus, nec esset pupillus obligatus, & nihilominùs haberet alium obligatum *leg. Iulianus 13. §. si quis à pupillo D. de action. empt.* Nec Pomponio contradicit aut falsam Aristonis sententiam adiuuat quod Iulianus respondit *in leg. si conuenerit 56. De pact.* si conuenerit ne dominus à colono quid peteret ac iusta causa conuentionis fuerit, nihilominus colonum à domino petere posse. Nam præter id quod non de pacto de non petendo, cuius ee tantòm potestas est vt exceptionem præbere queat non etiam contractum resoluere, Requirit Iulianus vt iusta fuerit causa talis conuentionis, sicut & Papinianus *in l. Stichum aut Pamphilum 91. §. naturalis D. de solut.* vt iustum sit pactum, id est vt sequentia explicant æquitatis vinculo sustentatum, quod cum accidit mirum non est pactum suas vires exercere, vt exceptionem parere possit, Et scilicet qui pactus est, non etiam alij contra quem pactum interpositum fuit Nihil vetat etiam in contractu qui sit vtrimque obligatorius vni ex contrahentibus acquiri exceptionem aliquam siue pacti siue aliam, non etiam alteri, vt fusiùs à nouis explicatum est in Rationalibus ad illam legem Aristonis exemplum secuti sunt interpretes nostri sed ad inducendum errorem nouum, & quem Aristo nunquam probasset. Nam cùm Aristo & post eum Neratius hoc tantùm scripsisset *in d. l. ab emptione*, Posse abiri ab emptione etiam re secuta ex alterutra parte, vt qui ex contrahentibus adhuc manet obligatus ex altera parte ipso iure liberetur, dummodo concepta pactio sit ad eum modum qui expressus est *in d. l. ab emptione*, Nostri sic extendere voluerunt vt idem admittendum sit etiam eo casu quo vtrimque contractus impletus iam fuerit, Quasi eadem sit ratio vtriusque casus, quia diuersitatis rationem quam attulimus, non perceperunt. Ergo vt pactum resolutorium re iam secuta interpositum, vires aliquas habere possit, illud primùm exigitur, vt res non sit secuta ex vtraque parte sed tantùm ex alterutra, vt supersit aliqua obligatio quæ resolui possit ex illius parte qui adhuc mansit obligatus. Deinde pactum interponi oportet antequàm retrotraditio sequatur, Posteà retraditionem vltrò fieri necesse est ab eo qui pacto iuuari velit & consequi liberationem. Tum verò facta retrotraditione sequitur liberatio, vi & potestate solius pacti resolutorij, & desinit emptor pretium debere quod debuerat, non in diem vsque pacti, sed in vltimum vsque instans factæ retrotraditionis: Quo demùm instanti contingit liberatio ipso iure, & pactum vires suas exerit, non autem eo instanti quo interponitur. In quo differt à pacto resolutorio quod interpositum sit rebus omnibus integris, quoniam eo casu idem est instans pacti resolutorij & factæ resolutionis, cùm nihil obstet quominùs eo ipso instanti resolutio fiat, quæ tamen ne perinde fieri possit in ipso instanti pactionis adhibitæ ex interuallo re iam secuta ex altera parte hoc ipsum impedimento est quod iam res secuta fuit, nec amplius est integra: Quemadmodum ergo secutum ex vna parte implementum facit ne statim resolui contractus possit, & impedit resolutionem quousque secutus sit actus contrarius implemento, Et eo quoque tempore non aliter potest inducere resolutionem, quam si pactio præcesserit actum illum contrarium & aliqua obligatio supersit adhuc ex parte altera, Ita fatendum necessariò est, si implementum ex vtraque parte secutum sit ante pactionem interpositam, non posse fieri locum resolutioni, Non solùm quòd nulla supersit obligatio, quæ resolui queat, sed etiam quia fieri non possit, vt hoc casu pactio procedat, quam scilicet conferri necesse esset in id tempus, quo secuta esser vtrimque retrotraditio, ac proinde quo effectu ipso iam essent omnia in integrum restituta, citra vllam contractus resolutionem. Hoc etiam admisso quod volunt interpretes vt ex illa retrotraditione dominium transferri vtrimque posset: quod tamen nos negamus. Itaque quod ex Aristone scribit Neratius *in dict. leg. ab emptione*, Nihil interesse verum integris omnibus in quæ obligati ambo essemus conueniret vt ab eo negotio discederetur, an in integrum restitutis his non quæ inuicem præstitissemus, sed quæ ego tibi præstitissem, consentiremus ne quid tu mihi eo nomine præstares, non adeò generaliter & absolutè accipiendum est, quasi nihil penitus intersit, Sed ita vt nihil intersit quantùm ad effectum sed intersit tamen quantum ad tempus & instans factæ resolutionis.

ERROR X.

Quid intersit an res secuta sit ex parte venditoris tantùm, an ex parte emptoris, cùm de laudimiis disputatur.

SI vera sunt, vt esse credimus, ea quæ superiore capite disputauimus, facilè est intelligere quid ex iis inferamus. Nam cùm interpretes omnes velint ex contractu resoluto nulla deberi laudimia non solùm si rebus omnibus integris contractus fuerit resolutus, siue incontinenti siue ex interuallo, sed etiamsi resolutus sit ex post facto & re iá secuta quamuis ex vtraque parte, dummodò facta sit pactio per verba apta & idonea ac merè resolutoria vt concludit Amedeus à Ponte *dict. quæst. laud.* 38. Nos contrà defendimus laudimiū deberi quoties implementum venditionis secutum est ex vtraque parte, propter translationem dominij quæ hoc casu sic facta inuenitur, vt sit amplius libe-

rum

rum contrahentibus nisi nouis obligationibus constitutis adeóque per retrouenditionem à contractu resilire. Id enim consequens est ei quod tam sæpè diximus, & rursum toties inculcandum erit, Deberi laudimium ex omni contractu ex quo dominium translatum sit per apprehensionem possessionis secutam. In eóque nostri faciunt certè iniuriam domino directo cùm in arbitrio contrahentium ponunt vt quæsitum ei ius petendi laudimij auferant per pactionem cuius potestate resolui contractum veline etiam ex postfacto, etiam re secuta, sicut è contrario fauent ei suprà modum cùm defendunt, Ex contractu simplici qui non sit resolutus deberi laudimiũ etiam traditione non secuta. Quid ergo si neque resolutus sit contractus, neque res adhuc secuta sit ex vtraque parte, sed ex altera tantùm siue emptoris siue venditoris. Medius hic casus est, qui proinde nouam recipit dubitationem, Ex qua tamen facilè nostri se expediunt. Nam qua ratione aut potiùs qua fronte putant, Ex simplici quoque venditione dum ne resoluta laudimium deberi, quòd in contrahentium potestate esse non debeat vt à contractu perfecto resiliant in præiudicium domini directi, per quem non stet quominùs apprehensio possessionis sequatur, quæ laudimij præstandi necessitatem induceret: Eâdem quoque vi mouentur vt idem sentiant etiamsi ex alterutra tantùm parte secutum sit implementum. Nec abs re. Multò enim maior ratio facit pro domino cùm ex alterutra parte contractus impletus est, quàm cùm ex nulla. Neque verò solent prudentes nostri distinguere an ex parte emptoris an ex parte vēditoris res secuta sit, cùm vtroque casu admittant non esse amplius rem integram, nec magis si emptor pretium soluerit, *l. 2. D. de rescind. vendit.* quam si venditor venditam rem tradiderit *l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disced. l. ab emptione 58. D. de pact.* Nos verò in cæteris quidem iuris partibus idipsum de hoc sentimus quod prudentes senserunt: Sed in tractatu de laudimiis qui fuit illis incognitus, nouam distinctionem inducere cogimur, quę iudicio nostro non esset noua si quęstio ipsa fuisset à prudentibus tractata Dicimus itaque multum referre, cùm de laudimiis quæritur, an emptor contractum impleuerit, an venditor, id est an pretium solutum sit per emptorem, an res tradita per venditorem. Implet siquidem contractum venditor ex parte sua, cùm rem tradit, emptor cùm pretium soluit aut eo nomine aliter satisfacit venditori *l. ex empt. 11. & seqq. D. de action. emp. l. quod vendidi 19. l. vt res 53. D. de contr. empt.* Si venditor rem tradiderit, necdum tamen emptor pretium soluerit non dubito quin laudimium ea venditione directo domino debeatur. Sin emptor pretiũ soluerit nec tamen venditor adhuc rem tradiderit, nego laudimium vllum deberi. Et diuersitatis huius quæ nemini hactenus, quod sciam, in mentem venit, rationem illam affero, quòd licèt vtroque casu perinde verum sit non esse ampliùs rem integram: priore tamē casu translatum fuit dominium per traditionem quamuis nondum soluto pretio si modò fides de eo habita sit *d. l. quod vendidi & d. l. vt res.* Aut si translatum non est dominium quia nihil horum factum sit, translata saltem est possessio per verum dominium, & quidem ex ea causa quæ per se habilis sit & idonea ad dominium transferendum. Proinde negari non potest quin laudimium domino deberi cœperit, Vbi autem cœpit ad eum pertinere nulla ratio est propter quam aut deneganda ei sit petitio, aut differenda in id vsque tempus quo pretium ab emptore soluatur. Cùm etiamsi nunquam vellet emptor soluere nihil tamen ea res domino posset nocere quia non eò magis fieret vel dominium vel possessio quam venditor per traditionem amisisset ad eum aut ipso iure aut actionis potestate recurreret. Denique laudimij præstandi causa iam nata ad non causam redire nunquam potest. Quidni ergo statim laudimium & debeatur, & peti possit? Posteriore autem casu non potest solutio pretij facere vt ob id solum quod res integra esse eo modo desierit, laudimium deberi dicendum sit cùm ex pretij solutione nihil inferri possit ad necessitatem traditionis faciendæ, nec proinde ad translationem vllam siue dominij siue possessionis. Inducit enim ea solutio actionem duntaxat ex empto, quàm exinde proponere & exercere emptor potest contra venditorem *l. Iulianus 13. §. offerri D. de action. empt.* & quidem ad hoc vt res tradatur, sed per quam tamen non possit ab inuito venditore traditionem extorquere, si per procaciam & contumaciam suam malit venditor præstare quanti emptoris ob eam causam interest quàm rem tradere, vt disputauimus in præcedentibus ex *l. si traditio 4. & l. cum venderem 10. Cod. eod.* Itaque etiam post solutum pretium nihil causæ est cur laudimium debeatur, cùm neque vlladum facta sit translatio siue dominij siue possessionis, neque certum sit vnquam factum eam iri. Et quamuis facile possit accidere, quod & plerumque accidit, vt malit venditor rem tradere quàm pati condemnationem eius quod interest, cuius æstimatio pretium egredi vt plurimùm solet *l. 1. D. eod.* non potest tamen ea res sufficere vt laudimij obligatio & præstatio repræsentari debeat, sed satis domino directo esse debet, quod quoties dominij vel possessionis translatio exemptionis contractu facta erit, certam laudimij petitionem habiturus sit. Atque in hoc minoris potestatis est ex parte emptoris actio empti, quàm sit ex parte venditoris actio venditi. Nam venditor qui rem tradidit consequi potest per actionem ex vendito vt emptor præcise condemnetur ad soluendum pretium: Etsi enim solutio pretij non minùs quàm rei venditæ traditio est facti *l. consilia 7. §. vltim. D. de cu. at. furios. l. 1. Cod. de probat.* ad factum autem nemo vnquam precisè condemnandus est Excipitur tamen causa solutionis faciendæ in pecunia numerata, quia cùm pecunia numerata non solum ex earum numero sit quæ functionem recipiunt in quo genere, quod non sufficeret, sed etiam hoc amplius habeat, quod ex re qualibet confici per venditionem potest *l. 4. §. at prætor l. à Diuo Pio 15. §. in venditione & seqq. D. de re iudic.* nihil facilius est quàm vt per actionem ex vendito pretij solutio ab inuito emptore extorqueatur, non in qua factum ipsius aliquod versetur, quasi pecuniam ipsam manibus suis numerare cogendus sit, sed imperata venditione bonorum emptoris, cuius factum eo casu per factum iudicis commodè repræsentatur, & in vicem iustæ obligationis succedit ex causa authoritas iubentis *l. si ab causam 13. C. de euict. l. 1. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Facilius ergo est vt contractus venditionis iam impletus ex parte venditoris habendus sit pro impleto etiam ex parte emptoris antequàm pretium ab eo solutum sit, quàm è contrario impleta emptio ex parte solius emptoris habenda sit pro impleta etiam ex parte venditoris ante rem traditam. Res enim nondum tradita vt nunquã tradatur fieri facilè potest. At pretium nondum solutum vt nunquam soluatur fieri nequit, licèt emptor id soluere nunquam velit. Inde igitur est quod post rem traditam, licèt pretio, nondum soluto laudimium domino deberi admitto. At soluto tantùm pretio, necdum re tradita laudimium nullum deberi contendo. Sed obiicies fortasse si subtilis es (scribo enim ista subtilibus, sed veras non fucatas & inanes subtilitates amantibus) tum quoque cùm traditio per venditorem facta est non esse certum fore vt laudimium debeatur, cùm in eo adhuc res sit, vt abiri

possit ab emptione ac totus resolui contractus. Fortè si inter contrahentes conueniat vt retrotradita re per emptorem, desinat emptor debere pretium venditori. Hoc enim est quod proximo capite dicebamus ex *l. ab emptione 58. D. de pact.* Nihil interesse vtrum integris omnibus in quæ obligati essemus conueniret, vt à toto negotio discederetur, an vt retroacta traditione quam ego tibi fecissem consentiremus, ne quid tu nihil eo nomine præstares. Atqui fatentur omnes & nos non negamus, si contractus ab initio & integris omnibus resolutus fuisset, fore vt nullum ex eo deberetur laudimium quoniam resoluta venditio perinde habenda sit ac si nulla vnquam præcessisset *d. l. 2. D. de rescind. vendit.* Quin & sententiæ interpretum nos aliquid hac parte addimus, quia ex iis non desunt qui putent, Etiam cùm integris omnibus contractus resolutus est si quæratur an laudimium debeatur distinguendum esse an incontinenti ea resolutio facta sit an ex interuallo, quasi difficilius sit vt ex interuallo facta resolutione desinat laudimium deberi, quod illi debitum esse putant ex simplici quoque venditione, vt videre est apud Amed. à Pont. *d. quæst. 38. circ. prin.* Nos contrà generaliter & indistinctè admittimus nullum penitus deberi ex contractu qui resolutus sit omnibus integris, quantumlibet ex interuallo. Cur non ergo æquè concedimus nullum deberi ex contractu qui perinde resolutus sit ipso iure per pactum ex interuallo appositum quamuis traditione iam secuta? Fiet autem obiectio fortior, si addas, quod nos non negabimus, supradictam Neratij sententiam quæ Aristonis primùm fuit non eo tantùm casu locum habere quo res secuta sit ex parte venditoris tantùm, facta scilicet per eum rei venditæ traditione, Sed illo etiam quo implementum è contrario secutum sit ex parte solius emptoris pretio per eum soluto. An non enim vtroque casu eadem iuris ratio est, & eadem potestas pacti? Aut cur facilius sit vt emptor desinat ipso iure debere pretium post rem à venditore traditam & eidem postea restitutam, quàm vt venditor desinat obligatus esse ad rem tradendam post solutum ab emptore pretium, quod ei subinde restitutum sit à venditore? Igitur cùm admittamus nullum deberi posteriore hoc casu laudimium, quidni etiam idem concedimus priore? Non insubtilis certè obiectio est, Sed quæ tamen ex iis quæ iam diximus dilui facilè potest. Nec n. cùm de laudimiis quæritur illud inspiciendum aut curandum est an contractus sit resolutus necne. Sed illud solùm an ius aliquod vnquam fuerit quæsitum domino directo vt si quæsitum sit vel vno instanti nulla contrahentium pactione tolli & adimi ipsi debeat, si verò nullum quæsitum sit, libera maneat contrahentibus & impunita contractus resolutio, quamdiu in eo statu res est vt ex iuris ratione contractus resolui & infectus fieri possit, Siue integra manserint omnia, vt *in d. l. 1. C. quand. lic. ab. empt. disc. d. l. 1. & 3. l. cùm emptor 5. §. 1. D. de rescind. vendit.* siue res iam secuta quidem sit sed ex vna tantùm parte vt *in d. l. ab emptione.* Itaque cùm dicimus, quod interpretes volunt, Ex contractu qui rebus omnibus integris resolutus sit nulla laudimia deberi. Non illa potissimùm ratione mouemur qua mouentur interpretes, quòd cõtractus ipso iure sit resolutus, & pro infecto habẽdus, sed quia resolutus sit eo tempore quo nullum domino ius petendi laudimij competebat. Similiter cùm dicimus, Ex contractu emptionis etiam re secuta sed ex parte emptoris tantùm id est soluto per emptorem pretio, nondum autem traditione per venditorem facta laudimium quoq; nullum deberi siue manente siue resoluto contractu, ad id duntaxat respicimus, quòd nihil habeat commune solutio pretij cum iure domini directi, cùm laudimia non propter solutionẽ pretij sed propter traditionem & inuestituram debeantur, Vt proinde verum æquè sit hoc casu dicere nullum adhuc petendi laudimij ius domino acquisitum fuisse, neque certum esse acquisitum vnquam iri. At cùm defendimus quod interpretes negant deberi laudimium ex emptione quoties secuta res est non solum si ex vtraque parte sed & si ex parte venditoris tantùm, traditione per eum facta, licèt pretio nondum per emptorem soluto, adeòque tametsi post eam traditionem resoluta sit emptio per pactionem conceptam secundum Aristonis & Neratij sententiam *in dict. l. ab emptione.* Mouemur ratione illa certissima & inconuincibili quod negari non possit quin per traditionem à venditore factam ius quæsitum sit domino petendi ac consequendi laudimij cùm exinde emptor factus sit dominus & possessor aut saltem possessor ex ea causa quæ per se iusta sit & habilis ad dominium transferendum. Quod vnum inspiciendum est vt sciamus an laudimium debeatur. Porrò vbi semel cœpit deberi, nulla ratio est cur domino ius suum auferatur ex sola contrahentium pœnitentia & voluntate, *l. vltim. D. de pact. l. in insulam 41. §. vltim. D. solut. matrim.* Quod tamen contingeret si esset in eorum arbitrio vt quia nondum solutum esset pretium, possent liberè ac impunè emptionem resoluere in præiudicium domini Hoc enim addendum est, ne quis fortè putet nos existimare vt propter interpositum ius domini directi prohibeantur contrahentes resilire à contractu iis casibus quibus permissa sit ex iuris ratione contractus resolutio. Etenim quod ad contrahentes pertinet, quidni liceat eis vti iure communi etiamsi de re feudali aut emphyteuticaria contraxerint, ac si de re libera & allodiali contraxissent? Præsertim cùm hodie bona feudalia & emphyteutica ex generali consuetudine redacta sint ad instar patrimoniorum, Vt in eius tractatus initio præfati sumus. Perinde igitur possunt hodie contrahentes sic pacisci vt emptionem resoluant, iis omnino casibus in quibus olim idipsum obtinebat, Satisque est domino ius suum conseruari vt in eius dispendium non vergat, quod à contrahentibus etiam bona fide & permittente iure factum fuerit. Nec enim laudimia in pœnam debentur, vt monuimus, sed in præmium inuestituræ & admissi in possessionem noui emphyteutæ At rursum hæc eadem ratio facit vt non vsque adeò fauendum sit contrahentibus, vt domini ius, quod omnium antiquissimum est lædatur, Dummodo tale ius sit non quod possit competere sed quod iam competat, Ne alioquin, dici paulatim incipiat quod vix adhuc quisquam dicere ausus est, Ex contractu conditionali etiam priùs quàm conditio extiterit, laudimia peti posse, ob id solùm quòd conditio possit existere, cùm tamen possit etiam non existere, Aliter nec conditio esset. Quo exemplo dicendum etiam est, siue simplex venditio facta sit quam neutra ex parte implementum secutum fuerit, siue secutum quidem sit implementum sed ex parte emptoris tantùm soluto per eum pretio, nulla posse adhuc deberi laudimia quandiu traditio & apprehensio possessionis secuta non est, quamuis sequi possit, quia potest & non sequi, aut propter contumaciam venditoris nolentis rem tradere, aut quòd mutuo partium consensu re adhuc integra vel ex vtraque vel ex altera tantùm parte possit in totum abiri ab emptione, Sed si neque simplex venditio facta sit ob secutum iam implementum aliquod, neque ex parte emptoris in pretij solutione implementum secutum sit sed ex parte venditoris tantum qui rem tradiderit, Dicimus laudimium domino deberi, & quidem ita vt citra domini voluntatem non possit desinere deberi, quoniam eo tempore traditionis factæ ita quæsitum

ius

fus est domino vt non magis possit desinere quæsitum esse, quàm illud fieri vt facta traditio pro infecta fiat. Imò, in quies, licet traditio sit facti etiam ipsa tamen pro infecta haberi potest, & haberi eam necesse est quoties post traditionem contractus resoluitur, vt in specie *d. l. ab emptione.* Quidni ergo dicemus in eadem specie laudimium quoque quod semel deberi cœperat desinere deberi. Sed aperta dissimilitudinis ratio est, quia nihil absurdi est infectam fieri traditionem quantum ad contrahentes qui eam infectam haberi volunt. Non item quantùm ad dominum cuius voluntas nulla & factum nullum in pactione contrahentium ... it. Atque ita Castrensis quoque sentit ... l. C. *quand. lic. ab. empt. disced.* nisi quòd ibi ... loquitur de laudimio vt supra iam obser... , sed de gabella quam statutum aliquod ... Bononiæ, deberi velit ex quocumque ... u. Quamquam & quod diximus, Etiam ... licet sit fa... p... u infecta haberi posse ... t ad contrahentes, non sic accipi volumus vt factum ipsum tradendi pro infecto habeatur, quod vtique nulla iuris aut hominis arte fieri potest, sed tantùm quod ad iuris effectum, vt dominium quod à venditore abscesserat, ad eum reuertatur, nec tamen sola pacti potestate sed potissimum retrotraditionis quam diximus necessariò debere interuenire vt ex pacto ante retrotraditionem facto, resolutio sequi possit. Itaque si verum amamus non tam effectus prioris traditionis tollitur, quàm nouus retrotraditionis effectus inducitur, dominio venditori restituto per emptorem quod fuerat illi prius acquisitum. Proinde non abs re dubitari magis possit an hoc casu duplex laudimium debeatur quàm vt quis eum interpretibus putet ne vnum quidem deberi. Si enim duplex sit traditio duplexque dominij & possessionis translatio, quidni multiplicatio traditionum inducet multiplicationem laudimiorum? Sed digna rectè quæstio est quæ tractetur diligentiùs, & in sequentem Decadem ne hic longiores simus, differatur.

ANTONII FABRI I.C.

Decas nonagesimasexta.

ERROR PRIMVS.

An ex resoluto contractu laudimium debeatur, & an simplex an duplex.

DISPVTARI solet à nostris hæc quæstio quoties ant de gabella tractant, aut de laudimio, An ex resoluto contractu aliquod debeatur, & an simplex gabella. Ac primùm in eo omnes consentiunt vt debeatur, sine re non amplius integra, sine re quidem adhuc integra, sed ex interuallo contractus resolutio facta proponatur. Nam si incontinenti facta sit non negant quod nos volumus, Ex simplici venditione laudimium nullum deberi. Sic Amed à Ponte *quæst. laudim.* 38. post Ang. Castrens. Alex. & alios *ad l. iuris gentium* 7. *§ adeò autem D. de pact.* Iacob. Georg. *in tract. De reyd. num.* 29. & 33. Item in eo, vt ex ipsa contractus resolutione laudimium nullum debeatur: Ne tum quidem cùm ita conceptum esset statutum vt ex quolibet contractu laudimium deberetur. Contractus enim cuiuslibet resolutio non contractus est sed distractus *leg. ex empto* 11. *paragrapho is qui vina D. de action. empt. dict. §. adeò autem.* Ita Castrens. *ad l. nam* 8. *Cod. quand. lic. ab empt. disced.* Aliud autèm longè est contrahere, Aliud distrahere *leg.* 5. *§. is quoque D. de oblig. & action.* Habent enim se vt contradictoriè opposita. Postremo in eo, vt gabella vel laudimium debeatur ex contractu resoluto tantùm, & consequenter vt ex vnica duntaxat gabella debeatur, & vnicum laudimium, non duplex. Idque omnes indistinctè sentiunt. Nobis contrà videtur indigere rem aliqua distinctione. Quamquam enim non negari Resolutionem contractus non esse contractum, ideóque admittimus libenter quod illi volunt. Ex contractus resolutione quatenus resolutio est nullum deberi laudimium, ne quid amplius de gabella dicamus, cuius diuersa in plerisque ratio est: Contendimus tamen fieri aliquando posse, vt ex vno eodémque contractu resoluto duplex laudimium debeatur: nec nisi quibusdam casibus interpretum sententiæ locum esse. Nam si quidem contractus resolutio facta sit rebus omnibus integris, non dubitamus quin laudimium nullum debeatur, nec magis si ex interuallo quàm si incontinenti facta sit resolutio, vt superiore Decade & proximo capite disputauimus, quia neutro casu dici potest ius aliquod petendi laudimij acquisitum fuisse domino directo ante resolutionem, cùm non nisi ex translatione dominij vtilis aut saltem possessionis, vt tories diximus, obligatio laudimij nascatur. Si verò res desierit esse integra, non quidem ex vtraque parte, quo casu de resolutione contractus nihil tractari posset vt in præcedentibus ostendimus, sed ex alterutra duntaxat, dicimus multùm interesse an ex emptoris tantùm, an verò ex venditoris solius parte implementum secutum fuerit. Nam si ex parte emptoris tantùm qui pretium iam soluerit re nondum tradita per venditorem, Admittimus non inuiti, quod placet interpretibus duplex laudimium hoc casu deberi non posse, At non ratione illa quam ipsi afferunt, quod resolutus sit prior contractus, ex ipsa autem resolutione laudimium nullum debeatur, sed potiùs quòd nihil dum factum sit eorum, quæ fieri debuerant vt domino laudimium deberetur, non magis quàm si neutra ex parte secutum esset implementum, quia solutio pretij nullam inducit rei emphyteuticariæ translationem, neque quod ad dominium, neque quod ad possessionem, adeóque nec vllam eius translationem faciendæ necessitatem: Et ideò ab interpretibus in hoc ipso dissentio, quòd cùm illi simplex laudimium deberi velint, quippe quod debitum esse putent etiam ex simplici venditione nullo ex vtrauis parte secuto implemento, nos nullum deberi

beri patimur, ne dum fauere domino volumus, iniuriam emptori faciamus, aut etiam venditori aduersus quem habiturus esset regressum emptor si laudimium soluere coactus fuisset. Quòd si ex parte venditoris tantùm res integra esse desierit ubi rem ab eo traditam emptori qui nondum pretium soluerit & emptio resoluta sit per pactum eo modo conceptum quo concipi Aristo & Neratius voluerunt *in l. ab emptione* 58. *D. de pact.* hic verò casus est, in quo defendimus, quod ante nos nemo dixit, quamuis vnica tantùm venditio sit, eàque penitus & ipso iure resoluta, duplex tamen laudimium deberi, sed quod magis mirere, neutrum ex venditione, neutrum ex resolutione, sed vtrumque ex traditione, quàm cum hoc casu duplicem interuenire oporteat, duplex quoque laudimium ob eam causam deberi necesse est. Illud enim semper supponendum est ex quo tanquam ex Princip. certissimo decidendæ sunt omnes istæ De laudimiis quæstiones, Laudimia deberi ex sola translatione dominij vtilis, aut saltem coniuncta translatione possessionis. Vbi autem eiusmodi translatio nulla facta est, nulla quoque laudimia deberi. In quo probando, quia totam fere superiorem Decadem consumpsimus, non est hic nobis diutiùs immorandum. Atqui cùm venditori rem tradidit & conuenit vt si retrotraditione eidem facta liberetur emptor ab obligatione soluendi pretij, nec quicquam eo nomine præstare teneatur qui casus est Aristonis & Neratij *in dict. l. ab emptione*, Non potest negari quin duplex traditio intercedat. Prima quæ a venditore facta sit emptori, & propter quam desierit res esse integra. Altera quæ ab emptore venditori per quam res tota in integrum restituatur. Nec illud rursum negari potest, quin per vtramque istam traditionem dominium transferatur simul cum possessione. Per primam quidem a venditore in emptorem, Per alteram autem retrò ab emptore in venditorem. Ac de prima nemo dubitat, si quod in proposita quæstione ponendum necessariò est, venditor fuerit dominus Traditio enim quæ ab eo fieri necesse est vt transferatur in emptorem possessio, transfert vtique hoc casu cum possessione dominium *l. ex empto* 11. *§.* 2. *D. de act. empt. l. tradit.* 20. *D. de acq. rer. domin.* quia dominium hoc casu à possessione separari non potest *l. per procuratorem* 8 *Cod. de acquir. possess.* Idque adeò verum est, vt si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore hoc est ante traditionem hæres domino rei extiterit, cogendus sit implere venditionem, vt loquitur Paulus *in l. si quis alienam* 46 *D. de act. empt.* id est non tantum possessionem transferre quem solam vendidisse videbatur, cùm alienæ rei dominium transferre in alium nemo possit, sed etiam dominium idque per traditionem perinde acsi ab initio & ipso venditionis tempore dominus iam fuisset: Nec enim recusare potest venditor quominus hodie rem tradat eo prætextu quod non possit hodie tradere, qui transferat dominium, quod tamen non transtulisset si cùm vendebat rem tradidisset, quasi plus hoc casu tradere emptor videatur, quàm fuerit venditum, & quàm præstare venditor debuerit initio contractus inspecto. Etsi enim non tenetur venditor actione ex empto ad hoc vt dominium transferat in emptorem sed tantum vt rem tradat ex qua traditione sequatur translatio possessionis *l.* 3. *in princ. &* §. 1. *& pass. eod. tit.* Non tamen consequens est vt qui rem aliquam etiam alienam vendit, solam eius possessionem vendere intelligatur. Vendit enim rem ipsam quæ ex proprietate & possessione constat tanquam ex duabus partibus integralibus, longéque alia res alia solius possessionis æstimatur est licèt præcipuû ac pene totum rei emolumentum in possessione consistat *l.* 3. *§. vlt. D. vti possid.* Vnde fit, vt qui rem [illegible] vendidit & tradidit obligatus sit de euictione [illegible] *empt.* § 1 *l. in vend* 60. *D. de euict.* quod dici non posset si non ad aliud quàm ad possessionis translationem teneretur. Nec iis assentiendum est qui supradictum Pauli locum de eo venditore intelligunt, [illegible] factus sit dominus. & hæres domino extiterit post [illegible] ctam traditionem. Repugnant enim illa [illegible] gis v[illegible] *& medio tempore ei hæres extiterit.* Duo enim du[illegible] xat tempora prudentes nostri hac in re agno[s]cun[t] Venditionis & traditionis *l. si alsana* 10. *in prin. & pen. D. de vsucap* aliàs *l. pen D. pro solut.* Pro[illegible] dium tempus non aliud esse potest quam q[illegible] quitur venditionem & præcedit traditionem [illegible] de illa *cogendus est implere venditionem.* N[illegible] aliud est impleri venditionem ex parte v[illegible] nisi rem tradere siue ex ea traditione sequ[illegible] latio etiam dominij, siue possessi[illegible] Vt namque per traditionem possessi[illegible] trans[illegible] verò principaliter primò & [illegible] se agitur Vt verò etiam dominium transferat[illegible] agitur, non tamen fit neq[illegible] ur, non [illegible] o e[illegible] quentias. Itaque si punc[illegible] o[illegible] re rei alienæ traditionem, [illegible] is do[illegible] hæ[illegible] tes extitisset, deinde hæ[illegible] ad hunc ipsum venditorem perue[illegible] non [illegible] tamen actio vlla superesset emptori con[tra] venditorem ad implendam venditionem per translationem dominij, quia iam semel tradendo eam impleuisset, nec fieri posset vt rem iam semel traditam iterum traderet emptori, nec rursus vt dominium post traditionem acquisitum transferret [illegible] la voluntate ac citra traditionem in emptorem, & idcirco nec prohiberetur venditor eam ipsam rem quam vendidisset ac tradidisset, suo iure vindicare si non aduersus eum danda esset hoc casu exceptio rei venditæ & traditæ, Quo solo remedio emptori aduersus venditoris, [illegible] risque iniuriam succurri potest *leg.* 1. *& pass. D. de except. rei vend. & trad. l. si a Titia* 72. *D. de rei vind.* Sed hæc ad Paulum obiter dicta sint, vt inferamus, quod ad institutam disputationem pertinet. Cùm ponimus implementum venditionis secutum ex parte venditoris, sic intelligere nos debere vt & traditio facta sit, & ex ea traditione translatum dominium quod fuerat venditoris. Quo admisso, illud etiam admittendum necessariò est, Per retrotraditionem quam emptor venditori fecerit ad resoluendam venditionem, æquè dominium translatum esse ab emptore in venditorem oportere, Alioqui non essent omnia in integrum restituta si non redderetur venditori dominium quod antè habuisset: quomodo tamen omnia in integrum restitui oportet vt perinde resolui possit contractus etiam re secuta, acsi integra mansissent omnia *d. l. ab empt.* 58. *de pact.* Nec est quod quis dicat, Non posse per hanc retrotraditionem transferri dominium, quasi nuda esse videatur nullo intercedente contractu retrouenditionis *l. nunquam nud.* 31. *D. de acq. rer. domin.* Non enim nuda dici potest quæ pro causa iusta habet pactum bona fide appositum circa contractum bonæ fidei ad contractum quoque ipsum ex bona fide resoluendum, vt proximo capite Decadis superioris docuimus Et cùm iam probauerimus non aliter posse ex pacto illo in integrum omnia restitui, quàm si dominium, quod per traditionem à venditore abscesserat, per retrotraditionem ad eundem reuertatur, vel ex hoc intelligimus per demonstrationem saltem à posteriori. Retrotraditionem illam nudam esse nullo modo posse. Non magis quàm si fieret ex potestate & necessitate præcedentis alicuius retrouenditionis. Ergo quemadmodum si aliqua retrouenditio interuenisset, nemo esset vel ex ipsis interpretibus qui dubitaret, quin laudimium

mium duplex deberetur, vnum ex venditione vt loquuntur, alterum ex retrouenditione, ita & in proposita specie dicendum est ex Principijs iuris, qui non ex contractu aliquo sed ex traditione tantùm quæ secuta sit deberi laudimium volunt, duplex in hoc casu deberi laudimium domino directo, Vnum propter priorem traditionem quæ ex venditione secuta sit, alterum propter subsecutam retrotraditionem, nulla etiam interposita retrouenditione. Si enim tantam potestatem habet illa retrotraditio ad reddendum venditori dominium, quantam habuerat prima traditio ad dominium illius rei in emptorem transferendum, Quidni eandem habet potestatem etiam in eo de quo quærimus, vt ex ea quoque perinde atque ex priore laudimium domino debeatur? Aut quid amplius est in priore quàm in posteriore cùm per vtramque non possessio solùm transferatur sed etiam dominium? Nam si differentiam ex eo velis petere, quod prior traditio habeat venditionem pro causa, posterior verò nullam habeat retrouendationem, Iam diximus non esse contractum inspiciendum sed traditionem, nec rursum an traditio ex aliquo contractu præcedente facta sit, sed tantùm an sit nuda necne, Et ob id tantùm solere nos ponere contractum aliquem præcessisse vt appareat traditionem eo casu non esse nudam & velut exempli loco, vt *in d. l. nunquam nuda*. Cæterùm si contra contractum aliqua causa subsit eáque iusta traditionis faciendæ, non minorem traditionis fore potestatem ad transferendum dominium quàm si contractus aliquis præcessisset. In proposito autem tametsi retrouenditio nulla interuenerit, dicimus tamen iustam esse causam retrotraditionis iusto pacto intercedente, vt loquitur Papin. *in l. Stichum 95. § naturalis De solut.* Iustum autem esse pactum quodcunque adijcitur contractui bonæ fidei etiam ex interuallo quandiu implementum ex alterutra parte nondum secutum est, vt liberetur is qui adhuc obligatus manet, dummodò reddat omnia quę ex eo contractu acceperat. Id enim ex bona fide est, ad quam hæc omnia redigenda sunt quæ circa bonæ fidei obligationes occurrunt *dict. l. ab emptione.* Non igitur eo minùs debebitur ex hac retrotraditione laudimium quòd retrouenditio nulla præcesserit. Nam neque retrouenditio effectum alium habere posset, quàm vt traditionem faceret non nudam *dicta lege nunquam.* Cùm ergo aliunde habeat retrotraditio vt nuda non sit, id est à iusta illa pactione licet ex post facto & non omnibus integris apposita, Cur non eundem habeat effectum, & quod ad dominium transferendum, & consequenter quod ad laudimium præstandum? itaque non est bona consecutio, si quis cum interpretibus dicat, Vnicum esse in hac specie contractum, Vnius scilicet venditionis, quod nos admittimus, Ergo non nisi vnum laudimium deberi. Quinimò tutiùs mecum sic argumentari liceat, Duplex hoc casu traditio intercessit, vtraque vera, & iusta, neutra verò nuda, ita vt duplex & possessionis & dominij translatio secuta sit, Ergo duplex laudimium debetur. Quanquam non nego esse hunc valde singularem casum in quo duplex traditio fiat ex vno eodémque contractu, quarum vna sit contraria alteri, & tamen vtraque ex eiusdem contractus potestate accipiat vt non sit nuda. Sed illud mirabilius est, quòd ex hac traditione duplici duplex laudimium debeatur quamuis contractus non solum vnicus sit, sed etiam resolutus. Esset enim multò facilius & procliuius in eam ire sententiam vt ex contractu qui esset ipso iure resolutus laudimium nullum, quàm vt duplex deberetur: Et tamen aut nihil in toto iure nostro est quod verum affirmari possit, aut nihil veriùs quàm quod volumus. In specie illa quam tractamus post Aristonem & Neratium *in dict. l. ab emptione*, duplex laudimium domino directo deberi.

E R R O R II.

Si venditor nolit recipere rem venditam oblatam ab emptore ex pacto resolutiuo.

PRædicta locum habent si res à venditore tradita emptori, eidem sit retrotradita ab emptore in consequentiam & executionem pacti resolutiui, vt *in l. ab emptione 58. D. de pact.* circa cuius speciem & interpretationem adhuc versamur. Sed quid si post eiusmodi pactum adhibitum offerat emptor venditori retrotraditionem ad hoc vt ex pacto resoluatur venditio, & ex ea resolutione liberetur ipse à necessitate resoluendi pretij nondum soluti. Venditor autem nolit rem recipere, quòd eum fortè pacti resolutiui pœniteat, malitque rem habere? An permittimus venditori hoc casu vt contra emptorem agat ex vendito ad pretium efficaciter, ita vt nulla exceptione repellatur? An potiùs conuento emptori exceptionem pacti accommodabimus, ne contra fidem conuentionis ab emptore vrgeatur? Nec aliena quæstio est ab instituto tractato de laudimiis. Cùm si dicamus posse cogi venditorem vt inuitus retrotraditionem accipiat non eo minùs futurum sit vt laudimium domino præstare teneatur, tanquam habenda retrotraditione illa prò facta in præiudicium venditoris per quem solum stat ne fiat offerente illam emptore: Quod non æquè dicendum esset si venditori liceret pro arbitrio suo pactionem eam resolutoriam inuito emptore irritam facere, quia tunc traditio illa secunda neque sequeretur vnquam, neque haberetur pro secuta in præiudicium venditoris qui eam iure suo recusasset. Fuit autem hæc quæstio, ne illam vel penitus otiosam vel otio tantùm nostro adscribendam putes, iam olim apud interpretes tractata, vt refert Accursius noster *ad dict. leg. ab emptione in fin. & ad leg. 1. & 2. Cod. quand. lic. ab empt. disced.* vbi ait putasse quosdam iuuandum esse emptorem exceptione pacti si à venditore conueniatur ad pretium, nec ei posse denegari exceptionē ex pacto quātumuis nudo, Ex vulgari & generali regula iuris Prætorij de qua *in l. iuris gentium 7. § igitur nuda D. de pact.* Ipse tamen contra sentit, & ipsius sententiam plerique omnes magis probant, vt Castrens. inter cæteros *ad d. l. 1. n. 7.* Rationem afferunt, quòd sicut venditori qui rem tradidit non posset ex pactio resolutoria prodesse ad dandam ei actionem contra emptorem vt rem traderet, quam tradere fortassis nollet, ita è conuerso cùm vult emptor rem retrotradere, non vult autem venditor accipere, quod pretium habere & in contractu venditionis præstare malit, non sit danda emptori exceptio, vt inter contrahentes seruetur æqualitas. Sunt enim hæc ipsa ferè verba Pauli Castrensis supradicto loco. At quoniam valde obstare videt regulam illam iuris prætorij quę ex nudo quolibet pacto dat exceptionem Respondet Accursius *in d. l. 2.* Esse sanè hoc mirabile, sed vt mirum hoc magis quam falsum videatur, Ait ex ea ratione id fieri quod pactum huiusmodi resolutorium non in eam causam interponatur vt pariat exceptionem, sed tantùm vt venditionem resoluat: Vnde, inquit Castrensis si non operatur resolutionem nec operabitur exceptionem & liberationem quam operatur si esset interpositum principaliter ad liberandum. Et ita subtiliter, inquit, intellige istam glossam: Subtiliter sanè si modò

modò verè. Quid. n. subtilius, quàm quod tam abscenditam habet rationem vt nec indagando tam diligenter & inuestigando assequi vnquam possis? Ego neque cum Accursio sentire possum qui in hac specie dat venditori actionem efficacem contra emptorem ad pretium, neque cum aliis qui emptori exceptionem accommodant, sed emptore offerente retro-traditionem & venditore recusante. Dico, Esse nihilominus venditionem resolutam ipso iure, & emptorem vsque adeo pretium debere desinere vt nulla indigeat exceptione, nec vllam timere debeat venditoris actionem quæ nec amplius vlla competat, nec proinde dari possit. Verùm hæc ita tamen aduersus fraudem & malam fidem venditoris se subtrahentis fortasse ac improbè aduersus placita venientis emptor sibi prospiciat denunciationis & obsignationis depositionisque remedio, Vt scriptum est in l. si ante 7. Cod. de pact. int. empt. & vend. quæ lex diuersam quidem habet speciem, sed non dissimilem, ni fallor, rationem. Proponebatur quidam fundum alij certo pretio vendidisse, & in ipso contractu, aut quod idem est, incontinenti conuenisse vt si intra certum tempus soluta & restituta esset à venditore quantitas pretij quæ data fuisset per emptorem, fundus fieret inemptus. Emptor pretium siue totum, siue pro parte (nihil enim hîc refert) soluerat venditori. Postea cùm venditor irritam venditionem ex pacto facere vellet, recusabat emptor, & vt interim laberentur tempora intra quæ pretij restitutionem fieri oportebat, ne solui ei posset se subtrahebat suique copiam denegabat. Miser & anxius venditor ne rei suæ iacturam incurreret consulebat Imperatores, petebatque vt quoniam emptor in ea re dolo malo versabatur, & contra bonam fidem quæ in venditionibus maximè obseruanda est, ea pactio ex imperiali rescripto remitteretur. Non quasi totius pacti rationem penitus nullam haberi vellet (fuisset enim ea res ipsi damnosior quàm emptori, qui tale pactum nullum esset vtique rem a se emptam retinere in perpetuum iure dominij, & bona fide possessor) at quia tolli volebat ex pacto adiectionem illam temporis intra quod restituendum erat pretium, vt sublato temporis incommodo liberum ei esset quandocunque restituendo pretium rem suam recipere, vt in l. 2. eod. tit. Rescribunt autem Imperatores, Non esse iustam petitionem vt rescripto imperiali remittatur iusta conuentio apposita in contractu bonæ fidei, & quæ legem ei dederit, fortassis etiam causam cùm credibile sit non aliter fuisse emptorem contracturum, vt in l. vlt. eod. tit. Sed aduersus fraudem emptoris qui se subtrahebat ne intra tempus præstitutum solui ei posset, posse venditorem sibi consulere remedio denunciationis, & obsignationis ac depositionis. Vt & in l. 2. in fin. C. de iur. emphyt. l. accep. 19. Cod. de vsur. l. vlt. D. de leg. commiss. Nempe quia legitimè facta obsignatio, idest post denonciationem testatò factam ac congruo loco & tempore vim solutionis obtinet l. obsign. 9 Cod. de solut. Vt proinde videatur venditor satisfecisse pacto per æquipollens si modò intra præscriptum tempus pecuniam pretij absente per fraudem emptore deposuerit & obsignauerit. Quod igitur in persona venditoris rescriptum est ab Imperatoribus. Quidni in proposita specie admittemus etiā in persona emptoris si forte venditor cui reddi res ex pacto debuit aut lateret, aut quo alio modo per fraudem & sine causa recusaret rem à se venditam recipere. Vt omnirū post factā denunciationem legitimam si res sit mobilis eam deponat emptor, si immobilis, declaret constituere se eam rem non sibi, sed ipsius venditoris nomine possidere, nec recusare quominùs eius possessionem authoritate propria ingredi & occupare venditor possit. Quid enim aliud facere emptor queat in ea re quæ obsignationis & depositionis remedium non patiatur? Quidni ergo in hac specie habeamus rem tradendam pro tradita in præiudicium morosi venditoris? & consequenter emptorem qui adhuc pretium debeat, pro liberato? Nec enim verendum est vt hoc casu quisquam obiiciat emptori non debere illum & rem habere & pretium, cùm possessionem rei non solùm amiserit quæ amittitur statim atque constituit quis nolle possidere l. fi. quæ vi 17. §. vlt. ff. D. de acquir. poss. Sed etiam transtulerit eam quantum transferre potuit in venditorem per constitutum, cui si sentire venditor velit exinde possessor factus videri debeat suæ fraudi & malæ fidei, quod noluerit, vt pretij ab emptore inuito & contra pactum exigendi colorem hunc sibi quæreret. Alioquin an non fuerit iniquissimum in arbitrio venditoris ponere, vt priuet emptorem commodo sui pacti, & impediat vel auferat ei partem ex pacti causa liberationem? Fateor non posse per pactum fieri, vt cogatur emptor venditori rem retrotradere quoniam ea res ad nouam obligationem constituendam pertinet, vt scriptum est in dict. l. ab empt. in fin. Saltemq; necessaria esset stipulatio non ad resoluendam venditionem quod per stipulationem non magis quàm per nudum pactum fieri potest, vt superiore Decade contra Castrensem disputauimus. Sed pacto ita concepto vt Aristoni & Neratio placuit, idest vt re vendita quæ iam tradita fuit, retrotradita venditori, non cogatur emptor pretium præstare. Dico non posse quidem cogi emptorem vt retrotradat si nolit, sed posse venditorem cogere vt rem accipiat, Neque ob id iniquum pactum videri debere, quod hoc modo non seruetur inter paciscentes æqualitas arg. l. si socius 81. D. pro socio. Nam imò verò si respicias effectum pacti, seruatur æqualitas in hac specie, cùm non aliter possit emptor ex hoc pacto consequi liberationem quam si priùs rem quam accepit, reddiderit venditori: quo facto cùm sint omnia in eo statu in quo erant priusquàm facta venditio fuisset, quid obsecro superest in quo vel minima inæqualitas obseruari possit? Si verò media omnia intricare per quæ ad hunc effectum perueniri possit, non nego inæqualitatem illam esse quòd in potestate venditoris non sit emptorem cogere vt vel pretium soluat præcisè, vel rem venditam & traditam præcisè reddat, quomodo in potestate emptoris est, vt venditorem cogat precisè rem accipere. Sed dico nihil in eo esse absurdi aut iniqui, cùm huiusmodi pactum non tam venditoris quàm emptoris gratia interpositum sit, quod vnum maximè inspiciendum est vt sciatur cui prodesse pactum debeat, aut cui nocere l. in rat. 30. § tam. in fin. D. ad l. Falcid. l. Lucius 40. in fin. D. de fideic. l. Interpositum autem fuit emptoris gratia ad liberandum eum a solutione pretij, quia nec indigebat venditor vt liberaretur, cùm iam rem tradidisset. Ad quod vnum actione ex empto tenebatur. Et quamuis admitteremus quod ex veteribus quidam voluerunt, dandam emptori ex huiusmodi pacto exceptionem si à venditore conueniatur ad pretium non etiam actionem venditori ad pretium consequendum, nulla tamen in eo esset inæqualitas, Cùm exceptionis natura non patiatur, vt actori accommodari possit nisi ad vsum replicationis. Imò esset inæqualitas maxima si ex eo pacto daremus venditori actionem quemadmodum emptori exceptionem, cùm multò minùs sit exceptionem habere quàm actionem. Quamquam nec ratio iuris hoc ferre potest vt ex eodem pacto & venditori detur actio, & emptori exceptio, perinde atque vt ex eodem ore possis eodem instanti & flare & sorbere. Denique id actum est huiusmodi pacto inter paciscentes, vt à tota venditione recedatur ex

vtraque

vtraque parte tam venditoris quàm emptoris. Ex parte quidem venditoris reddendo ei rem venditam & iam traditam. Ex parte autem emptoris liberando eū à pretio, vt ea liberatio fit pro pretij restitutione quam fieri oporteret si iam solutum esset vt omnia in integrum vtrinque restituerentur. Cæterùm quænam iniuria venditori facta videri potest in eo quod dicimus cogi eum rem quam vendiderat recipere, cùm ita voluerit & per pactum conuenerit? Aut cur ei permittamus vt mutet voluntatem in emptoris damnum & iniuriam? Quæ omnia rursus in eo quod nec illi permittimus, vt possit agere contra emptorem ad pretium, si emptor malit, paratúsque sit rem reddere. Cùm id fieri nequeat saluo pacto & saluo bona fide, ex qua sunt æstimanda hæc omnia *dict. l. ab emptione.* Nihil facit contra pactum emptor, si nolit rem reddere, malitque pretium debere, quia cùm in eius fauorem pactum sit interpositum, vt diximus, non est cogendus vt iure suo inuitus vtatur *dict. §. tametsi l. penult. Cod. de pact.* Itaque retrotraditio quam facere debet non tamen in obligatione est aut petitione, quàm in præstatione, quemadmodum dicimus in penu legata hoc modo *Hæres meus Titio penum dato si non dederit centum dato l. 1. D. de pen. lega. l. 1. §. item si ita D. ad leg. Falcid. l. cum fine 19. l. si penum 24. D. quand. dies l. ced.* Estque in ipsius arbitrio vt rem retrotradat, si velit, etiam inuito venditore, non retrotradat si nolit, etiamsi maximè venditor malit rem suam habere. Debuerat enim venditor sibi cauere aut per stipulationem aut saltè per pactum incontinenti appositum, vt *in d. l. 2. & l. si à te 7. C. de int. empt. & vend.* Si id agebat vt de re vendita sibi retrotradenda emptorem obligaret. Nec tamen est in arbitrio & potestate emptoris vt & rem & pretium retineat, nec proinde vt non cogatur rem reddere si à pretio liberari malit. Vnde fit vt tantumdem consequatur venditor inuito emptore, quod ad hoc vt res ei retrotradatur, quantùm posset consequi si de ea re actionem haberet siue ex vendito, siue ex stipulatu. Quidenim aliud consequi posset nisi vt res retrotraderetur? Nisi quòd retrotraditionem illam præcisè vrgere non potest; quemadmodum nec posset si ouliin de resoluenda venditione ac de emptore liberando pactum intercessisset. Quare nec emptori ipsi pactum hoc ad aliud prodest quàm vt ne cogatur pretium soluere, si malit rem restituere. Sed hoc ipsū ita tamen, vt non ideò venditori actio ex vendito ad pretium auferatur. Remanet enim illa salua, & quidē eum effectu adeò vt nullam exceptionem pati possit si tam negligens fit emptor in retrotradendo vt de pretio secum litem contestari patiatur. Nam cùm pacti resolutiui nulla sit potestas ad resoluendum contractum venditionis quousque impleta sit conditio sub qua venditionem resolui paciscentes voluerunt. In proposito autem ablatiui illi absoluti quibus Aristo & Neratius vtuntur in concipienda huius pacti formula *rursum præstitis mihi à te in re vendita omnibus qua ego præstitissem* faciant conditionem licèt non exprimant figuram conditionis *l. à testator. 109. De cond. & demonstr. d § tametsi*, omnino consequens est vt ante factam ab emptore retrotraditionem non possit resoluta dici venditio nec proinde liberatus debitor à solutione pretij quod actione ex vendito præstare debeat venditori. Nam quandiu venditio superest, tamdiu actionem quoque ex vendito superesse fatendum est, quæ tùm demùm perit cùm venditio resoluitur. Proinde si nullum pacto insit tempus intra quod retrotraditio illa fieri debeat (totū enim illud tempus emptori liberum esse deberet vt non priùs conueniri posset) nihil vetat venditorem quandiu retrotraditio neque facta, neque oblata est, continuò statim emptorem, ducere illum ad album Prætoris, & ostendere qua actione contra eum sit acturus. Actione scilicet ex vendito si malet emptor contendere quàm cedere. Tùm vocare illum in ius. Postremò litem cum eo contestari. Quæ omnia dum fiunt, habent verò sua spatia & interualla, liberum adhuc est emptori retrotradere, etiam inuito venditore. Sed post litem contestatam liberum amplius non est propter nouam obligationem quæ per litis contestationem contrahitur *leg. 3. §. idem scribit. D. de pecul. d. l. 1. D. de pen. legat. d. l. cum fine 19. D. quand. dies leg. ced.* Id enim est quod dici solet, Per cōtestationem non solùm nouationem fieri, sed & quādam veluti delegationem *l. de leg. 1 1. §. 1. l. aliā 29 D. de nouat. & de leg. l. si Tit. 9. D. de verb. obl.* in illis verbis *finem dandi alteri fore quando* (sic enim lego non *quoad*) *iudic. acciperetur.* Quæ cū ita sint, apparet nullam in hac specie venditori iniuriam fieri ex eo quòd tale pactum volumus emptori prodesse, cùm nihil magis tollat venditori actionem ex vendito, quæ licèt non soleat competere nisi ad pretium, hic tamen hæc amplius habet quod etiam retrotraditionem extorquere potest, non quidem principaliter primò & per se, sed per accidens & necessitate vt loquuntur, causatiua, id est metu condemnationis ad pretium, solutionem verò pretij potest quidem ex sua natura extorquere, sed non præcisè quomodo si pactum nullum resolutorium intercessisset vt eo demùm casu quo nollet emptor ante contestationem rem retrotradere. Apparet etiam ex superioribus quàm parum subtiliter fecerint veteres illi contra quos Accursius disputat qui in quæstione ista dabant emptori exceptionem pacti contra venditorem præcisè agentem ad pretium. Etenim cùm non detur exceptio nisi à Prætore in dictanda actionis formula & eo tempore quo datur actio ac proinde post litem contestatam, lite verò contestata de pretio, iam non sit liberum emptori pactum implere, ac rem venditam retrotradere, Consentaneum est vt nulla emptori exceptio accommodari possit, aut debeat: Itémque vt ante contestationem, quo tempore pacti commodum habere debet, nulla indigeat exceptione, non ob id solùm quod nulla dum actione conueniatur, sed etiam quia ex pacto ius habeat & facultatem retrotradendi ac litem, vsque contestatam. Quod si faciat erit ipso iure liberatus potestate pacti resolutorij, nec proinde nullam timebit actionem contra quam implorare debeat auxilium alicuius exceptionis, Nec tantùm si retrotradiderit, sed etiamsi recusante venditore ea fecerit, quæ suprà diximus quia cum pro eo non pro venditore pactum hoc interponatur, per eū stare debet non per venditorem quominùs fiat retrotraditio vt liberatio eius impediatur. Quemadmodū nec vlla indiget venditor actione ex pacto ad consequendum pretium cùm ei sufficere debeat actio venditi quam habet ex contractu. Verum igitur est vtrumque quod contra interpretes omnes defendimus, Neque audiendum esse venditorem si in hac specie pretium exigere ab emptore omnino velit contra fidem pacti, neque tamen dandam emptori aduersus eum exceptionem qua se tueatur, cùm dignus non sit cui æquitate vlla exceptionis succurramus si tam negligens fuerit in retrotradendo vt litem de pretio secum contestari passus sit. E contrario autem falsum est quod Accursius, Castrensis & alij supponunt pactum hoc non interponi principaliter ad liberandum emptorem, sed tantùm ad venditionem resoluēdam. Nam imò verò cùm interponatur eo tempore, quo iam re per venditorem tradita solus emptor sit obligatus ad pretium soluendum non aliud per hoc pactum agi potest quàm vt emptor liberetur. At quia non est ex bona fide vt pretium debere desinat quādiu rem retinet, necesse est ad inducendum ipso iure liberationem

liberationem fieri pactum resolutorium & consequenter in pactum deduci retrotraditionem, non quasi tale aliud, quod principaliter agatur, sed tanquam necessarium antecedens, & conditionem sine qua resolui venditio non posset. In summa pactum resolutorium nullum esse potest quod non sit liberatorium, quia si neuter ex contrahentibus maneat obligatus quod iam ex vtraque parte implementum secutum sit, & tamen contrahentes velint & consentiant vt à toto contractu discedatur, inutilis est in eam rem vsus pacti resolutorij, & ad nouum contractum nouásque obligationes necessariò descendendum est? nisi ponas tale pactum resolutorium adhibitum fuisse in ipso contractu venditionis, aut quod idem est in continenti post contractum, vt *in d. l. 2. & d. l. si à te 7. C. de pact. int. empt. & vendit.* In eòque videtur mihi errasse Accursius, ad *d. l. 1. C. quand. lic. ab empt. disced.* vbi notat pactum resolutorium interpositum re secuta non parere actionem vt quod datum est retrotradatur etiamsi tale pactum fiat incontinenti. Nam si intellexit de pacto incontinenti post contractum facto, malè sensit & contrà leges supradictas aliasque sexcentas quæ ex pacto in continenti addito post contractum dant actionem. Et quidem ex ipso contractu si sit bonę fidei *l. iuris gentium 7. §. quinimò D. de pact. l. legem 10. l. in bonæ fidei 13. C. eod.* aut præscriptis verbis si ex cōtractu stricto *l. rebus 6. l. vlt. C. de rer. permut. l. leg. 9. Cod. de donat. l. frumenti 7. C. de vsur.* vel ex stipulatu vt *in l. lecta 40. D. de reb. cred.* si verò intellexit de pacto apposito incontinenti post traditionem, ridicula adnotatio est, quia & stultū esset pactum quod traditionis tempore fieret aut incontinenti post traditionem de eâdem re retrotradenda, adeóque dominij translationem impediret, quemadmodum dicimus non alienari nummos qui sic traduntur, vt statim recipiantur *l. qui sic soluit 55. D. de solut.* Nec posset vnquam eiusmodi pactum sumere vires, ex præcedente contractu, quia non potest non ex interuallo appositum esse cùm traditio inter contractum, & pactum intercesserit.

E R R O R III.

De interpretatione l. 1. C. quand. liceat ab empt. disced.

AD superiorem tractatum pertinet interpretatio *l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. disced.* in quibus explicandis primus ille & communis omnium interpretum error est, quem nos iam refutauimus quod putant ita legibus locum esse siue ex vtraq; parte siue ex alterutra tantùm venditio impleta sit, vt perinde vtroque casu per pactum resolutorium vēditio resolui possit si modò emptor sponte rem retrotradat, & pretium emptor restituat, licèt retrouenditio nulla intercedat, Nos verò probauimus nullam penitus esse vim pacti resolutorij quoties vtrimq; res secuta est, sed eo tantùm casu quod alteruter contrahentium maneat obligatus aut venditor ad rem tradendā, aut emptor ad soluendum pretium. Neque hac restrictione contenti sumus, sed illam addimus, vt pactum resolutorium eo modo conceptum esse oporteat, quo Aristo concipiebat, cuius sententiā refert & probat Neratius *in d. l. ab empt. 58. D. de pact.* idest ita vt retropræstitis his quæ aut venditor emptori aut emptor venditori præstiterit, nihil alter contrahentium quā ex parte sua contractum non impleuerat, præstare teneatur. Quod etsi nemo ex interpretibus obseruauit, idem tamen prudentibus nostris & Imperatoribus placuisse, argumento maximo sunt duæ illæ leges 1. & 2. C. *quand. lic. ab empt. disced.* in vtraque præfantur Imperatores diuersis verbis sed eodem sensu quod expressis ait *l. 2.* Perfectam emptionem ac ven[...]nem re tantùm integra pacto & consensu di[...] posse, Propter rationem quæ additur *in l. 1.* quia qu[...] consensu contractum est contrariæ voluntatis adminiculo dissoluitur. Sed addunt quod ex hac propositione sequitur necessariò, Ego si res secuta sit nudam voluntatem, non resoluere emptionem si non actus quoque priori similis retroagens venditionem intercesserit. Quod Accursius noster sic intelligit siue res tantùm tradita sit à venditore nec pretiū solutum ab emptore, siue pretium duntaxat ab emptore solutum sit, nec res tradita à venditore, siue vtrimque secutum sit implementum per traditionem rei & numerationem pretij. Sed malè siue rationem siue earum legum verba inspicias. Nam quod ad rationem attinet iam probauimus nullomodo per pactum ex interuallo appositum fieri posse vt post rem vtrimq; secutam, & sublatam extinctamque empti venditi obligationem venditio resoluatur ipso iure, Sed eo tantùm casu quo superest obligatio ex alterutra parte, quod non aliter euenire potest quàm si implementum ex vna tantùm parte secutū sit vt *in d. l. ab empt.* si verò vtriúsque legis verba inspicimus, Imperator. Gordianus cuius prima lex est, ponit duntaxat interpositam fuisse traditionem quod haud dubiè intelligendum est de traditione rei venditæ facta per venditorem, non etiam quomodo idem Accursius interpretatur de traditione pretij. Solus enim venditor ille est qui obligatur ad tradendum, quia traditione rei venditæ liberantur tùm quoque cùm alienam rem vendidit, Nisi quod hoc casu manet obligatus de euictione, Emptor autem non ad tradendum obligatur sed ad dandum, quia pretium cogitur facere emptor venditoris, & eius pecuniæ quam pro pretio soluit, transferre dominium in venditorem *l. ex empto 11. §. 1. D. de act. empt.* iunct. *l. vbi autem 75. §. vlt. De verb. oblig.* Siue quòd pecunia non possit agi ad id quod interest nisi ratione loci & temporis *l. 3. D. de in lit. iur. l. 3. De eo quod cert. loc.* Siue quia pecuniæ nullus sit vsus quin consumatur, consumi autem nequeat quin dominium eius in accipientem transferatur, quod fieri non posset, per venditorem, si emptor qui pretium soluisset dominus pecuniæ non fuisset. Nam & pecuniarum vsus à primis temporibus introductus fuit vt subueniret difficultatibus permutationum, ex quibus dominium vtrimque transferri oportebat, & etiamnum oportet *l. 1. D. de contr. empt. & l. 1. D. de rer. permut.* Cùm igitur Gordianus non tractet nisi de traditione post venditionem interposita satis intelligimus non alium ab eo casum tractari quàm quo res secuta sit ex parte venditoris tantùm non etiam ex parte emptoris. Qui casus ille ipse est quem Aristo & Neratius proponunt *in d. l. ab empt.* Ex contrario autem Imperatores Diocletianus & Maximianus quorum est lex 2. duos alios casus tractant: quorum primus est, si arræ nomine aliquid datum sit. Alter verò si pars pretij soluta fuerit ab emptore, res autem tradita non sit à vēditore. Aiunt enim ex pacto resolutorio quod post eam solutionem factum sit, nullam actionem emptori competere ad repetendam quantitatem quā dederit, sed tantùm actionem ex empto contra venditorem ad ea præstanda quæ illum ex venditione præstare oportet, quod ipsum nihil aliud est quàm ad rem tradendam. Traditio igitur in ea specie de qua consulti erant Imperatores nondum facta fuerat. Proinde si quis cum interpretibus sentire velit, Pacti resolutorij ex interuallo adhibiti eam vim esse posse, vt etiam post rem vtrimque secutam resoluat contractū emptionis, alios necesse est vt nobis textus afferat quàm quibus interpretes mouentur. Sed hic primùm ille scrupulus occurrit secundum ea quæ su-

prà

prà diximus. Cur non ergo in supradictis Imperatorum rescriptis non resoluatur venditio ipso iure perinde atque in specie *d. l. ab empt.* in qua proponebatur secuta traditio ex parte venditoris nec eo minus tamen ipso iure emptionem vsque adeò resolui placet, vt emptor pretium quod nondum dederat, ipso iure desinat debere. Respondeo non aliam aut diuersitatem facti, aut diuersitatis rationem afferri posse, quàm quæ à nobis iam allata est in præcedentibus, quòd apud Imperatores non proponeretur conceptum pactum eo modo quo conceptum esse oportebat vt resoluendæ venditionis potestatem haberet. Conuenerat enim simpliciter post rem à venditore traditam in casu legis primæ, & post solutum ab emptore pretium in casu legis secundæ, vt venditio irrita fieret, & ab ea vtrimque discederetur. Quod certè post rem quomodo secutam fieri nullomodo potest, quia vt emptor cogatur rem venditam & acceptam retrotradere, aut venditor solutum sibi pretium restituere, fieri nequit, quin obligationes nouæ contrahantur, & non tam prioris contractus resolutio, quàm nouus contractus fiat, vt Neratius ipse disputat *in dict. l. ab empt. in fin.* In eo itaque peccatum fuerat, quod sic concipi pactum debuerat quomodo apud Aristonem & Neratium. Vt retrotradita re vendita nihil emptor pretij nomine præstare teneretur, Aut contrà vt pretij per emptorem restituto venditor rem tradere non deberet, In qua formula retrotraditio facienda per emptorem, aut restitutio pretij facienda per venditorem cùm in obligatione non ponatur, sed tantùm in præstatione, nullum contractum nouum exigit, nullum inducit. Vt proinde nullo contractu nouo intercedente necesse sit priorem subsistere quandiu resolutus non est, & interim capacem esse resolutionis quandiu aliqua superest obligatio siue ex parte tantùm venditoris, siue ex parte tantùm emptoris, quæ resolui, & ipso iure extingui possit. Igitur si ex parte emptoris retrotraditio post pactum hoc modo conceptum facta sit liberatur emptor ipso iure à solutione pretij. Adeò vt actio ex vendito desinat competere emptori ad pretij solutionem, nec vlla exceptione indigeat emptor aduersus venditorem qui ampliùs nullam habet actionem, Et è contrario similiter si ex parte venditoris facta sit restitutio pretij, erit ipso iure liberatus venditor a re tradenda, nec vlla ei opus erit exceptione cùm nullam habiturus sit emptor actionem, quasi resoluta venditione ipso iure. Non per retrotraditionem factam ab emptore nec per pretij restitutionem factam à venditore (nec enim retrotraditio rei venditæ modus est tollendæ obligationis pretij, nec pariter restitutio pretij ab emptore facta modus est tollendæ obligationis tradendæ rei ex parte venditoris) sed per potestatem pacti resolutorij adhibiti rebus adhuc integris ex vna parte quamuis necessarius sit actus ille contrarius retrotraditionis rei aut restitutionis pretij, Non tanquam causa efficiens aut concurrens, sed tanquam conditio sine qua non vt iam diximus. Ex quo fit vt quamdiu retroactus ille non interuenit, contractus maneat qualis fuit ante pactum, & salua obligatio eius qui nondum ex parte sua contractum impleuerit. Interueniente autem actu, tùm demum fiat resolutio contractus ipso iure, & liberetur omnino is qui fuerat obligatus, Non tamen per actum sed per pactum. Et in hoc quoque noster errauit Accursius. Nam cùm Gordianus rescribat, Post traditionem interpositam non posse nuda voluntate resolui actionem si non actus quoque priori similis retroagens venditionem intercesserit, Non pudet Accursium adnotare, non esse bonam exceptionem, quia tunc, inquit, non voluntas nuda sed actus resoluit. Nos verò cum Imperatore dicimus, Imò verò bonam & necessariam esse exceptionem, quia tùm quoque cùm sequitur actus ille retroagens venditionem, verum tamen est nuda voluntate venditionem resolui, si quidem resolutio illa fit non retroactu illius sed solius pacti potestate: Nec ad aliud prodest retroactus, nisi vt pacti conditio impleatur, & fiant media & extrema habilia, vt resolutionem possint admittere: Ideòque benè Gordianus *si non actus quoque priori similis retroagens venditionem*, vt significet actum illum priori similem non habere potestatem illam vt resoluat venditionem sed tantùm vt eam retroagat, id est reducat ad eum statum in quo esse oportet, vt nuda voluntate resolui possit. Atqui poterat sine dubio resolui venditio nuda voluntate si res mansisset integra, nec hodie quicquam aliud impedit, quominùs resolui possit ipso iure nuda voluntate quàm quòd res integra non sit. Fac ergo esse omnia integra si potes, autem si omnia restituas in integrum retrotradendo rem traditam, aut restituendo pretium iam solutum: Facilè assequêris, vt cùm in eum statum reducta res fuerit, venditio resoluatur. Ob eam causam retroagenda priùs venditio est, deinde resoluenda. Súntque ista prorsus diuersa *Resolui venditionē & Retroagi*, quæ tamen Accursius accepit pro Synonimis. Retroagitur per actum similem priori sed contrarium tamen. Resoluitur autem per pactum adhibitum quidem & adhibendum ante retrotraditionem vt retrotraditio fiat in consequentiam & executionem pacti, ne alioqui non possit transferre dominium tanquam nuda, nullamque habens obligationem pro causa. Sed cuius tamen potestas adhuc nulla esse possit, ad resoluendum ipso iure venditionem quousque actus ille similis retro secutus sit, tanquam ex quo pacti conditio pendeat. In eóque rursum alius Accursij error detegitur, qui retroagi venditionem sic interpretatur, vt sit in contrarium duci eam idest ab esse inquit ad non esse: quod ipsum nihil certè aliud esset quàm venditionem resolui. Debuerat dicere Venditionem retroagi nihil aliud esse quàm reduci venditionem ab esse impletam ex parte vnius ex contrahentibus ad non esse impletam ex parte illius, vt cum cœperit in eo statu esse venditio, in quo erat antequàm vllum esset secutum implementum resoluatur potestate nudi pacti antecedentis, quomodo resolueretur ex regulis iuris communis, si neutra ex parte vnquam secuta res fuisset. Illud sanè non improbo quod Accursius notat, Malè quosdam existimare actum illum priori similem quem Gordianus requirit ad retroagendam venditionem intelligi debere de retrouenditione quam facere emptor debeat eodem pretio, Quasi retrotraditio quæ fieret nulla præcedente retrouenditione non posset dici similis priori traditioni quæ facta esset ex causa venditionis antecedentis Nam vt benè Accursius disputat, duo tunc essent contractus, & non diceretur secunda emptio resoluere primam, sed essent duæ, quia licèt idem pretium maneret, ex quo solet venditionis quoque identitas Iudicari *lib. pacta conuenta 72. versic. Paulus notat D. de contrahend. empt.* mutaretur tamen conditio personarum, & fieret vnus ex venditore emptor, alius ex emptore venditor, quod sine venditionum multiplicatione fieri nequit, cùm ex vna eadémque emptione non possit idem esse emptor & venditor *dicta leg. 1. De rer. permutat. l. si ei 41. D. de euict.* Sed pessimè idem Accursius subiungit, Esse actum retrosimilem si venditor retradat rem & emptor pretium, idest retraditio rei & retraditio pretij, Quo facto inquit ipso iure resoluitur, licèt quidam dicunt, quoad effectum tantùm. Ego verò neque ipso iure neque quod ad effectum.

Non ipso iure quoniam vtraque retrotraditio, vt illc loquitur, facti est non iuris. Ergo resolutio hæc si qua esset fieret ipso facto potiùs quàm ipso iure. Quid enim est quod iuris potestas possit hoc casu efficere, cùm facto ipso per mutuam retrotraditionem vtrimque recessum est à contractu? Et quamuis nullum pactum intercessisset de resoluenda venditione, An non tamen perinde resolueretur per mutuas istas & contrarias præstationes? Et cùm nihil agendum superesset ad quid prodesse hæc resolutio vnquam posset? Verùm neque effectu ipso in huiusmodi specie venditionem resolui arbitror, quandoquidem nulla intercedente retrouenditione fieri nequit vt dominium rei venditæ & traditæ recurrat ab emptore ad venditorem, nec dominium pretij a venditore ad emptorem, cùm vtraque hæc retrotraditio non possit esse nisi nuda quæ nullam habeat aliam causam quàm nudam voluntatem paciscentium. Itaque cùm effectus potissimus traditionis sit translatio dominij, & resoluta venditione necesse sit omnia in eum statum reponi in quo erant ante contractam emptionem, fatendum est vel non posse per huiusmodi retrotraditiones resolui venditionem quod nos volumus, vel transferri posse hoc casu dominium per traditionem nudam: quod iuris ratio non admittit. Proinde retrouenditionis casus in hac specie omnino necessarius est, qua tamen interueniente non iam resolui dicitur prior venditio, sed noua fieri manente semper adeòque impleta priore. At nos eum Gordiano eum casum quærimus & tractamus in quo vnica tantùm sit venditio, quæ non solo facto sed iuris potissimum operatione ac potestate resoluatur, non per factum licet aliquo facto intercedente sed per pactum, quem casum nec Accursius nec alij interpretes inuenerunt, nec alius quisquam inuenire possit, qui alium quærierit quàm quem Aristo & Neratius docuerunt *in d. l. ac emptione*. Quare nec distinctionem illam Bartoli probare possum *ad d. §. ab emptione n. 12.* vbi scribit, si contrahentes re non integra recessissent nudo consensu à venditione & tempore illo contrarij consensus conuenerit de re retrotradenda, deinde ex interuallo facta sit retrotraditio, hoc sufficere vt contractus resoluatur *arg. d. l. ab emptione & l. Modestinus 76. D. de solut.* si verò non fuerit hoc actum eo tempore, tunc inuita parte altera non posse confirmari distractum illum ex regula *l. quod ab initio 29. de reg. iur.* Sed si pars consentiat tunc valitorum pactum quasi ex præsenti consensu eum retrotraditione rei. Nā licèt in ipso instanti cōtrarij consensus conuenerit de re retrotradenda, ergo posse resolui venditionem ipso iure, Non solùm si res secuta fuerat ex vtraque parte, de quo tractauimus, sed & si ex alterutra tantùm, vt in casu Aristonis & Neratij quia pactum hoc casu esset obligatorium ad rem tradendā quod esse non potest, sed debet esse liberatorium ad liberandum eum qui ex parte sua nondum satisfacit, Et retrotraditionem poni oportet in conditione tantùm saltem per ablatiuos absolutos vt *in d. l. ab emptione*, vt sit in potestate illius qui per tale pactū liberari velit retrotradere id quod acceperit, Non autem in obligatione vt ad id cogi possit: Vt proinde non sit recedendum à formula quam Neratius ex Aristone præscripsit. Quòd si Bartolus de eo casu intellexit quo conuenerit de resoluenda venditione post implementum vtrimque secutum, amplius dico. Nec si eo ipso instanti contrarij consensus retrotraditio ex vtraque parte facta sit, vllum tamen effectum fore siue retrotraditionis, non conuentionis, quia post rem secutam etiam ex altera tantùm parte non possit resolui venditio nuda voluntate, licèt dici soleat resolutionem & distractum esse eiusdem naturæ cuius est contractus & perinde bonæ fidei vt Castrens. disputat *ad d. l. 1. C. quand. lic. ab empt. disced.* Nec enim debet resolutio quam facere contrahentes voluerint, nudo consensu conferri cum venditione perfecta quidem non consensu sed impleta posteà per traditionem rei aut pretij solutionem. Et hoc demùm casu verum est quod ibidem Castrens. *num. 4.* notat. Ex consensu resolutiuo non similiter nasci obligationem & actionem, vt ex primo. Non retrotraditionis, quia vt iam diximus esset illa nuda quæ aliam causam non haberet quàm nudum consensum. Posset quidem ea retrotraditio iuncta pacto parere accipienti iua retentionis. Est n. ille vnus ex effectibus obligationis naturalis, quæ nascitur ex pacto etiam inutili ad agendum *l. 1. D. de pignor. l. frater a fratre 38. & pass. D. de cond. indeb. l. naturales 11. De oblig. & act.* Non enim potest videri nactus possessionem cum vitio is qui eam per manus domini accepit, licèt non eâdem manu dominium quoque acquisiuerit *lege de eo 63. D. de donat. int. vir. & vxor.* Sed longè aliud est, Habere exceptionem pacti ad alienam rem retinendam: Aliud verò Ipsum rei dominium acquisiuisse, quod tamen per venditionis resolutionem retroacquiri necesse est eo casu quo ex ipsa venditione fuerat translatum. Nec ad hunc tractatum pertinet *l. Modestinus 76. de solut.* quæ loquitur de cessione facta ex interuallo quæ fieri debuerat incontinenti non de pacto resolutiuo, aut de dominio acquirendo. Quod verò addit Bartolus si altera pars consentiat retrotraditioni quæ fiat ex interuallo posse valere pactum, quasi ex præsenti consensu cum retrotraditione non magis verum est. Præsens enim ille consensus post rem secutam licèt cum retrotraditione coniunctus sit, non maiorem habet potestatem, quàm primus ad resoluendam venditionem, cùm vterque adhibitus sit post rem secutam. Imò tanto minorem habet posteriorem, non quod longiore temporis interuallo distet à contractu (nihil enim hoc ad rem facit) sed quia retrotraditionem illam vt suum effectum habeat, & non sit nuda, necesse est fieri in consequentiam pacti antecedentis & quidem iusti, hoc est quod ita factum sit vt à iure potestatem illam habere possit resoluendi contractum ipso iure, Non autem pactum tacitum & consensum illum indui ex retrotraditione, Pacto siquidem expresso opus est, eoque non quomodolibet sed secundum Aristonis & Neratij sententiam concepto. Alioqui si bonus esset sensus Bartoli, dicendum esset ex traditione qualibet quantumuis nuda posse transferri dominium, quia ex solatraditione sponte & eo animo facta semper tacitus ille consensus induceretur. Debuerat ergo Bartolus eam duntaxat distinctionem afferre quam nos in præcedentibus attulimus, An in ipso contractum venditionis adhibitum sit pactum de resoluenda venditione etiam postquam res secuta esset, An verò ex interuallo, Vt priore casu valeat pactum non tantum ad resoluendam ipso iure venditionem, sed etiam ad dandam in id actionem *l. 2. l. si à te 7. C. de pact. int. empt. & vendit.* Posteriore vero casu nunquam prosit ad agendum sed tantùm ad resoluendum contractum si eo modo conceptum sit quo Neratius & Aristo voluerunt: Extra illum casum ne quidem prosit ad liberandum ipso iure adeòque nec ad excipiendum vt sequenti capite docebimus, siue in eodem instanti siue ex postfacto fiat retrotraditio, siue ex vtraque parte, siue ex altera tantum.

***

ERROR

ERROR IV.

De arrharum repetitione & quanam actione repetantur. Ad l. 2. eod. tit. C. quand. lic. ab empt. disced. & ad l. ex empto 11. §. is qui vina D. de action. empt.

NOn fuit felicior Accursius in explicatione *l. 2. eod. tit.* de qua etiam nos fusius tractare necesse est, vt pleraque ex iis quæ iam diximus intelligantur meliùs, & alia nonnulla ad hunc tractatum pertinentia quæ nondum attigimus. Ac primùm de priore parte distinctionis quæ affertur ab Imperatoribus. Distinguunt enim Imperatores an arrhæ nomine aurum datum sit, vel quid aliud, an verò pars pretij soluta sit ab emptore antequàm conueniret, vt ab emptione perfecta recederetur. Vt primo casu res adhuc sit integra, & consequenter venditio resolui possit, & resoluatur ipso iure per pactum nudum. Altero autem casu res desierit esse integra ac proinde nulla pacti potestas sit ad venditionem resoluendam. Ex quo Imperatores inferunt, Posse quidem arrham secundum pacti fidem recuperari, sed ad pretij partem quæ soluta sit repetendam, emptori actionem nullam competere, aduersus venditorem qui pretium acceperit, needum rem tradiderit, verùm ad id duntaxat vt ea præstet quæ ex venditione præstari oportet, idest vt rem tradat. Quod aiunt de arrha secundum placiti fidem recuperanda, non obscuram habet rationem, quam & Accursius benè vidit, quòd arrha non sit pars pretij nec arrhæ datio pars vlla venditionis sed contractus quidam proprius & separatus qui venditioni solet accedere non tam vt venditionem perficiat quæ iam solo consensu perfecta sit quàm vt eam perfectam esse probet ac ostendat. Nihil etiam aliud est arrhæ datio si iuris communis rationem inspicimus, quàm venditionis perfectæ nendum impletæ argumentum vt Iustinianus scribit initio *Tit. De empt. & vendit. Instit. post Caium in l. quod sæpe 35. in princip. D. de contr. empt.* Sed de hoc genere contractus dicendum nobis erit latiùs & ex professo in Error. seq. Nunc sufficiat dixisse quod Accursius ex hac ipsa lege rectè infert, Non eò minùs esse rem integram quòd post emptionem & venditionem nudo consensu perfectam arrharum datio subsecuta sit, & ideò perinde facilè posse nuda voluntate resolui venditionem acsi arrha nulla esset data. Sed quanam actione possit hæc arrha secundum placiti fidem recuperari, quoniam Imperatores non exprimunt, controuersum est aut saltem dubium apud interpretes. Sunt enim qui putent actionem ex empto in id cómpetere, Alij condictionem ob causam dati quasi causa vel non secuta, vel finita. Accursius noster dat vtramque vt possit emptor eligere qua vti malit. Ex *l. ex empto 11. §. is qui vina D. de act. empt.* vbi hoc ipsum ab Vlpiano partim ex Iuliani, partim ex ipsius Vlpiani sententia scriptum videtur. Tractans enim ille de eo qui vina emerat, & arrhæ nomine certam summam dederat, posteà verò conuenerat vt emptio irrita fieret, ait Iulianum in ea fuisse opinione vt ex empto agi posse diceret ad arrham restituendam, vtilémque esse actionem ex empto etiam ad distrahendam, inquit, emptionem. Neque habet hoc dubitationem. Non enim cùm de arrha solùm modò agitur, sed generaliùs dici potest actionem ex empto aut vendito superesse plerunque etiam inempto fundo facto, vt in specie *§. præced. si quis virginem*, Et Pomponius docet *in l. sed Celsus 6. § 1. D. de contr. empt.* Ex quo loco apparet actionem hanc ex empto non dici vtilem quasi non sit directa cùm post resolutum contractum competit, vt vulgo putant interpretes, sed quia non tantùm directa est verùm etiam efficax, & quæ actori vtilitatem & cómodum afferat exactionis. Cæterum directam eam esse apparet ex eo quod competit ex contractu, qui cùm resoluitur id quidem agitur vt neutra ex parte contractus impleatur, sed non etiam vt omnis obligatio empti & venditi vtriq; contrahentium soluatur, quemadmodum scriptum est *in d. §. 1.* An autem condictio quoq; hoc casu competat, difficilius est dicere. Nec enim lex dicit, Accursius tamen & cum eo plerique omnes affirmant. Ego non puto, quia licèt non sit nouum vt ex eodem negotio duplex actio competat, & actio ex contractu & condictio, vt in *l. 4. & 5. C. de rer. permut.* Id tamen nunc accidit, cùm actio ex contractu datur ad rem vnam, condictio autem ad aliam: Sed vt condictio detur ad illud ipsum consequendum quod per aliam actionem peti possit inauditum est, Præsertim si actio illa sit bonæ fidei qualis est actio ex empto. Sunt enim condictiones omnes veluti subsidiariæ & quamuis ex bono & æquo introductæ, sunt tamen omnes stricti iuris. quarum neque vtilitas neque æquitas vlla esse potest ei qui de eadem re possit bonæ fidei actionem instituere. Sed & ne condictio dari hoc casu possit, illa iuris ratio impedit, quod nemo potest rem suam condicere nisi à fure *l. vlt. D. vsufr. quem. caueat. §. sic itaque Inst. de act.* Atqui per dationem arrarum non transfertur dominium vt sequenti capite probabimus Ergo earum condictio dari & competere nullo casu potest Sed apud Vlpianum sequitur alius casus dubitabilior, & qui ad tractatum nostrum De resoluenda post rem secutam venditione magis pertinet, Si annulus datus sit arræ nomine, & secuta emptione pretióque numerato & tradita re conuenerit vt emptio irrita fieret (hoc enim apud Vlpianum necessariò supplendum est vt dum sit), Vtrum condicatur quod ob causam datum sit, quasi causa sit finita, An verò ex empto agendum sit, Et Iulianus inquit, diceret ex empto agi posse. *Certè, inquit, etiam condici poterit quia sine causa apud venditorem est annulus.* Hoc verò est, quod difficilius videtur, & nostra indiget interpretatione. Primùm quia ineptè videtur concepta quæstio in hunc modum *si annulus datus sit arræ nomine & secuta empt.* Emptionem enim perfectam sequi debet arræ datio, non autem arræ dationem emptio *dict. l. quod sæpè*, & apud Iustin. *initio Tit. Inst. De empt. & vendit.* Deinde quia videtur hic posterior casus omnino diuersus ab eo quem Vlpianus primùm ex Iuliano tractauerat. Iulianus enim posuerat contractam primò emptionem, tùm eo nomine arram datam: postremò conuentum fuisse vt venditio irrita fieret, Ideóque dabat emptori actionem ex empto ad arram repetendam, quasi ad distrahendam emptionem. At in hoc posteriore casu ponit Vlpianus contractum emptionis cœpisse à datione arrarum, deinde secutam fuisse emptionem quæ nudo consensu perfecta posteà per traditionem rei & pretij numerationem impleta sit, Nec addit pactum vllum aut ante, aut post rem secutá interuenisse de resoluenda venditione: quod neque vtiliter interuenire potuit, secundum id quod in præcedentibus diximus, & probauimus, Post rem ex vtraque parte secutam non valere pactum quo conuenerit, vt venditio irrita fieret nec si actus prior similis vt vtraque parte intercedat vt & rei venditæ dominium possit recurrere ad venditorem & dominium pretij ad emptorem, sed necesse iam esse hoc casu retrouenditionem. Quis ergo color esse potest trahendæ ad hunc quoque casum Iuliani sententiæ? Sed quod me magis torquet, illud est quod condictionem dat Vlpianus in hoc

secundo casu quam nec Iulianus in primo dedit, neque in hoc posteriore quisquam ex iuris ratione dare possit ?. Eadem illa de causa quam nos attulimus, quòd nemo possit nisi à fure rem suam condicere, *d. §. sic itaque Inst. de act.* ne rursum ad condictionem dandam sufficiat eum qui agit non esse dominum, sed illud præterea requiratur vt contra eum agat qui sit dominus. Siquidem condictiones ex demum verè sunt per quas intendimus aduersarium dare oportere, vt ibidem Iustinianus ratiocinatur. Dare autem nihil aliud, est quàm dominium transferre *dict. l. vbi autem 75. paragrapho vltim. de verb. oblig.* fieri autem nequit, vt qui dominus non est, dominium in alium transferat *l. traditio 20. De acquir. rer. domin.* iunct. *l. nemo plus iuris 54. de reg. iur.* Atqui certum est neque emptorem qui arram dedit transtulisse dominium arræ in venditorem, nec proinde venditorem posse dominum esse rei pro arra datæ. Ergo neque condictione agere potest emptor, neque venditor conueniri. Et quamuis duplicem suæ sententiæ rationem Vlpianus afferat, Primam quòd causa finita sit ob quam datus fuerat annulus, Alteram quod iam incipiat annulus esse sine causa apud venditorem, Neutra tamen est bona. Fateor quod ad condictionis dandæ causam pertinet nihil interesse an quid ab initio datum vel promissum ob causam quæ vel finita vel non secuta fuerit *l. 1. §. sine ab initio D. de cond. sine caus.* Sed dico illud semper necessariò exigi vt dominium non modò amissum fuerit ab eo qui dedit, verùm etiam translatum in eum qui accepit. In proposito autem arræ dominium neque amissum, neque translatum fuit. Nec proinde illud etiam sufficit ad dandam condictionem sine causa, vt rei quæ condicitur possessio penes alium sine causa sit, sed illud potissimùm & maximè vt res ipsa, id est rei dominium & proprietas. Quod hîc non contingit, Imò verò cùm possit emptor qui arram dedit eam vindicare omni casu quo arra restituenda est vt fatentur omnes *in dict. l. 3. Cod. de act. empt.* apparet non posse nos hoc casu cum Vlpiano dare emptori condictionem, quin contra iuris rationem inducamus vt concurrat condictio cum vindicatione. Neque aut Bartolus aut alius quisquam ex interpretibus aliter se hinc potest euoluere, quàm vt dicat condici hoc casu possessionem annuli non ipsum annulum: quod ridiculum est, non solùm quia de annulo ipso condicendo non de annuli possessione Vlpianus loquitur, tum quia non magis possessio quàm dominium arræ transfertur ab emptore ad venditorem, vt posteà ostendemus. Addunt quidem interpretes, Posse etiam dici dominium rei pro arra datæ in ea specie quam Vlpianus tractat, fuisse translatum in venditorem vt condici ei possit. Sed totum id commentitium est, adeóque absurdum quia implicat contradictionem vt quid detur arræ nomine ab emptore, & vt eius rei dominium in accipientem transferatur, quemadmodum probabimus. Quid ergo superest, nisi vt totam hanc sententiam quæ Vlpiano adscribitur Triboniani esse fateamur? Nam & inauditum illud est vt ex contractu nominato detur condictio *l. vltim. D. de cond. ob caus. dat.* nec Bartol ipse negat, sed respondet æquè malè dari hoc casu condictionem pro arra, Arram autem esse contractum nominatum, Quasi verò aliquis hîc sit contractus arralis differens & diuersus à contractu emptionis, ita vt si vnus contractus nominatus, alius innominatus: quod certè multominùs dici potest. Accedit enim pactum arratum contractui emptionis, nec sine eo potest subsistere nec cum eo propriam vllam habere naturam nisi cùm proprias & insolitas aliquas habet conditiones, Licèt Bartolus dicat stare, de per se, vt loquitur, contractum arræ. Sic enim legendum est apud Bartolum *non tamen quin non quod staret ac per se contractus arræ* Melius Castrensis *in l. 3 Cod. de action. empt.* Esse quidem contractum arratum per se separatum à venditione sed accessorium ad eam. Quod si accessorius tantum est, non ergo potest subsistere sine suo principali. Ideóque negotium venit in actionem ex empto quasi pars quædam emptionis. Nec est quod dicas cum Bartolo, Venire pactum arrale in actionem ex empto sicuti pacta cætera incontinenti apposita. Nam pactum arrale licet in continenti apponi soleat, perinde tamen valet suumque effectum habet, tum quoque cùm interpositum est ex interuallo quia dationem admixtam habet. Cum igitur actio ex empto detur etiá ad hoc vt arra restituatur, apparet arram quæ ex contractu nominato petitur, non posse peti per condictionem quin detur condictio ex contractu nominato: quod nec interpretes ipsi admittunt. Proinde cogunt me hæc omnia, vt, ab illis verbis *d. §. itaque visa, Ego illud quæro* putem esse omnia Triboniani abutentis nomine & authoritate Vlpiani vt falsam & à iuris ratione alienam opinionem nobis insinuaret. Quid enim attinebat, quærere an impleta venditione ex vtraque parte repeti arra posset, & quanam actione? Quis vnquam, scilicet de eo dubitauerat quin & repeti posset arra & per actionem ex empto repeti deberet. Quo admisso quid otiosiùs, quam quærere vtrum etiam condictio ex hac causa dari deberet? Quid ineptius quàm dare conditionem domino contra non dominum, idque ex contractu etiam nominato? Quid stultius quàm ei qui habeat actionem bonæ fidei accommodare strictam, quæ & minùs vberes habeat præstationes, & difficiliores facti probationes exigat? Quis enim tam stupidus futurus sit vt pro actione bonæ fidei malit strictam eligere? Quænam denique aut vtilitas, aut necessitas strictæ actionis aduersus communes iuris regulas inducendæ, cùm actio bonæ fidei competit. Nihil ergo in tota illa sententia veri aut æqui est nisi quod dicitur Iulianum in proposita specie daturum actionem ex empto ad arram repetendam, Si enim fuit Iulianus in ea sententia vt actionem illam ex empto daret ad arræ repetitionem, illo etiam casu quo per datum resoluta fuisset venditio rebus omnibus integris, Quidni daret multò magis eo casu quo venditio non resoluta fuerit sed impleta ex vtraque parte? Nam nec aliam ob causam arra datur, quàm vt penes venditorem remaneat in signum & argumentum contractæ venditionis quousque impleta venditio sit: Non quòd perinde non sit restituenda arra quoties contractus siue re integra, siue post rem secutam resoluitur, sed quia datur semper arra eo voto vt contractus impleatur non vt resoluatur. Itaque quandiu non est impletus aut resolutus tenet datio arræ quia potest adhuc contractus impleri, licèt possit etiam resolui, non quia possit resolui, Tametsi resolutio eúdem effectum habeat quem implementum, quoniam efficit ne implementum sperari & expectari ampliùs possit. Id ergo agitur inter emptorem & venditorem cùm arra datur vt restituatur cùm impletus contractus erit, quia nullo est opus indicio & argumento contractæ venditionis cùm effectus iam ex vtraque parte secutus est, licèt cùm arra daretur nihil dictum sit de ea vel hoc, vel illo casu restituenda. In emptis autem & venditis potiùs id quod actum quam quòd dictum est, sequendum est, vt ratiocinatur Pomponius *in dict. lege sed Celsus 6. §. 1. D. de contr. empt.* Proinde quis miretur dari hoc casu actionem ex empto ad hoc vt arra restituatur? Datur enim ad id omne quod vel emptorem venditori, vel venditorem emptori ex bona fide præstare oportet, sed maximè ad id quod

actum

actum est vt fieri debere. Ex quo intelligimus, quàm improbabilius illud sit quod de suo ingenio addit Accursius *in d.l.* 2. post hoc casu competere emptoris actionem Præscriptis verbis. Cùm enim non competat ex eo quod dictum, sed ex eo tantùm quod actum est, qui fieri potest vt actionem Præscriptis verbis hoc casu inducamus? cuius vel nomen ipsum ostendit dari eam ex verbis conuentionis in ipsa Prætoris formula præscribendis, nec proinde dari posse de ea re de qua nihil dictum nihil verbis expressum sit. Non nego, posse actionem præscriptis verbis cum actione ex empto concurrere, sed eo demum casu quo agatur ex pacto incontinenti apposito post venditionem, vt *in l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vendit.* Ne alioqui peior sit conditio contractuum bonæ fidei, quàm stricti iuris ex quibus certum est nasci actionem Præscriptis verbis ad id quod comprehensum est pacto incontinenti apposito, quoniam actio stricta quæ ex contractu ipso nascitur informari per pactum non potest *l. vltim. C. de rer permut. l. legem 9. C. de donat. l. frumenti 17. C. de vsur.* quomodo possunt informari actiones bonæ fidei *l. iuris gentium §. quinimò D. de pact.* Atqui pactum arrale potest interponi etiam ex interuallo post venditionem perfectam, quo tamen casu nemo dixerit actionem præscriptis verbis ex pacto dari posse. Actio igitur ex empto sicut in eius rem sola necessaria est, ita & sola competit. Multò minùs ferre possum quod Accursius & post eum cæteri dant etiam condictionem ob causam vt arra restituatur. Condictioni enim ob causam tùm demùm locus est cùm datum aliquid fuit ob causam quæ posteà secuta non sit, ideóque cessat ea condictio quoties secuta fuit causa *Tit. ill. tit. D. & C. de cond ob caus. dat. caus. non secut* Atqui cùm arra data est ob eam causam vt venditio impleretur, negari non potest, quin postmodum impleta venditione causa sit secuta, Non igitur fieri potest vt repetatur arra per condictionem ob causam. Eadémque ratio facit, vt intelligamus non aliud de condictione sine causa dici oportere. Nam nec ea competit quoties datum aliquid fuit ob causam, quæ quandoque secuta fuerit *d.l.* 1. *§ sine ab initio D. de cond sin. caus.* Nec rursus video, qua ratione possimus dicere cum Triboniano *in d. §. si qui vina*, finitam esse causam ob quam data arra fuerat, cùm venditio ex vtraque parte fuit impleta. Non enim datur arra ne liceat ab emptione discedere, quod amplius non licet post secutum implementum, & quæ causa sanè finita esset per implementum si causa esset. Sed è contrariò potiùs vt signum sit & argumentum venditionis contractæ: quę tamen cùm impleta est non solum non desinit esse contracta sed etiam in eum statum deducitur vt resolui ampliùs nunquam possit. Manet igitur causa dandæ arræ nec finitur vnquam quamdiu venditio manet impleta, nec proinde condictio vlla vel ob causam vel sine causa emptoris competere potest ad arrę repetitionem. Quę omnia cum ita sint, fatendum est solam actionem ex empto competere emptori ad arram repetendam, si de personali actiones quæramus. Nam & actio in rem competere potest, id est vindicatio si emptor fuerit dominus eius rei, quam dedit arræ nomine, & res extet atque appareat. Alioqui siue desierit extare, siue non appareat actio ad exhibendum necessaria est quàm porro competere ita dicendum est si modo emptor dominus fuerit. Nam si non fuerit, sola competit actio ex empto. Nisi etiam intersit ex iusta causa eius qui arram dedit quamuis dominus non fuerit *l.* 3. *§. sciendum & §. mecum D. ad exhib.*

ERROR V.

De pacto arrali. Ad leg. 3. C. de act. empt.

SEd priusquàm ad reliqua pergamus quæ peccauit Accursius circa interpretationem *dict. l.* 2. *Cod. quand. lic. ab empt. disced.* dicendum aliquid est & interiiciendum de pacto arrali vt vocant Impp. *in l.* 3. *C. de act. empt.* & de contractu dationis arrarum, vt loquitur Iustin. *in leg. contractus* 17. *C. de fid. instr.* vbi tractans de contractibus omnibus quos in scriptis fieri conuenerit, etiam meminit dationis arrarum. Extra hos duos iuris locos vix vllam in libris nostris aut pacti, aut contractus arralis mentionem reperias. Arrarum sanè quæ in venditionibus iam olim sæpè dari solebant sicut frequentissimus erat vsus, ita non infrequens mentio fit, vt *in l. quod sæpe* 35 *in princip D. de contr. empt. l. vlt. D de leg. commiss. l. cuicunque* 5. *§. item si institutor D. de instit. act l. ex empto* 11. *§ si qui vina D. de act. empt l.* 2. *Cod quand lic. ab empt. disced.* Itemque arrarum quæ dari solebant sponsaliorum nomine *in l.* 3. *C. de sponsal.* Sed nullibi tot locorum videas dici pactum arrale, Ideò fortasse quòd cùm arra simpliciter dabitur nullo alio pacto interueniente, non tam per actum id fiebat, quàm per dationem ipsam aut potiùs traditionem eius rei quæ pro arra dabatur: neque rursum ob eam causam vt pactio illa obligationem aliquam vel naturalem induceret, quæ posteà exceptionem aut retentionem pariture esset, quamuis pro causa haberet iam perfectam venditionem, sed tantùm vt esset indicium & argumentum venditionis iam contractæ, Ne scilicet in potestate esset eorum qui contraxerant, negare contractam esse emptionem *d. l. quod sæpe* & apud Iust. *in Inst. Tit. de empt. & vend.* Est enim venditio facti *l. consilio* 7. *§. vlt. D. de curat. furios.* facti autem probatio non semper facilis, at plerúmque difficilis est. Non ergo paruum momentum est in arræ datione, per quam probetur emptio, licèt neque obligatio, neque actio vlla ex ea inducatur, at neque exceptio. Venditoris siquidem esset excipere de arra data, si fortè emptor qui arram dedisset, soluere pretium & emptionem implere recusaret, ac nihilominùs venditorem vrgere vellet ad traditionem. Atquin hoc fieri non potest, cùm offerre debeat emptor pretium priusquàm possit agere ex empto ad rem tradendam *l. Iulianus* 13 *offerri D de act. empt.* Nulla ergo indiget exceptione venditor, vt effugiat actionem ex empto si non priùs emptor ex parte sua satisfecerit. Vbi verò satisfecit, debet arræ datio nocere iam, non prodesse venditori, vt ex sua quoque parte venditionem implere teneatur, aut saltem arram reddere si mutuo consensu venditio resoluatur secundum ea, quæ in præcedentibus disputauimus ex *l. ab emptione* 58. *D. de pact.* Et hoc esse mihi videtur quod scriptum est *in d. l.* 3. *C. de act. empt.* Ex arrali pacto personalem duntaxat actionem paciscentibus præparari. Non ait lex quod ad eam notat Bald. ex arrali contractu nasci personalem actionem non in rem. Primùm quia non loquitur de contractu, sed de pacto tantùm ex quo nunquam datur actio nisi sit legitimum, aut in rei alicuius traditione appositum, aut incontinenti post aliquem contractum. Deinde quia non dicit actionem personalem ex huiusmodi pacto dari, sed præparari Nec ad differentiam actionis in rem, Quis enim daret actionem in rem ei qui non esset factus dominus? Sed ob hoc ipsum vt intelligamus ne quidem personalem vllam obligationē oriri ex hoc pacto, sed tantùm præparari: Adeóque

nec si tale pactum vt plerùmque sit adhibitum sit incontinenti post contractum bonæ fidei, quia non ideò adhibetur vt legem aliquam & formam det contractui, neque vt ei addat aliquid vel detrahat siue circa substantialia, siue circa accidentalia aut naturalia contractus quæ Papinianus adminicula vocat *in l. pacta conuenta 72. D. de contr. empt.* (ad nullam enim horum referri arra potest) sed ob id tantùm vt probationem inducat perfectæ contractæque venditionis: quæ res nihil commune habet cum causa producendæ actionis. Quare nec Imperat. ita loquuntur *in d. l. 3.* vt dicant ex arrali pacto præparari actionem emptori aut venditori, sed paciscentibus quod summè notandùm est vt intelligamus non posse legem intelligi de ea actione quæ ex pacto ipso arrali nascatur. Si qua enim nasceretur, ea vtique competeret soli emptori qui arram dedisset, non venditori qui acceptsset. Aut si cum prima interpretatione Accursij sic legem intelligere quis velit, vt si fortè venditor cui data fuit res aliqua arræ nomine, ab eius rei possessione ceciderit, nullam ex ea causa possit habere actionem in rem contra possessorem, sed tantùm triticariam, Non debuerant Imperatores loqui de paciscentibus aut contrahentibus, sed tantùm de venditore, cùm dubitari non posset in emptore an talem actionem habere deberet ex datione arræ quam ille ipse dedisset, Nemo enim dando vel tradendo rem suam acquirit sibi ex eo facto actionem sed tantùm ex pacto si quod adhibeat in traditione rei suæ *l. in traditionib. 44. D. de pact.* At quamuis ex pacto arrali nulla actio nascatur neque venditori, neque emptori, præparatur tamen vtrique. Quoniam cùm sit argumentum contractus non minùs venditionis quàm emptionis, siquidem nec venditio esse potest sine emptione, nec emptio sine venditione. Adeò vt veteres his nominibus emptionis & venditionis promiscuè vterentur *l. veteres 19. D. de action. empt.* Non minùs interest emptoris quàm venditoris, nec minùs venditoris quàm emptoris vt appareat & in probato sit contractum mutuo consensu perfectum esse, vt ex eo possit agere ad implementum postquàm ipse impleuerit. Et quamuis arra detur venditori ab emptore, in vtriusque tamen vtilitatem datur nec magis vt prosit venditori quàm emptori aut contrà, sicut nec nisi mutuo vtriusque consensu venditio perficitur. Præparat itaque actionem ex vendito venditori & actionem ex empto emptori. Præparat inquam non parit. Contractus namque emptionis & venditionis ille est qui ambas istas actiones parit, sed quia non aliter competunt, quàm si contractus emptionis, & venditionis præcesserit, quæ facti quæstio præparatoria est ad condemnationem vi actionis extorquendam, Non inelegantèr dicit lex præparari actiones istas per arrale pactum, hoc ipso quod per huiusmodi pactum emptio & venditio probatur in fauorem vtriusque. Licet enim non præparet natiuitatem actionis iam ex ipso emptionis contractu natæ, præparat tamen ipsius vim & potestatem quæ tota in eo est vt tandem eliciat condemnationem, cui tamen nunquam locus esse potest nisi actione bene præparata, id est necessariis omnibus facti probationibus instructa. Accursius autem noster etsi bene vidit, Aliud esse nasci aut oriri actionem personalē ex arrali pacto, Aliud verò præparari, hunc tamen sensum assecutus non est. Cùm hanc differentiam sic explicat, quæ secunda ipsius interpretatio est, vt emptor qui arram dedit non ideò fiat rei emptæ dominus, sed personalem duntaxat habeat actionem ex empto ad rem tradendam, quia dominium rei venditæ non possit transire in emptorem sine traditione, sicut nec per solam pretij solutionem. Etsi enim totum hoc verum est ad legis tamen verba non est accommodatum, Non solùm quod nemo sit tam imperitus qui rescripto aliquo Imperatorum egeat vt credat, Ex sola donatione arræ non posse transferri dominium in emptorem, nec posse illi ob hoc solùm aliquam actionem in rem, & vindicationem præparari, sed etiam quia hæc ipsa actio personalis quæ competit emptori contra venditorem, non ex datione arræ nascitur, sed ex contractu ipso emptionis. Lex autem loquitur de actione quæ ex ipso arrali pacto præpararetur. Non igitur de actione ex empto, nisi actionis præparationem eo quo diximus sensu intelligas, Vt mirer interpretationem hanc Paulo Castrensi placere potuisse, & magis, quod ille addit, Eam Doctorib. communiter placere. Neq; subtilius est, quod post Salicetum alij putant, esse illam legis sententiam vt datum arrarum nomine personali actione repeti possit Nam & illa personalis actio ex empto est, non condictio aut præscriptis verbis, vt superiore capite probauimus, neque ex pacto arrali nascitur sed ex ipso cōtractu emptionis & vēditionis, nullo quoque pacto arrali interueniente Ac prætereà non posset actio illa competere, nisi emptori qui arrā dedit, & in cuius solius persona potest locus esse quæstioni De arræ repetitione, non etiam in persona venditoris qui eam accepit. Solius n. est emptoris dare, venditoris accipere. Atqui lex ait ex arrali pacto personalem tantum actionem præparari paciscentibus. Non ergo soli emptori sed etiam venditori. Alioqui non de paciscentibus in genere loquendum erat, sed tantùm de emptoribus. Alis quoque Accursij interpretatio displicet, quæ ponit conuenisse inter emptorem & venditorem in ipsa ratione arrarum, vt soluto per emptorem pretio arræ ei restituerentur. An non enim prorsus inutile ac superuacuum fuisse huiusmodi pactum, quando etiam nulla pactione interueniente perinde sint restituendæ emptori arræ per actionem ex empto, vt diximus ex *d. l. ex empt. 11. §. si quis vina D. de act. empt.* Nam quod addit Accursius de condictione sine causa & de actione Præscript. verbis iā refutauimus. At omniū improbabilissima est placentini explicatio quæ apud Accursium postrema est, quod Imperatores tractant de arrali pacto, debere intelligi de pacto illo tacito quod inquit se semper intelligitur super arris scilicet vt si emptorem pœniteat perdat arras, si venditorem duplum reddat ex *l. contractus 17. Cod. de fid. instrum.* Et enim illa lex constitutio noua Iustiniani, & inducens ius nouum, de quo non potuerunt cogitare Imperatores Diocletianus & Maximianus, qui longo temporum interuallo Iustinianum antecesserunt: Et ex ipsis verbis nouæ constitutionis apparet non ita ius olim fuisse, vt vel emptor arras perderet, si emptionem implere recusaret, aut si venditor venditionem, duplum redderet, quemadmodum sequenti capite latiùs dicemus. Quamquam autem quæ ea supra est à nobis allata interpretatio non solum improbabilis non est, sed etiam probabilior cæteris omnibus quas alij attulerunt. Vereor tamen ne quid elegantius lateat sub cortice verborum *dict. l. 3. Cod. de action. empt.* quod neque ab alio vllo interprete, neque à nobis ante hunc diem fuerit animaduersum. Nempe distinguendum esse dationem arrarum à pacto arrali. Dationem arrarum non esse pactum, quia incipit à datione non à conuentione. Pactum autem arrale illud dici quod in ipsa donatione arrarum interuenit, non tacitè vt Placentinus dicebat sed expressa conuentione. Qualis olim erat illa vt emptor arram perderet, de qua *in dict. lege vltim. Digest. de leg. commiss.* Et illa rursum vt venditor duplum redderet. Nec enim credibile est Iustinianum hanc dedisse naturam dationi arrarum *in dict. lege contractus 17. Cod. de fideicom. instrum.*

nisi

nisi quia frequens erat vsus eiusmodi pactionum quoties arra dabatur. Quemadmodum & alijs plerisque casibus ex frequentia pactorum quæ in contractibus addi solebant, inductum ille ius nouum vt quamuis non addita, pro additis tamen haberentur, vt *in l. vlt. Cod. quæ res pignor. oblig. poss.* iunct. *l. & quæ nondum* 13. *§ quod dicitur D. de pigno. l. vlt. C. de remiss. pignor. l. vlt. C. de fideiuss.* Possunt & alia eiusmodi pacta pleraque excogitari quæ ad dationem arrarum pertineant, dum ne illud sit quod vnum Accursius attulit & nos improbauimus, de reddenda arra soluto pretio. Esset enim hoc pactum inutile vt diximus, quia tacitè inesset. Veréque hoc casu locum haberet quod iactari solet vulgari nostrorum brocardico, Expressionem eorum, quæ tacite insunt nihil operari. Quandoquidem non minùs competeret actio ex empto aut vendito ad id quod actum est licèt dictum non sit quam ad id quod dictum & expressum est *l. sed Celsus* 6 *§. 1. D. de contr. empt.* Porrò habent omnia huiusmodi pacta arralia hoc proprium, & speciale, quod interponuntur semper aut incontinenti post contractum, quo maximè tempore dari arræ solent, aut si ex interuallo, saltem re integra præsertim ex parte emptoris, id est pretio nondum per eum soluto. Et consequenter eo tempore quo resolui adhuc contractus potest & res empta inempta fieri siue ex altera parte fuerat rēs secuta, vt *in dict. l. ab emptione*, siue ex neutra, vt *in l. 2. & 3. §. 1. D. de rescind. vendit.* Ob eámque causam solebat in huiusmodi pactis plerumque illud adiici, vt venditio irrita & res inempta fieret, vt *in dict. l. vltim. D. de leg. commiss.* Ne aliqui in potestate vnius ex contrahentibus positum videretur vt inuito altero irritam faceret venditionem, quod esse nonquam debet *l. hæc venditio* 17. *D. de contrah. empt.* Sed & proprium illud erat huiusmodi pactorum vt essent conditionalia, & eam conditionem haberent. Si ex alterutra parte contractus non impleretur *dict. l. vlt. de leg. commiss.* Proinde nulla poterat ex iis pactis nasci actio eo tempore quo interponebantur quamuis incontinenti post venditionem facta essent, Vt neque vlla nascitur ex contractu conditionali priusquàm conditio impleta sit *l. cedere diem* 213. *De verbor. significat.* Quid ergo? Præparatur tantùm actio paciscentibus vt scilicet ex eo pacto possit ille agere in cuius gratiam pactum fuit interpositum quando pacti conditio existet. Sed quænam actio? Ex empto si emptor sit qui agere volet, Ex vendito si venditor. Finge pactum fuisse emptorem cùm arras dabat vt si venditor non traderet rem venditam intra certum tempus res inempta fieret ac venditor duplum arrarum redderet. Præparatur emptori ex hoc pacto actio ex empto per quam duplum arrarum consequi possit & debeat à venditore si commiserit venditor aduersus legem venditionis. Quænam enim alia possit actio competere quàm ex contractu, licèt sit ille resolutus? Nempè quia quod ad hoc resolutus non est, de quo præstando conuenit in casum ipsum resolutionis, neque id actum videri potest vt omnis obligatio empti & venditi vtrique contrahentium solueretur *dict. l. sed Celsus §. 1. in fin.* Alioqui noceret pactum emptori pro quo tamen esset adhibitum, vt ibidem Pomponius ratiocinatur, & Marcianus in alia specie *in l. in ratione* 40. *§. tametsi D. ad leg. Falcid.* Imò nec aliter inemptus est hoc casu fundus quèm si inemptum eum velit is qui pro se ita pactus fuit, vt de pacto commissorio scriptum est *in l. 2. & 3. D. de leg. commiss.* Ex contrario autem finge pactum fuisse venditorem vt si emptor intra certum tempus pecuniam pretij non solueret, non tantùm arras datas emptor perderet (ex illo namque pacto sola retentio posset competere non etiam vlla actio nasci) sed præterea præstare teneretur quanti venditoris interesset, Et vt quantò minoris eadem res alij postmodum venisset, id emptor venditori præstaret, quod in venditionibus sæpe conuenire solet, vt *in d. l. sed Celsus §. 1.* quod Galli dicunt *au peril de la folle enchere.* Præparabitur hoc casu actio venditori, eáque ex vendito contra emptorem ad id quod interest venditoris *d. §. 1.* in cuius specie licet nullæ arræ datæ proponerentur, quis tamen dicat ob id minùs competere ex huiusmodi pacto actionem ex vendito, quod tale pactum in ipsa datione arrarum interuenerit? Nam & arræ vt plurimum incontinenti post contractam venditionem, & tùm quoque cùm dantur posteà, & ex interuallo, quia tamen dantur semper re integra, consequens est vt pacta omnia quæ & in ipsa arrarum datione, & circa arras fiunt non minùs insint contractui ad formandam ex eo actionem, quam si incontinenti essent apposita cum pertineant semper ad substantialia contractus, ob conditionem illam quam habent perpetuam. Si contractus, ob eo non impleatur contra quem pactum interponitur. Idque ex regula quam tradit Vlpianus *in l. iuris gentium* 7. *§. adeò autem De pact.* Adeò bonæ fidei iudiciis & pactiones postea factas inesse si modò sint ex eodem contractu, id est tales quæ ad substantiam contractus pertineant, vt quandiu res secuta non est possit etiam abiri ab emptione. Neque tamen nego posse hoc casu etiam actionem præscriptis verbis ex huiusmodi pacto arrali præparari, quàm certum est posse concurrere cum actionem ex vendito etiam ex pactis incontinentis appositis, vt *in l. 2. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Nam quod in præcedentibus negauimus, dandam esse actionem Præscriptis verbis ad arrarum repetitionem, eo casu procedit, quo nullum de arris restituendis pactum interceesserit, vt *in l. ex empto* 11. *§. si quis vina D. de action. empt. l. 2. C. quand. lic. ab empt. disced.* Quemadmodum autem per arrale pactum actio personalis paciscentibus præparatur, ita & multò magis exceptio ex *reg. l. 1. §. is autem D. de superfic.* Itaque si arram à se datam vindicare emptor velit aduersus venditorem, quod pro suo iure facere potest, vtique pacti arralis exceptione repelletur. Eritque hoc casu necessaria exceptio. Non etiam si velit emptor agere ex empto ad arram repetendam. Etenim præter id quod exceptiones pacti sicut & dóli insunt ipso iure iudiciis bonæ fidei *l. 3. D. de rescind. vendit.* absurdum sanè est dicere dandam esse actionem ex empto ei qui contra pactum circa substantialia contractus appositum venire velit.

ERROR VI.

De contractu dationis arrarum. Ad constitutionem Iustiniani in l. contractus 17. C. de fid. instrum.

Atque hæc quidem ita, vti diximus, iure vetere obtinebant. Iustinianus autem vt in alijs ferè omnibus iuris partibus, ita & quod ad pactum arrale pertinet multa innouauit, in ea celebri constitutione quæ extat *in l. contractus* 17. *Cod. de fid. instrum.* quæ omni ex parte ius nouum continet. Ac primùm in eo, quod constituit de venditionibus, emptionibus, cæterísque contractibus habitis in scriptis, vt propriam ac specialem quandam naturam habeant a cæteris eiusdem generis contractibus

tractibus differentem. Etsi enim iam ante ii sit comparata erat vt possent omnes contractus in scriptura ... liqui quoties ita placeret contrahentibus, siue vt proptior & certior esset rei gestæ probatio, siue vt longior & ad futuram memoriā, quæ duplex ratio ... interponendæ scripturæ l. 4. D. de pig. l. 4. ... l. pecunia 14. C. de solut. Iuanditum tamen ... vt propter iniunctam necessitatem adhibenda ... prisca, natura cōtractus immutaretur: quæ tamen hodie sic immutatur, vt quisquis contractus ille sit qui aut nudo consensu vt emptio & venditio, aut rei traditione vt permutatio, aut etiam verbis vt stipulatio perficiatur, non priùs hodie perfectus dici possit, licèt consensus, vel traditio, vel stipulatio interuenerit, nec aliter vires vllas habeat, quàm si instrumentum in mundum receptum, subscriptionibúsque partium confirmatum, & si per tabellionem conscribatur, etiam ab ipso completum & postremis partibus (sic enim mallem legere quàm vt vulgò postremo à partibus) id est omnibus suis partibus, quib is nec postrema desit ad solutum: vt nulli liceat prius quàm hæc ita processerint & præcesserint, vel à scheda conscripta, licèt literas vnius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo quod necdum est completum vel absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vindicare. Adeò, inquit, Iustinianus, vt nec in huiusmodi venditionibus liceat dicere quod pro pretio statuto necessitas venditori interponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoria interest ei persoluere Quibus verbis ostendit apertissimè ita ius olim fuisse vt quamuis de venditione in scriptis facienda conuenisset, attamen statim atque pretium solutum fuerat, liceret emptori actione ex empto cogere venditorem vel ad rem tradendam, vel quanti eo nomine interesset emptoris, quamuis nondum de eo contractu instrumentum vllum scriptum esset & redactum in mundum, quippe quòd solo consensu solaque pretij conuentione perficeretur venditio, etiam quæ in scriptis fieri deberet. Quare & vix alio iuris loco inuenias factam mentionem distinctionis huius in venditionibus adhibendæ An in scriptis factæ essent, aut sine scriptis. Nam quod scri tum legimus in l. cùm inter 4. C. de peric. & commod. rei vend. adiectio sine dubio est interpretis coiusdam respicientis ad supradictam Iustiniani constitutionem, cuius certè magnus & præcipuus effectus ad eum maximè tractatum pertinet. De periculo & commodo rei venditæ, in quo nec aliud infici solet, quàm vtrum perfecta venditio sit necne, vt sciatur an periculum rei venditæ ad emptorem spectare debeat, an ad venditorem l. 1. 2. & pass. eod. tit. l. 1. l. si quis vina 4 l. necessario 8. in princip. & pass. D. eod. l. quod sæpè 35. §. in his D. de contr. empt. quibus tamen in locis omnibus eùm nulla distinctionis huius mentio fiet, quæ nullomodo prætermitti potuisset, vel ea eo maximè intelligimus non fuisse illam prudentibus cognitam, nec magis Imperatori Gordiano, cuius ea lex est, & qui multis seculis Iustinianum antecessit. Ideòque & in quibusdam editionibus desunt apud Gordianum verba illa quæ nos interpreti adscribenda dicimus tanquam desumpta ex d. l. contractus, & vt id conijcere liceat, sunt lineis inreclusa, vt solent cætera quæ sunt suspecta. Vellem ego ad eundem modū notata esse postrema illa verba quæ lego apud Vlp. in l. item quæritur 13. §. vlt. D. loc. nisi in scriptis certum tempus conductione comprehensum est, nisi quod probabilius videtur vt ea Triboniano adscribamus, volenti ea noua lege Iustiniani addere exceptionem ad omnia quæ Vlpianus in eo §. vlt. scripserat de tacita reconductione ob solam patientiam inducenda, quasi non debeat ea reconductio tacita induci cùm locatio in scriptis facta est, id est, vt Bartolus explicat, cùm ab initio conuenit vt scriptura esset de substantia locationis secundum formam d. l. contractus. Quod eo casu non aliud tempus videatur deductum in locationem, quàm quod scriptura comprehensum est, licèt aliquid certum sit locationem perinde ac venditionem perfici solo consensu, nec scripturæ vllius adminiculo indigere, quemadmodum ex eodem Vlpiano scriptum est in l. seq. & ab Imperatoribus in l. emptorem 9. l. contractus 14. C. eod. in quibus mirum esse perinde additam illam exceptionem nisi cum in scriptis locatio fit si eo tempore aliquis eius distinctionis & exceptionis vsus fuisset. Quamquam non facilè video quem rationis colorem habeat ista exceptio, etiā supposito iure nouo, quod Iustinianus induxit. Etsi enim fecit ille vt cum conuenit de contrahendo in scriptis, contractus qui alioquin nudo consensu perficeretur, non priùs sit perfectus, quàm scriptura interuenerit eáque completa & absoluta sit, Non tamen fecit vt contractus ab initio perfectus in scriptis, non possit ex tacita voluntate partium continuari vltra id tempus quod in scriptura fuerat comprehensum, Nouaque in eam rem opus esset constitutione Iustiniani, quæ faceret vt contractus ab initio in scriptis habitus non nisi per scripturam continuari posset quod esse multo durius ne dicam absurdius. Reconductio enim noua conductio est, magis quàm continuatio prioris conductionis, & id. irco nouam habet naturam ex communibus iuris regulis non ex prima conuentione æstimandam. Vnde nec illud improbo quòd vulgo interpretibus placet ad d. l. contract. & ad l. test. 18. C. de testib. quæ eiusdem Iustiniani est & velut pars eiusdem constitutionis vt ex inscriptione & subscriptione apparet. Tum quoque cùm de contracto scribendo conuenit, censendum tamen esse contractum sine scriptis potius quàm in scriptis nisi expressim conuenerit, vt ad substantiam contractus scriptura interponatur, Vt scilicet à iure communi quàm minimùm fieri potest recedatur, ... ius nouum & exorbitans facilè vltra verba constitutionis extendatur. Consequenter fecit Iustinianus ius nouum in eo quod constituit, vt quamuis consenserint contrahentes in pretio emptionis non sit tamen in potestate emptoris quantumlibet pretium offerentis (hoc enim addendum est ad verba constitutionis l. Iulianus 13. §. offerri D. de action. empt.) necessitatem imponere venditori vt vel contractum venditionis perficiat, id est in scripturam completam & absolutam redigat, & deinde rem tradat, vel id quod emptoris interest, ei persoluat. Sed caput hoc constitutionis pendet à priore. Nam quo casu emptio & venditio solo consensu perfecta non est, eo casu nec vlla ex empto aut ex venditio actio nasci potest. Nulla enim aut in venditionibus aut in alio contractuum genere actio est comparata ad perficiendum contractum qui adhuc sit imperfectus, quia prius est vt contractus perfectus sit, quam vt ex eo nasci actio possit Potest quidem agi vt impleatur contractus qui nondum impletus est, sed ita demùm si iam perfectus sit, vt in l. si quis alienam 46. D. de action empt. quoniam aliud est perfici contractum, aliud impleri: Cæterùm probat euidentissimè clausula ista legis Iustinianeæ quam verùm sit, quod nos toties diximus & probauimus in præcedentibus, Venditorem post perfectam nudo consensu venditionem non teneri ad id præcisè vt rem tradat, sed alternatiuè, vt vel tradat rem, vel præstet id quod interest iuxta l. 2. eod. tit. l. si tradat 4. C. eo Nec video quemquam ex interpretibus qui contrariam sententiam defendunt, cui in mentem venerit aliquid ad hune textum respondere. Nam si ea tantum ratio probanda est quam affert Castrensis, Cur venditor qui ad

factum

factum obligatus est, cùm sit obligatus ad tradendum *l. si rem tradi* 28. *De verb. oblig.* non liberetur præstatione eius quod interest, Quia inquit, traditio hæc ordinatur ad translationem dominij & ideo non merum factum continet, sed etiam dationem, cùm ex ea traditione quam venditor facere debet, consecutiuè transferatur dominium si erat penes tradẽtem *d. l. ex empt. §. 1.* Ergo quod *in d. l. contract.* ait Iustinianus de danda venditori electione vt vel rem tradat vel præstet id quod interest emptoris, ad eum casum erit restringendum, quo aliena res vendita sit cuius dominium in emptorem transferri non possit: Quod tamen absurdum planè sit dicere. Quid enim attineret laborare tantoperè in perficienda venditione, totque numeris & circumstantiis absoluenda si de rei alienæ tantùm venditione facienda Iustinianus sentiret? Et hoc quoque admisso, vt ea lex etiam in illo casu alienæ rei venditæ locum habere debeat, Quis tamen dicat restringendam esse ad eum casum, vt non etiam illum comprehendere Iustinianus voluerit, quo venditio facta sit à domino? Cum itaque Iustinianus disertè scribat, In huiusmodi venditionibus quas in scriptis fieri conuenerit, non licere emptori dicere quod pretio statuto necessitas imponatur venditori vel cõtractum venditionis perficere, vel id quod emptoris interest ei persoluere. An non docet apertissimè, in aliis venditionibus sine scriptura factis iustam fore illam emptoris allegationem, & olim fuisse in iis quoque venditionibus quas in scriptis fieri placeret, tanquam quę nudo consensu ac sola pretij conuentione iam perfectæ essent. Nisi quod olim non de perficiendo contractu qui iam perfectus esset agere debebat emptor contra venditorem, sed de eo implẽdo *d. l. si quis alien.* Sed quis ferat quod pro remedio affert Castrensis cum cæteris interpretibus vt manu militari auferatur possessio venditori qui rei tradendæ facultatem habeat? Quasi ea sit generalis sententia *l. qui restituere* 68. *D. de rei vind.* qua vna omnes in hanc sententiam mouentur. Etsi enim postrema illius legis clausula quæ vt reliqua tota lex Triboniani est non Vlpiani generalem esse monet sententiam & distinctionem in ea lege positam ad omnia siue interdicta siue actiones in rem siue in personam sint, addit tamen statim *ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur* vt intelligamus ad actiones tantùm arbitrarias quarum aliæ in rem aliæ in personam sunt *§. præterea Instit. de action.* eam sententiam pertinere, non etiam ad personales illas quæ ex contractu competunt, etiam ad certam speciem dandam siue principaliter siue consecutiuè vt Castrensis loquitur. Alioqui perinde esset ea lex ad eas quoque actiones extendenda quæ competerent ad rem tradendam & ad merum factum, quod tamen nec Castrensis dicere ausus est, Aut cùm ad has extendi non possit quæ ad merum tradendi factum competunt, Cur potiùs ad illas quæ ad dandũ? Cum datio omnis id est dominij translatio includat etiam traditionem in necessarium antecedens, quia ex priuatorum conuentionibus, vt potestatem legis excipiam dominium sine possessione transferri non potest, nec rursum possessio nisi per traditionem *l. traditionibus* 20. *C. de pact. l. per procuratorem* 8. *Cod. de acquir. poss. l. 1. & 2. D. de public. in rem act.* Sed de his omnibus iam satis in Err. 4. Decad. præcedentis. Sequitur in constitutione Iustiniani aliud ius nouum circa contractum dationis arrarum, cuius nec ipsum nomen fuerat antiquæ iurisprudentiæ cognitum: Sed tantùm arralis pacti de quo in superiore capite disputauimus Quid verò hic quoque noui, Iustinianus? Hoc vnum quod scriptum est *in §. vlt. dict. l. contractus, Vt in posterum* inquit si quæ arræ super facienda emptione cuiuscunque rei datę sunt siue in scriptis siue sine scriptis, licet non sit specialiter adiectum quid super iisdem arris nõ procedente contractu fieri oporteat, tamen & qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur, & qui emere pactus est ab emptione recedens datis à se arris cadat, repetitione earum deneganda. Hæc enim legis verba sunt, ex quibus primum apparet non idem iuris olim fuisse, cùm id ius valere Iustinianus velit *in posterum.* Deinde non de pacto arrali eam legem intelligi debere, sed de contractu dationis arrarum, de quo in principio eiusdem legis in iis verbis *dationis etiam arrarum* Quam contractus speciem nouam & anteà inauditam videtur induisse sola necessitas illius iuris quod ea constitutione inducere Iustinianus cogitabat. Nam cùm ante illam constitutionem ita ius esset vt venditio quælibet etiam de qua in scriptis habenda conuenisset, solo consensu perficeretur, nec tam ad perfectionem quàm ad implementum contractus scripturam sequi oporteret. Illud etiam obtinere necesse erat vt nunquam arra daretur, nisi post consensum illum vtrimque præstitum & post perfectam venditionem, cùm in id solùm daretur vt esset argumentum perfectæ contractæque venditionis ne aliis in eam rem probationibus aut emptor aut venditor indigeret, quemadmodum suprà diximus ex Caio *in l. quod sæpè* 35. *in princip. De contr. empt. & ex Iustin. initio tit. Inst. De empt. & vendit.* Nunc autem cùm è contrario Iustinianus constituerit vt venditio quam in scriptis fieri placuit, non priùs sit perfecta quàm de contractu scriptura perfecta sit & absoluta. Illud etiam in necessarium consequens induxit, vt si quæ arræ in eiusmodi venditione dentur postquàm consensum est in pretio, & ante confectam scripturam, eas necesse sit dicere datas esse ánte perfectam venditionem, & ideò non vt anteà datas videri vt essent argumentum perfectæ venditionis, sed vt potiùs perficiendæ, & vt Iustinianus loquitur *super facienda emptione*, id est, vt probarent potiùs initum pactum de vendendo quàm venditionem. Qui enim consensus olim relatus ad tempus præsens poterat sufficere ad constituendam & perficiendam venditionem, hodie non inducit nisi pactum de vendendo & emendo, quòd faciendam non factam venditionẽ demonstrat. Idque est quod apertiùs postea Iustinianus exprimit iis verbis *& qui vendere pollicitus est:* & paulò pòst *& qui emere pactus est.* Quo tamen casu cùm arrarum datio non possit dici pactum arrale, quippe quod non nisi post perfectam venditionem interponeretur, nec eo minùs tamen suum habeat effectum ex eâdem Iustiniani constitutione, quæ & emptorem condemnat vt arras perdat, & venditorem vt duplum earum reddat, necesse est dicere conuentionem istam arrarum hodie transire in contractum qui à datione incipit, & proprias suas habet præstationes, propriúmque nomen dationis, scilicet arrarum, propriam denique actionem, non ex empto, cui soli locus erat olim si nullo pacto adhibito arræ simpliciter datæ fuissent, & quæ similiter competebat ex pacto arrali, cum actione præscriptis verbis, sicuti suprà diximus. Sed, vt puto, condictione ex lege illa Iustin. quæ nouam hanc contractus speciem induxit data ex eo actione: Cui tamen actioni, sicut & contractui locus hodie est, non solùm si arræ simpliciter datæ sint, nulla addita conuentione quid contrahentes fieri vellent si venditio non perficeretur: sed etiam si in dandis arris pactum aliquod arrale interuenerit. Nam quod Iustiniani lex habet, *licet non sit specialiter adiectum quid super iisdem arris non procedente contractu fieri oporteat*, eo tantum

pertinet,

pertinet, vt intelligamus nullum esse hodie necessarium arrale pactum ad hoc, vt emptor arras perdat, & duplum venditor reddat, quod tamen olim erat necessarium, *l. vlt. D. de leg. commiss.* Cæterùm si in ipsa datione arratum aliquid amplius conuenerit, puta, vt emptor si emptionem perficere nollet, præstet quanti emptoris intererit, aut quantò minoris res postcà venierit, vt *in l. sed Celsus 7. §. 1. D. de contr. empt.* Aut venditor si nolet venditionem perficere, vt vice eius quod interest certam præstet quantitatem pecuniæ, ne emptor probandum habeat quanti sua intersit ex consilio Iureconsulti *in l. vlt. D. de prator. stipul.* dubitandum non est quin eadem conditio quæ ex lege Iustiniani danda est emptori contra venditorem ad duplum arrarum eadem danda sit emptori, aut venditori ad ea quæ diximus consequẽda si in deducta pactũ sint. Ideò autem non potest in hac specie dari actio ex vẽdito, quòd emptio & venditio nulla sit antequàm sit perfecta. Emptionem autem & venditionem præcedere necesse sit, vt actio ex vendito sequi possit, quomodo præcedebat olim semper vt pactum arrale interponi posset: Quæ res faciebat vt ad ea omnia quæ pacto arrali comprehensa erant in fauorem siue emptoris siue venditoris, sufficeret actio ex empto, & ex vendito. Quibus actionibus licèt postea locus esse, tùm quoque resoluta emptio est, & facta res inempta, vt *in d. l. sed Celsus §. 1. & l. ex empto 11. §. si quis vina. D. de act. empt.* non æquè tamen cum venditio & emptio nunquam perfecta fuit, quia facilius est vt venditionis & emptionis præteritæ quamuis resolutæ: vestigium aliquod supersit, quàm illius quæ nunquam constitit, & nunquam adesse fuit perducta. Sic dicimus moram posse facere, vt res debita etiam quæ perempta est, extare adhuc videatur *l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. De verb. oblig.* Item vt species debita ex contractu stricto & post moram perempta possit nihilominùs æstimari per iusiurandum in litem *l. in actionibus 5. §. vlt. D. de in lit. iur.* quorum neutrum dici potest in ea re quæ nunquam extiterit. Res enim quæ fuit aliquando sed esse desiit, licèt nullum esse ampliùs habeat, habet tamen suum fuisse, non etiam, quæ nec vnquam fuit, nec est, nec erit. Sed an ex huiusmodi contractu dationis arrarum dabimus etiam actionem Præscriptis verbis ad id quod pacto comprehensum fuerit extra id quod lege Iustiniani continetur? Et puto dari debere si actor ea experiri malit. Cùm enim datio arrarum sit hodie contractus suam propriam habens naturam, & qui incipit à traditione, quidni pariat eandem actionem Præscriptis verbis quam pariunt cæteri contractus, qui re perficiuntur, si quid in traditione ipsa conuenerit vt fiat? *ex l. in traditionibus 44. D. de pact. l. vlt C. de rer. permut. l. leg. 9. C. de donat.* Habet enim hæc traditio, & inducit hodie post Iustiniani constitutionem quoddam *simallatma* inter dantem & accipientem. ex quo nasci necesse est ciuilem actionem *l. iuris gentium §. 1. D. de pact.* quæ non similter nasci olim potuisset, nisi pactum arrale post perfectam venditionem interpositum fuisset, de qua alia re præstanda præter arrarum restitutionem quo casu dabatur, vt diximus, actio ex empto & vendito. Alioqui pactum einsmodi fuisset nudum nec potuisset per solam traditionem transire in contractum innominatum, si quidem contractuum innominatorum qui à traditione incipiunt proprium illud est vt dominium ex iis transferri necesse sit vt videre est in Contractibus Do vt des, & Do vt facias *l. vlt. D. de cond. caus. dat. l. naturalis 5. §. 1. & seqq. D de præscr. verb.* sicut & in Permutatione quam vulgo nostri inter contractus innominatos enumerant, *l. 1. D. de rer. permut.* At ex contractu tradi[tionis] arrarum non transfertur dominium, nec magis hodie quam olim ex pacto licèt traditione secuta, quia non traduntur arræ vt dominium earum rerum quæ pro arris dantur transferat in accipientem, adeóque nec olim vt obligatio aliqua contraheretur arrarum nomine nisi aliquod pactum arrale præterea intercessisset, Ideóque non poterat ex arrarum traditione dominium transferri quamuis dominus fuisset is qui arras dederat, quia non eo animo tradiderat *l. in omnibus rebus 55. D. de oblig. & action. l. non omnis 19. iunct. l. praced. D. de reb. credit.* Neque hac in re Iustinianus quicquam innouauit, sed in eo tantùm vt ex traditione arrarum ciuilis nascatur obligatio quæ olim nulla nascebatur inter emptorem & venditorem. Pro emptore quidem vt duplum arrarum exigere possit à venditore qui venditionem perficere recusat, Pro venditore autem vt si per emptorem steterit quominus emptio perficiatur arras ille perdat, id est vt earum dominium hoc ipso ad venditorem pertinere incipiat, Nec tantùm actionem ex empto ad eas repetendas emptori denegemus, quæ competere certè non potest ex emptione nunquam perfecta. Sed etiam vendicationem, quæ ei tanquam adhuc manenti domino salua esse deberet si non obstaret constitutio Iustiniani: quæ tamen cùm iubet emptorem qui emptionem perficere recusat arras perdere, satis ostendit ne quidem hodie transferri dominium per dationem arrarum. Non enim posset dici emptor per suam contumaciam arras amittere quarum dominium iam inde ab initio in accipientem venditorem transtulisset. Cùm verò amittit hodie ex sola vi & potestate constitutionis Iustinianeæ adeò acquiritur dominium venditori vt si fortè rerum pro arris datarum possessione ceciderit, non minùs danda illi sit vindicatio, quàm pro alia re qualibet ad eum iure dominij pertinente. Quod olim nullo casu obtinebat, Ne tum quidem cùm pactu arrali conuenerat vt emptor arras perderet. Ex illo namque pacto vt & ex alio quolibet sola personalis actio non in rem parabatur, vt superiore capite dicebamus *ex l. 3. Cod. de action. empt.* Neque verò nouum aut mirum videri debet [ut] priuatorum pactiones legum authoritate non censeantur *l. vltim. D. de suis & legit.* præsertim quod attinet ad dominium transferendum. Est enim lex vnus ex modis transferendi dominij non etiam priuata pactio nisi quæ & iusta sit & comite habeat traditionem factam animo transferendi dominij *l. traditionibus 20. Cod. de pact. l. 1. & 2. D. de public. in rem. act.* Nisi poneres ea mente factam ab initio arrarum traditionem vt earum dominium venditori acquireretur in eum casum quo noluit ille contractum perficere. Nihil enim vetat dominium sub conditione transferri *l. si ego 9. §. si res D. de iur. dot.* adeóque possessionem quod tamen propter admixtam facti causam difficilius videbatur *l. qui absenti 38. §. D. de acq. possess.* Et dominia rerum esse in pendenti *l. de hereditate 19. §. vltim. D. de castr. pecul. leg. quadam 15. D. de reb. dubiis.* Sed aliud est sic fieri traditionem vt in casum aliquem & veluti sub conditione dominium transferatur, Aliud verò post factam traditionem pacisci de perdendo alicuius rei dominio, de quo per traditionem transferendo non fuerat cogitatum, Priore casu potestate traditionis transfertur dominium ab eo qui fuit dominus, & quidem iusta causa concurrente quod fit secundùm regulas iuris communis, Posteriore verò casu si do-

minium

minium transferretur, vtique sola pacti potestate transferretur, quod fieri nunquam potest.

ERROR VII.

Si emptio sine scriptis facta sit, & arræ datæ sint siue post perfectam venditionem. Ad eandem l. contractus 17. Cod. de fid. instrument.

NOndum absoluimus quæ tractanda sunt circa hoc ius nouum quod Iustinianus induxit *in d. l. contractus 17. C. de fid. instrum.* de arris in emptione dati. Nam illud me aliquando malè habuit, quod cùm Iustinianus ipse testetur initio *tit. de emption. & vendit.* nihil se innouasse in emptionibus quæ sine scriptura consistunt. Scribit tamen & constituit *in d. l. contractus §. vltim.* Vt in posterum si quæ arræ super facienda emptione cuiuscunque rei datæ sint, licèt non sit specialiter adiectum quid super iisdem arris non procedente contractu fieri oporteat, tamen & qui vendere pollicitus est venditionem recusans, in duplum eas reddere cogatur, & qui emere pactus est ab emptione recedens datis à se arris cadat, repet. earum deneganda, & addit *siue in script. siue sine script. facta vend. sit*, quod & repetit supradicto institut. loco. Atqui constat & non ita olim ius fuisse in venditionibus quæ sine scriptis fierent imò ne quidem in cæteris quæ in scriptis, vt ostendunt verba illa *in posterum* quæ iuris noui constitutionem præ se ferunt. Ergo vel falsum est quod ait Iustinianus se innouasse circa venditiones in scriptis factas, vel supradicta verba fatendum est explicari commodè non posse, Quæ tamen ne imperito interpreti adscribere possimus, vt illa *legis 4. Cod. de peric. & commod. rei vendit. contracta sine scriptis* initio illud impedit quod duobus diuersis locis eadem Iustiniani verba reperiuntur. Denique inauditum fuit toto iure vetere, vt arræ darentur super emptione siue in scriptis, siue sine scriptis facienda, cùm non aliam ob causam darentur, quàm vt essent argumentum perfectæ iam & contractæ venditionis, quemadmodum idem Iustin. præfatur initio *dict. Tit. de empt. & vendit.* post Caium *in l. quod sæpe 35. in princip. D. de contr. empt.* Puto ego Iustiniani hanc fuisse sententiam vt multùm interesse voluerit an arræ darentur super emptione siue in scriptis, siue sine scriptis facienda, an verò super ea quæ iam facta & perfecta esset. Vt si super facienda, obtineant ea omnia quæ ille *in d. §. vltim.* constituit, nec adhibenda sit distinctio an sine scriptis, an verò in scriptis venditionem fieri contrahentes voluerint. Si verò super facta iam venditione & perfecta, nihil noui Iustinianus induxerit, sed ius vetus hac parte intactum reliquerit. Nam si verba constitutionis respicimus, apparet non nisi ad perficiendam emptionem ea pertinere, vt euidentissimè probant illa *super facienda empt.* Item quæ sequuntur *& qui vendere pollicitus est*, & rursum paulò post *& qui emere pactus est.* Item *ab empt. recedens.* Nemo enim ab emptione iam perfecta recedere potest inuito eo cum quo contraxit *l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. disc.* Si autem iuris rationem intuemur, nihil causæ erat cur Iustinianus quicquam innouaret circa emptiones, & venditiones iam perfectas cùm emptori & venditori optimè consultum esse propositis actionibus Ex empto, & Ex vendito si forte alteri frangeri fidem vellet, & à perfecta emptione sine iusta causa recedere. At circa vẽditiones imperfectas vel innouandum nihil erat, vel multa constituenda quæ innouationem facerent æquiorem. Innouauit autem Iustinianus primùm circa venditiones in scriptis faciendas, vt quamuis olim perinde ac aliæ nudo consensu perficerentur, nec scripturam pro perfectione sed pro implemento requirerent, hodie tamen pro imperfectis habeantur nisi scriptura interueniat, & ea omnia quæ Iustiniani constitutio requirit. Quo facto & verbis ipsis constitutionis protracto nouo iure ad eas quoque venditiones in scriptis faciendas de quibus iam scripta essent instrumenta nondum tamen absoluta. Illud quoque consequi necesse fuit vt arræ quę pro talibus emptionibus in posterũ darẽtur, nõ eo animo datæ videri possent quo anteà, vt argumentum & probationem inducerent perfectæ iam venditionis, sed potiùs vt argumentum essent imperfectæ quidem adhuc venditionis, sed tamen iam promissæ, & quæ nihilominùs ex Iustiniani lege pœnitentiam admitteret. Ea igitur mente vt quamuis libera, non tamen impunita esset pœnitentia, quia quod fit lege permittente pœnam non meretur, *vul. l. Gracchus 5. C. ad leg. Iul. de adult.* Voluit enim Iustinianus hoc sequi temperamentum vt liberum quidem esset contrahentibus qui in scriptis contrahere voluissent resilire à contractu, sed non tamen impunè si de eo perficiendo arras dedisset, tanquam qui non eò minùs essent perfidi licèt minùs efficax, minúsque promptum ad inducendam obligationem genus contrahendi elegissent. Et ob eam nimirum causam necesse fuit constituere vt eo casu datio arrarum esset species quædam contractus per se subsistens, nec ab emptione dependẽs & vt Castrensis loquitur accessorius ad emptionem, vt anteà. Quoniam fieri nequit vt pendeat à venditione imperfecta, cùm sit ipse perfectus suásque vires exerat & paratus habeat præstationes in eum casum non quo perficitur emptio, sed quo non perficietur, Nempe vt eo metu incurrendæ pœnæ quam Iustinianus præscripsit, inuitaretur vterque contrahentium ad perficiendum contractum. Emptor quidem ne arras perderet, Venditor autem ne duplum arrarum redderet, Nullo etiam arrali pacto de iis rebus interposito. Sicuti solemus dicere, Metu pœnæ in compromisso additæ pareri sentẽtiæ arbitri compromissarij quæ alioquin vires nullas haberet *l. 2. & pass. D. de recept. Qui arbitr. recept. vt sentent. dic.* Postquàm verò ita ius constitutum à Iustiniano fuit, & constituendum circa arras pro emptione in scriptis perficienda datas, Visum est eidem Iustiniano nihil planè hodie referre an emptio & venditio pura inter contrahentes facta sit, hoc tamen addito vt in scriptis fiat, an verò pactum duntaxat intercesserit de vendendo & emendo, addita certi & conuenti pretij quantitate. Vtroque enim casu perinde imperfecta hodie est venditio, nec vlla aut hinc, aut inde actio competit ad perficiendam vẽditionem, quáuis diuersa ratione. Nam cùm in scriptis venditionem fieri placuit licèt de pretio iam conuenerit, ideò nulla actio competit, quòd inchoata tantùm nec adhuc perfecta venditio est. Ex contractu autem, vt & ex instrumento imperfecto nulla potest actio competere *d. l. quod sæpe 35. §. in his D. de contr. empt. l. vlt. C. eo. l. ex ea scriptura 29. D. qui testam. facer. poss.* At cùm interuenit duntaxat pactum de vendendo & emendo licet iam conuenerit de pretio, nulla dum tamen venditio inchoata est, Tantùm abest vt sit perfecta, Ideóque ratio alia nulla quærenda est propter quam nulla empti aut vendiri obligatio vel actio adhuc nata sit, quã quia ex pacto nudo neque obligatio ciuilis nasci potest, nec quæ ex obligatione ciuili, actio *l. iuris gentium 7. paragrapho sed cùm nulla & sequentibus D. de pact. l. legem 10. C. eodem.* Cùm tamen idem sit effectus vtroque casu, aut potiùs idem defectus & imperfectæ venditionis, &

pacti de vendendo ad producendam actionem ex empto aut ex vendito, Putauit Iustinianus perinde inducendum esse vsum contractus dationis arrarum pro pacto de vendendo atque pro venditione imperfecta quod vtroque casu subsit eadem ratio necessitatis & vtilitatis huiusmodi contractus, ad obstringendos paciscentes vt promissa impleant. & venditionem aut totam faciant si duntaxat pactum de vendendo interuenerat, aut perficiant si iam fuerat inchoata. Quasi venditio ipsa de qua in scriptis faciendā conuenit effectu ipso nihil aliud sit quàm pactū de vendendo, licèt consensum præsentē, & certum pretium habeat Propter suspensionem quam inducit conuentio & necessitas adhibendæ scripturæ, Vt & in cæteris rebus omnibus parum aut nihil prodest inchoasse, quod non perfeceris. Inde nimirum factum est vt quod de arris vel ab emptore perdendis, vel à venditore in duplum reddendis constitutum Iustinianus voluit si conuenisset de emptione in scriptis facienda, idem protractum voluerit ad arras datas post pactum de vendendo & emendo, vt neque hoc casu impunita sit perfidia eius qui contra placiti fidem recusat adimplere venditionem aut emptionem, Nam cùm per pactum contrahatur naturalis obligatio *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Is autem naturâ debere dicetur quem iure gentium dare oportet cuius fidem secuti sumus *l. cùm amplius 84. §. is natura debet De reg. iur.* Apparet non minùs perfidum, & iuris gentium violatorem illum esse, qui quod pacto nudo promisit non præstat quàm qui iam inchoatam venditionem implere recusat. Ergo & puniri æquum est, saltem arrarum iactura. tùm quoque cùm arrale pactum nullum intercessit, id est de perdendis vel reddendis arris nihil cōuenit. Sed quonam vel actione vel exceptione, nisi remedium Iustiniani constitutio attulisset? Et sanè non habet quod conqueratur emptor aut venditor, cui pœnam hanc Iustinianus irrogauit eo casu quo de venditione in scriptis facienda conuenerit, cùm æqui boniq; consulere debeat quod non cogatur præcisè aut venditionem implere aut id quod interest, vel pretij vsuras præstare; quorum alterutrum tamen etiam hodie facere teneretur si noua Iustiniani constitutio non faceret imperfectam & inefficacem venditionem, Commutata potestate venditionis & emptionis in potestatem dationis arrarum, ad arras aut perdendas, aut reddendas, veluti pœnæ nomine, quam tamen euitare vterque contrahentium possit si fidem implere ac venditionem aut emptionem perficere malit. In quo fecit vtique Iustinianus meliorem ipsorum conditionem, quàm futura esset ex ratione iuris communis. Is autem qui pactus tantùm est de vendendo vel emendo iustam querelæ occasionem habere videtur de Iust. lege, quæ cum arræ datæ sunt, duriorem ipsius conditionem fecerit quàm esset anteà cùm ex forma iuris veteris neque arras perdere emptor deberet, neque venditor duplas reddere, tametsi fidem frangere maximè voluisset, Verùm ad id respexisse Iustinianus videtur, quòd cùm post initum pactum de vendendo vel emendo arræ datæ sunt longè insignior ac quodammodo duplex sit perfidia illius qui posteà venditionem facere recusat, quia & duplex pactum hîc est Vnum de vendendo & emendo. Alterum in ipsa datione arrarum, per quam geminatur prior consensus ex vtraque parte & dantis & accipientis. Nam & Prætor ipse cuius multò minor fuit authoritas quàm Imperatoris, quædam pacta suo edicto excepta voluit, ex quibus contra iuris sui communes regulas actionem daret, Pactum sc. de constituta pecunia & pactum de pignore *l. 1. D. de const. pecun. l. 4. D. de pign.* Nimirum quia vtrumque pactum secundum est, & vt alteri obligationi priori saltem naturali accedat, necesse est. Grauius n. fidem fallit qui bis fallit quàm qui semel. Atqui datio arrarū similiter accedit semper ad obligationem aliquā præcedentem, quæ saltem sit naturalis. Si n. non fiat post venditionem iam inchoatam, necesse est vt fiat post pactū de vendendo aut emendo, adeóque quod magis est post factā conuentionem de certo pretio. Alioqui esset inanis & illusoria datio arrarum, cùm potissima difficultas venditionis contrahendæ versetur circa conuentionem pretij, dum emptor viliore comparandi, venditor autem cariore distrahendi voto ingentes ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat, addente ad certum consentiant pretium, vt eleganter scriptum est *in l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* Quis enim aut emptori aut venditori posset imputare si in pretio consentire nunquam vellent? At cùm in pretio semel consensum est non per contractum emptionis & venditionis, sed per pactum duntaxat de emendo & vendendo nulla iam difficultas superest, quæ emptionem & venditionem remorari possit, nisi si qua ex emptoris aut venditoris non tam pœnitentia, quam perfidia proficiscatur, cui fauere iniquosum, quàm punire honestum ac iustum sit. Nihil ergo iniqui hac parte habet constitutio Iustiniani, quin potiùs hoc commodi, vt datio arrarum iuncta pacto de vendendo possit penè ab inuito emptore aut venditore elicere perfectionem contractus, metu pœnæ & condictionis ex lege Iustiniani, perinde atque si coniuncta esset venditioni iam inchoatæ. Quodnam enim aliud votum est paciscentium, nisi vt quicquid in pactum deducitur, effectum suum plenissimum sortiatur, licèt nulla pœnæ stipulatione sit vallatum? Porrò his duobus casibus, id est, siue conuenerit vt emptio in scriptis fieret, siue pactum duntaxat de vendendo & emendo præcesserit, necesse fuit Iustiniano inducere vt datio arrarum per se subsistens nullóque alterius contractus adminiculo suffulta propriam constituat speciem contractus quam olim nullo casu constituebat, cùm accederet semper ad perfectam emptionem, Non quia nimis nouum videri potuisset dari actionem ex pacto nudo, quam & Theodosius iam olim dedit fauore dotium etiam ex nuda dotis pollicitatione *l. ad exactionem 6. C. de dot. promiss.* & Iustinianus ipse ex pacto donationis *in l. si quis argentum 35. §. vlt. C. de donat.* Sed quoniam datio arrarum per se ne quidem pactum est, nec qui aptum & habile ad obligationem inducendam, adeóque nec ad confirmandam eam quæ iam inducta sit, sed tantum ad demonstrandam illam & probandam. Fecit Iustinianus obligatoriam, cùm pœnam indixit ei per quem fiat quominus perficiatur contractus cuius faciendi vel perficiendi intuitu arræ datæ sunt: & cum ob eam causam dedit condictionem ex lege. Confirmatis etiam pactis omnibus quæ in datione ipsa interuenerint, Vt ex iis nimirum detur non tantum condictio ex lege, verum etiam præscriptis verbis tanquam ex aliis pactis quibuslibet adhibitis in contractu stricto. Qualis haud dubiè est quilquis est innominatus, In quo numero ponendus hic est, dationis arrarum, cum incipiat à datione. Nam quicquid præcedit dationem aliud est a contractu, licèt datio ipsa non fiat nisi ex compacto, vt & in permutatione, & contractibus Do vt des, & Do vt facias. Sicut & factum in contractibus Facio vt des, & Facio vt Facias, Nempe quia datio arrarum, non autem pactum de dandis arris initium obligationi, & contractui præbet.

ERROR VIII.

De arris datis post perfectam emptionem. Et quid si conuenerit vt si emptorē pœniteat venditoris.

QVid ergo si non super facienda aut perficienda venditione arræ datæ proponantur, sed, vt, fiebat olim, post perfectam nudo consensu ac sine scriptis venditionem? Idémque tractari potest circa emptioné factam in scriptis si ponas scripturam quoque completam esse & absolutá. Erit enim hoc casu perfecta venditio etiam de qua conuenerat vt fieret in scriptis, necdum tamen erit impleta, quod longè diuersum est vt docuimos. Impletur enim traditione rei venditæ ex parte venditoris & numeratione pretij ex parte emptoris *l. si quis alienam 46.* iunct. *l. ex empto 11. §. 1. & pass. D. de act. empt.* An æquè dicemus ex eâdem Iustiniani constitutione futurum vt emptor si pretium numerare nolet, arras perdat: Venditor autem si rem tradere aut id quod emptoris interest persoluere recusabit duplas restituat? Ita vulgo nostri putant *ad d. l. contractus*, vbi Castrensis *num. 11.* ne quidem de hoc dubitat, sed de illo tantùm de quo antiqui glossatores magnis inter se contentionibus disceptarunt, An emptor qui arras dederat venditori audiendus sit si malit cogere venditorem ad rem tradendam aut ad præstandum id quod interest quàm arras duplicatas repetere, An verò sit repellendus, tanquam qui per dationem arrarum sibi præiudicauerit, & a prouisione legali recessisse videatur. Ac quoniam freqoentiore calculo in illam eunt sententiam, vt non sit totis communis b. neficio priuandus emptor qui arras dedit, solent illi subinde quærere, An si emptor duplicatas arras petierit & consecutus sit à venditore, adhuc permittendum ei sit vt agat, ad id quod interest, si intersit suprà quàm sit pretium arrarum duplicatarũ. In qua quæstione magis probant vt non possit, sed debeat esse contentus via extraordinaria quam elegit, vt idem Castr. concludit *num. 12. & 13. ad fin.* Ego verò quæstiones istas omnes prorsus otiosas esse arbitror & ex falsa sopposítione coosflatas. Supponunt enim quod nos negamus, nouam Iustiniani constitutionem ad has quoque emptiones & venditiones quæiam perfectæ fuerint pertinere. Et consequenter ad eum casum quo arræ datæ sint super emptione perfecta cùm tamen legis verba quæ supra retulimus non loquantur nisi de emptione facienda, nec de alio venditore quàm qui pollicitus tantùm sit vendere, nec de alio emptore quàm qui duntaxat pactus sit emere. Quorum omnium nihil est quod ad casum perfectæ venditionis accommodare possis. Cur ergo legem nouam pœnalem, & ob hoc ipsum odiosam, velis extendere ad eum casum de quo nullomodo loquitur? An fortassis ex identitate, adeóque vt loquuntur, maioritate rationis, quod absurdum sit meliorem esse conditionem eius qui perfectæ venditionis fidem fregerit, quàm illius qui vel imperfectæ, vel pacti tantùm de vendendo? Imò inquam diuersissima horum casuum ratio est. Semper enim melioris conditionis erit emptor post perfectam emptionem licèt ei denegemos arrarum duplicatarum repetitionem, Cùm eo casu sit habiturus suo iure ac citra vllam constitutionem Iustiniani actionem ex empto ad extorquendam ab inuito venditore traditionem rei venditæ, aut præstationem eius quod interest, cuius quantitas vix est vt non excedat semper arras duplicatas. Nec enim arrarum nomine dari solet, nisi quid minus pretio, vt in pretium conuerti & imputari possit, vt *in dict. l. 2. Cod. quand. lic. ab empt. disc. l. vlt. D. de leg. commiss.* Id autem quod interest non solùm æquat sed etiam egreditur plerunque pretium *l. 1. D. de act. empt. l. si in interd. 6. D. vnde vi.* Etsi hoc tantùm ad eas arras pertinet quæ consistunt in pecunia numerata, in qua & pretium consistere semper debet *§ pret. Inst. de empt. & vend.* Quo tamen casu noli dicere cum Accursio *ad dict. l. 2. Cod. quand. lic. ab. empt. disc* videri id actum inter contrahentes vt arræ conuerterentur in pretium, & darentur in partem pretij. Licèt enim per pactum id fieri possit, vt *in dict. l. vltim. D. de leg. commiss.* Attamen nullo interueniente pacto falsum est videri vllo casu datas arras pro parte pretij, Cùm implicet contradictionem vt eadem pecunia detur pro arra & pro pretio, siquidem pecuniæ pro arra datæ quatenus arra est dominium nunquam trásfertur in accipientem. Quomodo transferri necesse est dominium pecuniæ quæ pro pretio datur *dict. l. ex empto 11. §. 2. D. de act. empt.* Proinde quamuis solutio pretij siue totius siue pro parte faciat vt res desinat esse integra quominus nudo cósensu cótrahétium resolui adhuc possit vẽditio, arræ tamẽ datio núquá facit, vt eo minùs sint omnia integra, nec magis cùm in pecunia consistit, quàm cum in auro, vel in annulo, vt *in dict. l. 2. Cod. quand. lic. ab empt. disc. dict. l. ex empto §. si qui vina D. act. empt. l. cuicumque 5. §. item si institor D. de instit. action.* Nihil enim commune habet arræ datio cum substantialibus contractus, neque venditionem aut imperfectam perficit, aut perfectam implet, siue in totum, siue pro parte: Licet ad hoc potissimùm tendat, vt venditio vel perficiatur si imperfecta sit, vel impleatur, si perfecta. Sed nec illud probare possum quod eidem Accursio placere video *ad dicta l. 2.* Si is qui arram dedit pactus sit in ea danda, vt si eum factæ venditionis pœniteret, arra fieret venditoris, acquiri venditori dominium ita vt rem pro arra datam possit vindicare si fortè eius possessione ceciderit. Etsi enim hôc casu non solùm pactum interuenit, sed etiam traditio à domino facta per quam dominiú transferri possit vt ratiocinatur Accursius. Nego tamen posse transferri dominium per traditionem quamuis factam à domino, si aliam nullam causam habeat quàm pactum nudum, quoniam hoc casu, traditiö nulla est, nec vestiri potest per pactum cohærens quod ipsum sit nudũ, quódque per traditionem vestiri debeat, vt nudum esse desinat, & actionem parere possit *l. in traditionibus 44. D. de pact. l. vlt. Cod. de rer. permut. l. legem 9 Cod. de donat.* Nuda autem traditio nunquam transferri dominium sed ea sola quæ iustum aliquem titulum habet pro causa, vt toties diximus ex *l. nunq. nuda 13. D. de acq rer. domin.* Quamquam verò in proposita specie in qua ponimus datam esse arram post perfectam emptioné videtur præcedere titulus emptionis qui iustissimus est *dict. l. nunq.* dici tamen non potest traditionem hanc habere titulum emptionis pro causa, cùm è cótrario non habeat locú huiusmodi pactum arrale nisi in eum casú quo ab emptione discedatur, & emptio irrita fiat: Vt non tam emptio, quàm non emptio huius pacti causa esse videatur. In eóque errat frequẽter Accursius qui in quæstione illa quoties occurrit, De translatione dominij, nihil aliud inspiciendum putat nisi an traditio à domino facta sit, nec requirit prætereà vt traditio sit non nuda, quod tamen Iurisprud. tota exigit *dict. l nunq. l. 3. D. si vsusfr. pet. l. si finita 15. §. Iul. D. de damn. infect.* Nempe quia differentiam illam duplicis dominij bonitarij & Quiritiarij non intellexit, quam totam Vlpiani Fragmentis debemus *Tit. 19. De acquisit. rer.* & de qua tam multa tam sæpè scripsimus. Cùm igitur arrarum traditio nullam iustam caosam habeat transferendi dominij, nec aliam vllam quàm voluntatem nudam contrahentium, Prorsus consequens est

ec non magis transferri ea ea possit dominium quam si à non domino facta esset. Quare nec ita concipiunt hoc pactum prudentes nostri vt res quæ arræ nomine data est ab emptore, fiat venditoris, quomodo concipitur ab Accursio, sed vt arram emptor perdat, vt in *dict. l. vltim. D. de leg. fideicommiss.* quamuis etiam loquitur Iustinianus *in dict. leg. contractus 17. in fin. Cod. de fid. instrum.* An verò posset emptor dici arram perdere tunc cùm ab emptione vellet recedere, si eius dominium iam transtulisset per traditionem? Amittitur enim dominium tunc cùm transfertur, cùm penes duos in solidum eodem tempore esse non possit *vulg. l. 5 §. si duobus D. commod. l. de hæreditate 19. §. pater D. de castr. pec.* Scio quod iam suprà monui posse dominium esse in pendenti, & sub conditione quoque transferri *dict. l. de hæreditate §. vltim. l. quædam sunt 15. D. de reb. dub. l. si ego 9. § si res D. de iur. dot.* sicut & possessionem *l. qui absenti 38. D. de acquir. possess.* Sed dico non aliter id euenire posse, quàm si traditio facta sit ex iusta causa vt in legibus supradictis. Fateor non esse iniquum pactum vt emptor arras perdat si emptionem irritam facere velit. Sed alia causa est pacti, alia traditionis, id est alia perdendarum arrarum, alia tradendarum. Nec tantùm pacti sed potissimùm traditionis iustam causam esse oportet vt dominium transferatur. Quod autem iustum sit pactum, nihil aliud inducere potest nisi vt si incontinenti post perfectam venditionem vel rebus integris etiam ex interuallo adhibitum sit, actionem ex empto quæ personalis est parere possit, non etiam prodesse ad translationem dominij, ex eaque causa inducendam ciuilem vindicationem. Præter id quod implicat contradictionem, vt cùm aliquid arrarum nomine datur ab emptore, dominiū eius transferatur in venditorem, quia nec dantis animus ille est nec accipientis, cùm non soleant arræ dari post venditionem perfectam, de quibus solis nunc loquimur nisi vt sint argumentum perfectæ venditionis *dict. l. quod sæpe 35. De contr. empt.* & apud Iustinianum initio *Tit. De empt. & vendit.* Quamquam nec animus ille sufficeret, secuto etiam pacto & secuta traditione, vt diai, si non præcederet iusta causa tradendi. At neque potest ita concipi pactum vt emptor arras perdat ob non impletam emptionem, quin addas conuenisse præterea vt res inempta fieret sicut *in dict. l. vltim. de leg. commiss.* Alioqui manente ac subsistente venditione, alterutrum euenire necesse esset, Vt vel vēditor quoque à venditione discedere vellet, vel vt nollet. Si vellet, vtique pactum inciperet esse iniquum, ex quo emptor arras perderet ob non impletam venditionem à qua discessisset consentiente venditore, qui eum vt venditioni staret cogere actione ex vendito potuisset: Nec ea sanè videtur fuisse mens paciscentium, sed illa potiùs vt arras emptor perderet si inuito venditore venditioné irritam, & fundum inemptum facere vellet. At rursū si nollet venditor à venditione discedere, non esset in potestate emptoris arras perdendo resoluere perfectam venditionem: quippe quę non nisi mutuo & cūtrario consensu resolui potest siue arræ aliquæ datæ sint, siue nullæ *d. l. C. quand. lic. ab. empt. disced.* Quinimò etiam rato manente pacto, & arris perditis, venditio nihilominùs subsisteret, quæ non esset resoluta. Quod ipsum tamen etiam iniquum pactum faceret cùm perditio arrarum nihil nisi pœna sit resolutæ venditionis, quam pœnam pati non debet emptor, qui licet id maximè agat quantum pot est vt venditionem irritam faciat, eam tamen irritam facere non possit, neque actionem venditori ea ea competentem auferre *l. pen. vers. nec tamen C. si mancip. ita fuer. al. en.* Atqui tractat Accursius eum casum, quo venditio perfecta fuerit, nec ponit conuen[illegible] vt per solam emptoris pœnitētiam irrita fieret [illegible] conuentio nec scio an defendi iure posset. Nam q[illegible] admodum in alterutrius contrahentium mera [illegible] luntatem conferri venditio non potest *l. hac vendit. D. de contr. empt. l. vendent. 13. C. eod.* ita nec resolutio venditionis, quam perinde ex mutuo vtriusque consensu fieret oportet *d. l. 2. C. quand. lic. ab empt. discod.* Eadem enim iuris ratio vtroque casu locum habet quam affert Vlp. *in d. l. hac vendit.* quòd non debeat esse in arbitrio eius qui obligatur an sit obstrictus, Multò minùs an maneat obstrictus, qui semel fuit. Vt eadē sit in omnibus ratio distractus quæ contractus, quod & nostri fatentur ita esse debere *ex l. de tutel. 7. C. de in integr. restit. minor. l. sub prætextu 19. C. de transact.* Et quamuis tùm quoque cùm pactum ita conceptum est, vt *in d. l. vlt. D. de leg. commiss.* id est vt si emptor intra certum tempus pretium non solueret arras perderet, ac res inempta fieret, videatur collata in arbitrium emptoris resolutio venditionis cùm in arbitrio & potestate ipsius futurum sit vt pretiū non soluat atque ita venditionem irritam faciat. Multum tamen interest an in nudam eius voluntatem collata sit resolutio emptionis, vt in casu Accursij, an verò in eum euentum qui pendeat ex ipsius voluntate, vt *in d. l. vltim.* Habétq; locum hic quod iactari solet, Expressa nocent, non expressa non nocent, vt & in specie *l. nonnunquam. 52. De condic. & demonstr. l. si ita legatum 65. §. 1. De legat. 1. l. fideicommissa 11. §. quāquam de leg. 3.* Non potest igitur verum esse quod vult Accursius, Ex eiusmodi pacto de arris perdendis & venditoris acquirendis si emptorem pœniteat perfectæ venditionis, transferri dominium arrarum in venditorem, vt à quocunque possessore vindicare posteà eas possit, cùm neque pactum hoc valeat. Fefellit Accursius constitutio Iustiniani *in dict. leg. contractus*, vbi perdit arras emptor si ab emptione recedat, nec quicquam amplius ab eo exigere venditor potest: Nec videt Accursius quod nos docuimus in præcedentibus, tractari à Iustiniano casum illum quo emptor arras dederit pro imperfecta emptione perficienda, Quo casu nihil est quod tractari possit de venditione resoluenda quæ nunquam perfecta fuerit. Nos autem de venditione iam perfecta & ex qua natæ sint vtrimque obligationes empti & venditi & actiones, Ex empto & Ex vendito, quæ etiam rebus omnibus integris resolui non possint nuda vnius voluntate, sed mutuo tantùm consensu vtriusque. Præter idquod iam diximus, Aliud esse pacisci de arris perdendis, aliud verò de dominio earum in venditorem transferendo. Nam ex pacto de arris perdendis nascitur tantùm personalis actio ex vendito aut exceptio, non etiam vindicatio, quæ nasceretur vtiq; ex translatione dominij. Vt etiam hoc casu verum sit quod ait *l. 3. C. de act. empt.* Ex tali pacto personalem duntaxat actionem paciscentibus pręparari, Ad exclusionem sc. vindicationis quę ex pacto illo etiamsi traditionem iunctam habeat nunquā nasci potest. An ergo si earum rerum quæ pro arris datæ sunt possessione venditor ceciderit, nullam pro iis repetendis actionem in rem habebit? Imò verò habebit Publicianam quæ vtilis [illegible] prætoria in rem actio est, & subsidiaria cum in vindicationis, Vt eo plerumque casu competat cui directa & ciuilis competere non potest. Etenim quo casu traditio dominium transferre neque, aut quia facta sit à non domino, aut quod iusta causa transfe[illegible]ndi dominij nulla præcedat, solet illa transferre cau[illegible] vsucapiendi *d. l. 3. D. si vsusfruct. pet. d. l. si finita 15. [illegible] Iul. D. de damn. infect.* & consequenter inducit Publi[cianam] quæ datur eo colore quasi possessoriam vsucepit eam rem quam possidet tametsi vsucapionem eius

nonpum

nondum compleuerit §. *namque Instit. de act.* Amplius puto, addendum esse hunc casum quibusdam aliis in quibus datur Publiciana etiam contra dominum aduersus communes prætorij iuris regulas, *l. penult. & ult. D. de Public. in rem act.* iunct. *l. si à Titio 72. D. de rei vind. l. 4. §. si à Titio D. de doli mali except. l. 2. D. de except. vend.* Nam cùm is qui dominus non est ius habeat ab ipso domino, & ex ipsius voluntate plus iuris habere debet quàm alius quilibet bonæ fidei possessor, tanquam qui plus quàm bonæ fidei possessor esse videatur. Qua enim fronte Publicianæ actioni posset ille obijcere exceptionem dominij, cùm ipse eas artas tradiderit, & quidem ex iusto pacto? Cur ei permitteremus contra proprium factū, propriamque conuentionem venire? Aut si exceptionem dominij ab eo pateremur obijci, saltem replicatio doli aduersus eum danda esset, vt & *in dict. l. 72. D. rei vindic. dict. l. 2. De except. rei vendit. dict. l. 4 §. si à Titio De dolo mal. except.* atque ita semper vtilis & efficax erit Publiciana etiam contra emptorem ipsum qui mansit dominus. Cæterùm quæ ratio facie vt venditor non possit eas res, quæ pro arris datæ sunt, vindicare si ab alio possideantur, quia dominus non est, eadem efficit vt earum vindicatio danda sit emptori, quia mansit dominus. Et quidem sine exceptione si eas vindicet ab alio, quàm à venditore, quia ex pacto arrali nihil iuris habere contra emptorem alius quàm venditor potest, sed si contra venditorem ipsum agere vellet repellendus esset doli exceptione. Nam quæ ratio æquitatis daret venditori vindicanti replicationem doli aduersus exceptionem dominij, eadem suadet vt ei aduersus emptorem vindicantem accommodanda sit doli exceptio non minùs quàm si vindicare vellet rem à se venditam & traditam, cuius ipse dominium in alium non transtulisset *l. 1. & tot. tit. De except. rei vendit. l. vendicamus 17 l. Scia 73. D. de euict.* Ex his intelligimus verum esse quod Iustinianus profitetur initio *dict. Tit. Inst. de empt. & vendit.* nihil se innouasse *in dict. l. contractus*, circa venditiones & emptiones sine scriptis factas, nec circa artas super iis datas, dummodò de iis emptionibus intelligas, quæ iam sint perfectæ. Innouasse tamen circa emptiones sine scriptis faciendas & adhuc imperfectas, quæ nihil aliud sunt nec esse possunt, quam pacta de vendendo & emendo, ac circa arras super iis datas, siue pactum arrale aliquod interuenerit, siue nullum. Nam ita ius erat ante illam constitutionem vt pacta arralia facta in datione arrarum priusquàm perfecta esset venditio non valerent si non essent vallata per stipulationem, cùm datio arrarum nondum eo tempore contractus esset, cuius cohærentia eiusmodi pacta vestiri possent.

ERROR IX.

De replicatione doli quam emptori dat Accursius in posteriore specie l. 2. C. quand. lic. ab empt. disced.

Distinguunt Imperatores *in l. 2. C. quand. lic. ab empt. disced.* an post perfectam nudo consensu emptionem & ante rem securam arræ sint, deinde mutuo consensu iotet contrahentes placuerit vt ab emptione in totum recederetur, an verò post solutionem pretij aut partis pretij talé pactum interpositum sit ad resoluendam venditionem. Priore casu rescribunt valere pactionem, & resoluta venditione ipso iure competere actionem ex empto ad arras recuperandas, de quo iam diximus. Posteriore verò *si partem pretij* inquiunt, *persoluisti, ad ea quæ venditione præstare oportet, magis actionem, quàm ad pretij quantitatem quam te dedisse significas, habes.* Vbi noster Accursius notat sensum legis esse, vt in hac posteriore legis specie actio ex empto competat emptori aduersus venditorem ad rem tradendam nil obstante pacto quo post perfectam emptionem, solutamque partem pretij conuenerat vt ab emptione discederetur, sed opposita, inquit, replicatione doli si venditor de pacto excipiat. Hoc verò primùm est quod probare non possum. Nam præter id quod de replicatione ista doli nullum apud Imperatores verbum est, Non video quænam hic necessitas aut vtilitas possit esse huiusmodi replicationis. Quia cùm actio ex empto sit bonæ fidei certum est inesse illi exceptiones aduersus quas & doli ipso iure *l. sed si ideò 21. D. solut. matrim. l. 3. D. de rescind. vendit. l. huiusmodi 84. § qui seruum de legat. 1.* Ergo & replicationes, quæ nihil aliud sunt, quàm exceptiones licèt ex actori parte veniant *l. 1. D. de except.* Vbi quod additur ideò necessarias esse replicationes vt exceptiones excludant & oppugnent, ostendit satis. Non esse igitur illas necessarias quoties nec vllam exceptionem obiici necesse est, vt in bonæ fidei iudiciis. Idémque de duplicationibus, & triplicationibus iuris est. At neque probare possum quod Accursius putat dandam ex eiusmodi pacto resolutorio exceptionem vllam venditori. Primùm quia pactum hoc resolutorium interpositum re non ampliùs integra nullius planè momenti est ad resoluendam venditionem, non tantùm ipso iure sed & ope exceptionis. Alioquin effectu ipso resolueretur venditio, si ope saltem exceptionis pacti huius resolui posset. Nec valde interesset quod ad effectum rei pertineret, an ipso iure an exceptionis tantùm ope resoluetur. Sicuti solemus dicere, Nihil interesse an ipso iuris quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur *l. nihil interest 111. De reg. iur.* Adeóque nullam videri actionem ei competere qui eam habet quam debitoris excludit inopia *l. nam si nullam 6. D. de dolo.* Deinde quia cùm huiusmodi pactum nullius omnino sit momenti, vt diximus non potest eam vim habere vt pariat exceptionem. Ea namque demùm pacta exceptionem pariunt quæ Prætor edicto suo seruaturum se pollicetur *l. iuris gentium 7. §. ait Prætor de pact.* Non enim seruat nisi data ex iis exceptione. Ir pactis autem quæ Prætor se seruaturum pollicetur, ea nominatim excipiuntur quæ contra leges facta sunt. In quo numero hoc sanè est per quod id agitur vt à perfecta venditione post rem ex alterutra parte securam nudo pacto recedatur, quod iuris ciuilis regulæ non admittunt *d. l. iuris gentium §. adeò dict. l. 2. & 1. Cod. quand. lic. ab empt. disced. l. pront. 80. de solut. l. nihil tam naturale 35. de reg. iur.* Nihil ergo est quod tantopere exclamet Accursius *ad dict. l. 1.* esse mirabile vt hoc casu nulla ex huiusmodi pacto detur exceptio. Nam & idem euenit in alio quolibet pacto, quod contra iuris ciuilis regulas interpositum probetur. Puta si quid pupillus sine tutoris authoritate pactus sit. Nec enim etiamsi stipulanti promisisset teneretur *l. contra 28. D. de pact.* Prius itaque est, vt pactum valeat quàm vt quæri possit, an ex eo dari debeat exceptio. Quæ vt in proposita specie dari nullomodo possit, illud etiā impedit, quòd cùm solius æquitatis intuitu Prætor pacta tueatur dando ex iis exceptiones, in hoc tamen casu euidenti iniquitas occurrit si pactum hoc tueri Prætor velit & exceptionem accommodare venditori ne cogatur rem tradere emptori à quo iam partis pretij solutionem acceperit. Sic enim fieret vt & rem totam retineret quam vendidisset, & prætereà partem illam pretij quam

ab emptore accepisset, quod omnino alienum esset à bona fide *l. ex empto 11. §. vlt. l. bona fides 50. D. de action. empt.* & consequenter ab æquitate naturali, cuius tamen solius vinculo pacta nuda sustinere necesse est vt iusta dici possint, & ad producendam naturalem obligationem idonea *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis D. de solut.* Qua igitur fronte ausit venditor exceptionem istam pacti obiicere emptori vt rem venditam non cogatur tradere, cùm partem pretij quam accepit, retineat? Sed etsi totum id quod solutum est pretij nomine vellet restituere, non aliud tamen dicendum putarem, quia oblata pretij restitutio tolleret quidem illam iniquitatem quam alioqui futuram diximus si venditor & rem, & pretium retineret. At non facit validum pactum quod ab initio fuit inutile, quódque non tantùm vt potestatem haberet resoluendæ venditionis, quod inter paciscentes agebatur, sed etiam vt valeret ad producendam exceptionem, nec contra iuris regulas interpositum videretur, debuerat concipi ad eum modum quem Aristo & Neratius præscripserunt *in l. ab emptore 58. D. de pact.* Vt scilicet retropræstito per venditorem pretio quod ab emptore acceperat, nihil ille emptori præstare cogeretur: Quo casu sicuti pactum valuisset tanquam iure consentaneum ita eam vim habuisset quam paciscentes volebant, vt venditio ipso iure resolueretur, nec proinde necessaria esset venditori exceptio pacti ad rem retinendam: quippe qui traditionem rei debere ipso iure desiisset, vt *in d. l ab emptione.* Omnis enim exceptio cùm ideò comparata sit vt actionem excludat, quemadmodum diximus ex *l. 2. D. de except.* necessariò præsupponit actionem, vt & actio qualibet personalis obligationem *l. licet 41. §. ea obligatio D. de procurat.* ac proinde sublata ipso iure per pacti potestatem omni obligatione venditi, nihil superest quod ne vel actione ex empto, vel de exceptione pacti contra eam actionem accommodanda tractari possit. Quòd si pactum hoc sui natura tale est vt ne tùm quidem cum valet producere exceptionem possit, quamuis eam potestatem habeat, vt resoluat ipso iure venditionem, quia scilicet in eam rem duntaxat interponitur, vt contractum resoluat non vt exceptionem pariat. Quantò minus proderit ad exceptionem eo casu quo non valet, ac iam inde ab initio inutile est & contra leges: Proinde cùm nulla venditori possit exceptio competere aduersus emptorem agentem ex empto ad rem tradendã, nulla quoque emptori aut necessaria aut vtilis potest esse replicatio doli. Vt verò hunc Accursij errorem magis demirer, illud facit quod eundem Accursium video *in d. l. 2.* subinde sit vt recedatur à contractu, numquid in eo quod solutum non est habeat emptor exceptionem. Et ait primùm, Videri dandam quia pactum nudum pariat exceptionem. Sed tamen concludit in contrarium, Non esse emptorem iuuandum exceptione, quia, inquit, iam haberet rem sibi traditam & pretium quod esset iniquum. Et statim addit, *Vnde remanet mirabile vt nudum pactum non pariat exceptionem.* Sed ratio est, inquit quia non ad hoc interponitur, sed vt contractus rescindatur. Ego verò, Quid, inquam, est in hæc specie quod non sit in priore? Nisi quòd in hac posteriore venditor in totum satisfecerat, emptor autem non nisi pro parte pretij ante interpositum pactum de resoluenda venditione. In priore verò, emptor quidem similiter pro parte pretij satisfecerat, Venditor autem nullomodo quia rem venditam nondum tradiderit. An non verò perinde iniquum est pactum de resoluenda venditione interpositum, cùm venditor partem pretij iam habens, retinet adhuc rem venditam, atque cùm emptor accepta re vendita, pretij tamen partem vult adhuc retinere? Nonne vtroque casu ratio eadem est iniquitatis siue emptor siue venditor ille sit qui & rem & pretium retineat *dict. l. ex empto 11. alias l. empti [illegible] §. [illegible] l. Iulianus 13. §. veniunt dict. l. bona fides 50. De action. empt l. curabit 5. Cod. eod.* Cur ergo in superiore facti specie dat Accursius venditori exceptionem pacti, quam in posteriore denegat emptori: Aut cur non perinde facit necessariam venditori replicationem doli, atque in priore specie voluerat esse illam necessariam emptori? Aut si ratio illa bona est propter quam in posteriore non debeat nasci exceptio ex pacto, quod non id fuerat interpositum vt pareret exceptionem, sed tantùm vt rescinderet venditionem quomodo ipse loquitur. Quidni ergo idem admittit in priore specie ab Imperatoribus tractata, vt exceptio nulla ex pacto nasci possit, cum eâdem mente resoluendæ venditionis pactum vtrobique adhibitum proponatur, & iisdem verbis conceptum: Bene igitur Accursius hoc tantùm quod denegat emptori exceptionem ex huiusmodi pacto. Item quod iniquum esse ait vt emptor habeat & rem sibi traditam & partem pretij, quod nondum soluerit, Sed nuda tamen ratio huius iuris illa est quam ipse affert, cur ex hoc pacto nulla nascatur exceptio. Debuerat enim ille eam potiùs afferre, quam ad prioris speciei quæstionem accommodauimus, quod pactum hoc vtroque casu sit contra leges, & consequenter ex eorum numero quæ Prætor edicto suo excepit cum ea pacta seruaturum se pollicitus est quæ nec contra leges essent, nec contra senatusconsulta, nec aduersus bonos mores *d. l. 7. §. ait prætor de pact.* Ideò autem contra leges est quia est contra bonam fidem ad quam redigenda sunt ex legibus nostris ea omnia quæ circa pactiones in bonæ fidei contractu interpositas tractantur *dict. l. ab emptione 58. eod* Quid igitur est quod miremur nullam ex pacto exceptionem dari. Nec enim verum est quod generaliter pro vero supponit Accursius, Ex quolibet pacto nudo exceptionem dandam esse. Excipienda enim sunt pacta omnia quæ Prætor edicto suo excepit, & vt generalius dixerim ea omnia quæ aliquid habent admixtæ iniquitatis, Cùm ea sit assidua cura Prætoris cùm in cæteris omnibus edicti partibus, tùm maximè in Edicto De pactis vt æquitatem cuius ille perpetuus custos & arbiter est, tueatur. Et hæc ratio adeò vera & germana est vt etiamsi poneres inter paciscentes conuenisse disertis verbis in pacto ipso interponendo, vt ad producendam exceptionem interponeretur, quo casu cessaret euidenter ratio Accursij, non eò magis tamen dicendum esset exceptionem aliquam emptori acquisitum iri quia non pendet ea res ex mente ac voluntatem paciscentium, sed ex iuris prætorij authoritate, Et quamuis sit in eorum arbitrio & potestate, vt pactum faciant, vel æquum vel iniquum, efficere tamen non possunt vt ex pacto iniquo quod fecerint, aliqua exceptio competat. Quemadmodum de iudicibus ipsis Papinianus scribit *in l. ordine 15. D. ad municip.* facti quidem quæstionem in eorum potestate esse, iuris authoritatem non esse. Cur verò iniquum esse pactum: Hoc enim Accursius non explicat, qui nec videt iniquum esse pactum, Iniquitatem nimirum totam constituit in emptore, qui & rem venditam & partem pretij retinere velit, non in pacto, quæ tamen in pacto quoque est. Nam priùs etiam quam emptor dixerit velle se & rem sibi traditam & pretij partem nondum solutam retinere, pactum esse ab initio iniquum est, ac proinde inefficax ad producendam exceptionem. Aliquando accidit, vt iniquitas

quitas superueniat, nec nisi ex postfacto emergat. Quod cùm euenit, etiam id quod ab initio fuit æquum & vtile, statim atque fit iniquum, etiam fit inutile. Vt in *l. ex facto 4 1. versicul. etenim iniquum incipit fieri beneficium Principis si adhuc id valere dicamus D. de vulg. & pupill. substit.* Aliquando autem ab initio ipso apparet iniquitas & quicquid eo modo iniquum est, ab initio quoque inutile ac nullius momenti est, vt in pacto illo euenit de quo tractamus. Cuius iniquitas tota sanè in eo est, quod cùm inter paciscentes id agitur vt à venditione recedatur, quæ non solùm iam perfecta sit mutuo consensu partium, sed etiam ex alterutra tantùm parte implementum acceperit, fieri nequit vt non sit necesse aut emptorem aut venditorem & rem venditã & pretium simul vel in totum, vel pro parte saltem retinere. Nec aliud impediendæ & ab initio corrigendæ huius iniquitatis remedium est, nisi quod ab Azone iam olim adhibitum est in concipienda pactã formola *in d. l. ab emptione*, vt in pacto adhibeantur verba illa *retropræstitis iis quæ iam præstita fuerunt*, per quæ appareat id actú esse vt non priùs venditio resolueretur, quàm essent omnia retroacta & in integrum restituta. Ita enim fit vt nullo casu possit alteruter contrahentium habere quicquam ab altero, sed vt omnia in eum statum reponantur, in quo erant priusquàm res vlla secuta esset. Quare nec sequentia pacti sic concipienda sunt vt venditio tota resoluatur post retroacta iam cætera (esset enim id superuacuum, præposterum & ineptum) sed vt is qui nondum ex parte sua impleuerat, nihil eius vẽditionis nomine præstare teneatur, vt *in d. l. ab emptione*. Tanta enim pacti huius ita concepti potestas est, vt qui in eum vsque diem obligatus fuerat ad rem tradendam vel ad dandum pretium, ipso iure desinat debere ac liberatus inueniatur *d. l. ab emptione*. Vt proinde post pactum ita interpositum neque actio vlla competat, neque exceptio necessaria sit. Quòd si pactum aliter sit conceptum, erit proculdubio statim & ab initio inutile & inefficax etiam ad producendam exceptionem, Nec fiet vtile tametsi emptor qui rem accepit à venditore nec nisi partem pretij ei persoluit rei restitutione offerat, vt se à pretij vel totius vel reliqui præstatione liberet. Adeóque nec si venditor sit vicissim paratus reddere partem pretij quam accepit, quoniam debet ea mutua restitutio fieri ex compacto non ex nuda siue alterutrius siue etiam vtriusque paciscentium voluntate, vt retrotraditio illa non sit nuda sed habilis ad dominium hinc inde transferendum, vt probauimus in præcedentibus, quoniam ea restitutio voluntaria iniquitatem pacti corrigere potest sed nouam formam pacto indere, ac validitatem ei addere nullomodo potest. In pactis enim perinde ac in cæteris locum habet iuris regula quæ non patitur id quod ab initio vitiosum est, ex postfacto conualescere Sed & in eo malè loquitur Accursius, quod ait pactum hoc fuisse interpositum non vt exceptionem pareret, sed venditionem rescinderet, Confundens ista Resolui & Rescindi venditionem: quæ tamen omnino diuersa sunt, vt ex iis intelligitur, quæ in sequentibus tractabimus De laudimiis debitis ex contractu qui posteà fuerit rescissus. Nam ex contractu rescisso semper debetur laudimium secuta traditione, sed vnicum duntaxat, Ex resoluto autem vel nullum penitus sit resolutio facta sit rebus omnibus integris aut saltem ante secutam traditionem, Vel etiam duplex si fiat post traditionem quam retrotraditio subsecuta sit, vt *in d. l. ab emptione*. Resolutio fit semper ipso iure, Rescissio nunquam sed factum hominis semper requirit Iudicis nimirum, aut contrahentium.

ERROR X.

De resoluenda venditione ex qua sit secuta traditio vel retrotraditio ficta per clausulam constituti.

PRæterea vera inquit Castrensis *ad leg. 1. Cod. quand. lic. ab emptio. disced.* si vera traditio interuenit. Sed quid si ficta interuenerit? Vt quia venditor sicutis moris est constituerit se rem venditam precario nomine emptoris possidere per quod constitutum transtulerit in emptorem dominium & possessionem ciuilem & naturalem & apud ipsum remanserit detentatio vt *l. quod meo D. de acquir. poss.* Posteà conuenerunt vt venditio haberetur pro non facta. An ista conuentio operetur resolutionem contractus, vt si dominium in emptorem sit translatum cum possessione (sic enim legendum est apud Castrensem) reuertatur ad venditorem Et videtur, inquit quòd sic, quia sicut per verba tantùm fictione iuris fuerunt translata, dominium scilicet, ac possessio in emptorem, Ita è conuerso per sola verba videntur reuerti ad venditorem. Ex *reg. dict. l. 1. vers. etenim quod consensu C. quand. lic. ab empt. disced. l. prout 80. D. de solut. nihil tam naturale 35. De reg. iur.* Sed ait tamen finaliter tam glos. *in d. l. ab empt. 58. de pact.* vbi hanc quæstionem proponit & examinat subtiliter, quàm Doctores videri concludere quod neque dominiũ neque possessio reuertatur ad venditorem ex solo pacto resolutiuo, Nisi etiam vltra hoc fuerit actum expresse inter eos quod res vendita debeat remanere penes venditorem eo modo quod precarium vel constitutum resoluatur. Hactenus Castrens. *in d. l. 1.* Quæstio sanè subtilius est, ideoque subtiliter, ac subtiliùs quàm ab eo factum sit, examinanda. Illud primum in confesso est tam ex iuris ratione quàm ex interpretum opinionibus, Ex ficta illa traditione quæ fit per clausulam constituti transferri veram, realem, & naturalem possessionem, quia licet modus hic transferendæ possessionis sit fictitius, possessio tamen quæ transfertur est vera, vt Bart. disputat *ad dict. l. ab emptione in fin. & ad l. si is qui pro emptore D. de vsucap.* Et consequenter cum illa possessione transferri dominium in accipientem quotiescunque habilis titulus præcedit ad translationem dominij, Adeò vt in quæstione *l. quoties 15. Cod. de rei vindic.* id est cùm eadem res duobus separatim vendita vel donata est si quæratur vter in dominij causa præferri debeat, is præferendus sit cui prior res tradita est per clausulam constituti, quamuis alius prior possessionem corporalem receperit, vt nos ad illius legis interpretationem adnotauimus ex receptissima interpretum omnium sententia, cui & nos assentimur. Nam hac parte vt & in cæteris omnibus tantùm potest ficta traditio, quantùm vera. Ergo illud quoque pro constituto & verò habendum est quod ad propositam quæstionem attinet. Non minùs desinere rem esse integram, cùm post perfectam nudo consensu venditionem res vendita tradita est per solam clausulam constituti, quàm si vera traditio intercessisset. Ita vt nec exinde teneatur venditor ad rem tradendã, ad quod anteà ex empto actione tenebatur, Sed si corporalem & animam detentionem quam solam habet, recuset, liceat emptori eam rem vindicare quasi factam iam suam. Et similiter si conuentus emptor ad solutionem pretij excipere vellet de re nondum tradita, & veluti pignoris loco pretium retinere, vt *in l. Iulianus 13. §. offerri D. de action. empt.* statim condemnandus esset quasi iam impleta venditione ex parte venditoris. Hoc verò cùm ita sit illud statim consequens sit ex iis quæ di-

ximas in præcedentibus, vt venditio quæ non tantùm perfecta fuerit nudo consensu sed etiam impleta per eiusmodi fictam traditionem, resolui postea non possit nuda contrahentium voluntate, *l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disced. l. 2 & 3. D. de rescind. vendit.* nisi pacto resolutorio concepto ad eum modum, quem præscripsit Aristo, & post eum Neratius *ead. l. ab emptione*, Vt scilicet retrotradita re venditori nihil emptor pretij nomine præstare teneatur. Neque hoc magnam hucusque habet dubitationem. Sed tota in eo est quæstio, An cùm ficta tantùm traditio præcessit, & simpliciter conuenit vt emptio sit pro non facta, quemadmodum Castrensis loquitur, habenda sint hæc verba pro ficta retrotraditione cuius potestate venditio iure ipso resoluta dici possit. Dubitandi autem causa ex eo nascitur quòd constat possessionē quamlibet siue per fictam traditionem acquisita sit amitti statim atque possessor apud se constituit nolle amplius possidere *l si quis v. 17. §. differentia D. de acquir. poss.* An non autem satis constituit emptor nolle possidere cùm paciscitur vt venditio sit pro non facta? Quemadmodum enim dici solet, verum est, Videri quemlibet possidere ex titulo præcedente *l. quædam mulier 77. D. de rei vindic.* ita & qui ex titulo illo præcedente possessionem nactus est, non quidem cor[por]alem, & asininam, vt loquuntur, sed veram t[a]men & realem tam naturalem, quam ciuilem si consentiat vt titulus redeat ad non titulum, ea quoque omnia reiicere videtur, quæ illi titulo consequentia sunt, ac proinde etiam possessionem cuius amissio nullum corporis factum requirit, vt diximus, sed solam animi destinationem. Præsertim cùm illud quoque dici soleat, Ex actu etiam nullo declarari voluntatem *l. vltim. D. de reb. cor. qui sub tutel. sunt l. licèt transferam 21. D. de adim. leg.* Vt pr[ou]de frustra videatur quærere an pactum valeat [...] Cùm etiamsi non valeret, perinde tam[en ...] sionem ex eo amissam esse dicendum [...] contrarium illud valde vrget, quòd vt [...] tur omnia, quomodo retroagi necesse est ad r[esol]uendam venditionem *dict. l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disc.* non tantùm possessionem quæ empt[ori] quæsita fuerat, ab eo amitti necesse est, sed etiam venditori restitui, nec tantùm possessionem, sed etiam dominium. Quod tamen cer[t]um est non æquè ac possessionem animo amitti posse, quia non nisi certis & legitimis modis dominium sicut acquiritur, ita & amittitur, Inter quos non est nuda voluntas *dict. §. differentia*, vbi hæc inter dominium & possessionem differentia diserte constituitur. Sed neque possessio tametsi solo animo amittatur, similiter tamen solo animo restitui alteri potest. Habet enim etiam possessio modos suos, alios naturales, alios ciuiles non per quos amittantur, quod nuda voluntate fieri posse diximus, sed per quos acquiratur. Naturaliter acquiritur maximè per naturalem & veram traditionē vnde & nomen accepit *l. 1. in princip. D. de acquir. poss.* nec tantùm tactu sed etiam oculis *dict. l. §. si iusserim*, Ciuiliter verò, maximè per clausulas constituti & precarij. Vt autem possessio quæ per fictam illam tradi[t]ionem à venditore translata fuerat in emptorem, redeat iterum ad venditorem necesse est vt non solùm amittat eam emptor, sed vt præterea acquirat eam venditor, quòd nemo dixerit fieri posse sola vel emptoris, vel etiam venditoris ipsius, aut vtriusque voluntate. Facti igitur aliquo est opus, id est vel vera vel saltem alia ficta traditione vt clausula constituti per contrarium constitutum tollatur, & emptor constituat se venditoris nomine possidere quod vnditor ipsius emptoris nomine possidere anteà voluerat & constituerat. Nam quod Castrensis requirit duntaxat vt emptor consentiat rem quæ adhuc corporaliter penes venditorem est, apud eum remanere eodem iure quo erat anteà, non potest sufficere, si quidem eiusmodi consensus neque eiusmodi modus est transferendæ possessionis, multò minùs transferendi dominij. Et tamen constat ex *dict. l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disced* ad resoluendam venditionem quæ perfecta iam fuerit & impleta ex alterutra parte requiri actum similē priori saltem æquipollenter, vt Bartolus explicat *ad dict. l. ab empt. num. penultim.* vt possit venditio retroagi & in eum statum reduci, in quo erat eo tempore quo resolui nudo consensu potuisset. Aut si eum Castrensi habeas nudum hunc consensum pro actu qui æquipollere possit traditioni fictæ quæ præcesserat, Planè non video cur non æquè sufficere debeat quod contrahentes generaliter & simpliciter pacti sint de resoluenda venditione. An non enim voluntas euidens est ita paciscentium vt res vendita cuius corporalem possessionem venditor retinuit penes eum remaneat, eodem penitus iure quo erat ante factam, perfectámque venditionem? Proinde si nihil nisi nudam eorum voluntatem exigimus parum interest vtro modo pactum concipiatur, & quibus verbis, dummodò iis quæ apta sint ad voluntatem illam declarandam: Cùm sit verissimum quod supradicto loco Bartolus tractat, Nihil referre quid ex æquipollentibus fiat *Ex l. vltim. in fin. D. mandat. l si mater 3. C. de instit. & subst. l. mulier. 21. l. restitut. 37. D. ad SC. Trebell.* Mihi videntur interpretes nostri omnes in eo errare, quod supponunt, Ad resoluendam nudam nudo pacto venditionem etiam post rem secutam sufficere nudam voluntatem & qualiber verba pacti, dummodò contrarius actus aliquis interueniat traditionis vel veræ vel fictæ: Quod tamen non ita est. Requiritur enim vt ea retrotraditio illa siue vera siue ficta [...] in obligatione aliqua ponatur, quæ species [...] [obligator]iæ obligationis, nouique contractus *d. l. e[...] in fin.* sed tantùm præstatione per ablat[...] [f]ormulas vt in eadem lege, aut saltem per formulam æquipollentem quæ tamen nullam constituituat obligationem. Itaque si sic pactum conciperetur simpliciter vt venditio resolueretur, aut etiam addito eo vt res vendita retrotraderetur venditori ab emptore, aut vt emptor constitueret se eam rem venditoris nomine possidere, aut denique vt remaneret in posterum penes venditorem eodem iure dominij & possessionis quo erat anteà, non putarem valere pactum tanquam quòd esset obligatorium, cùm tamen debeat esse duntaxat liberatorium, vt in *d. l. emptione*. Quibus ergo verbis concipiendum erit, vt valeat, & venditionem resoluat? His nimirum vt arbitror, Vt emptore retro constituente se rem venditam possidere nomine venditoris, emptor nihil ex causa pretij præstare teneatur. Nam quin constituti potestas sufficere debeat non puto equidem dub[i]tand[u]m, nec solùm si traditio prior ficta tantùm fuerat, & per constitutum facta qui casus est quem nos tractamus, sed etiam si vera & realis traditio præcesserat. In eóque sententiam Bartoli ad *d. l. ab empt. num. penultim.* libenter sequor, cùm ficta hæc traditio æquipolleat veræ quòd ad veram quoque possessionem transferendam vt ille disputat, An ergo clausulam constituti hac parte nece[ss]ariam esse arbitramur, nulla [ve]tem interueniente vera traditione? Minimè verò Æquè enim dicam valere pactum si modò ita conceptum sit vt venditore possessio-

oem

nem corporalem quam adhuc habeat, retinente, aut simpliciter si males vt vendita re penes venditorem remanente (non additis verbis illis quæ Castrensis exigit *eodem iure quo erat antea*) emptor nihil pretij nomine venditoris præstare teneatur: vt differentia non tam in verbis, quam in verborum formula collocetur. Sic enim conceptis pacti verbis, licet nihil de retrotraditione aut vera aut ficta dictum videri possit, dico tamen perinde resolui posse venditiones nudo isto pacto, & quidem ipso iure (necesse siquidem pactum vel resoluat ipso iure venditionem, vel tanquam inualidum & inefficax nihil penitus operetur, id est ne quidem exceptionem) acsi de interponenda constituti clausula dictum aliquid fuisset, quamuis de nullo actu retrosimili verba pacti loquantur: in quo vno dubitandi ratio tota consistit. Atque huius meæ sententiæ rationem illam affero, quod venditor qui corporalem tantum possessionem & asininam, vt aiunt, detentionem penes se retinuit, ex quo instanti cœpit eam rem emptoris nomine possidere, nulla indigeat traditione, neque vera, neque ficta, vt possessor iterum aut magis fiat, sed tantùm vt mutet sibi causam possessionis, hoc est, vt qui non possidet nisi secundum quid & nomine alieno incipiat iam suo nomine ac simpliciter possidere. Atquin vt possit ille sibi mutare causam possessionis, pendet ex sola ipsius voluntate, cùm etiamsi causam nullam haberet nouæ mutandæ possessionis, vtique mutare sibi eam posset, ac sibi aut alij incipere possidere interuertendo possessionem emptoris cuius nomine antea constituisset se possidere. Id enim facere possunt omnes qui alieno tantum nomine possident, si mala fide in ea possessione in qua sunt, versari velint *l. si quis rem* 20 *l. si colonus* 31. *& l. seq.* §. *s. l. si de eo* 40 §. 1. *& pass. D. de acquir. poss.* Neque est contrarium quod veteribus iam olim vulgo placuit, Neminem causam possessionis mutare sibi posse *l.* 3. §. *illud quoque l. qui bona fide* 19 § 1. *eod. l. cum nemo* 5. *C. eod. l. non solum* 33. § 1. *D. de vsuc. l.* 2. §. *quod vulgo D. pro hered.* Id enim quamquam ita est accipiendum vt non solum ciuilis sed etiam naturalis possessio intelligatur. De ea tamen possessione intelligi debet, ex qua velit quis vsucapere & alienam rem siue vllo iusto titulo sibi acquirere, quod certè fieri non potest vt benè Iulianus explicat *in d. §. quod vulg.* & *in d. l.* 33 §. 1. *de vsucap.* vbi idem Iulianus ait Toties hoc verum esse quoties quis sciret se bona fide non possidere, & lucri faciendi causa incipere possidere. Quid enim est *lucri faciendi causa* nisi quod dicimus *Vsucapiendi gratia.* Vsucapio namque lucrum est & adeptio dominij ex causa lucratiua, cùm huiusmodi adeptio & acquisitio fiat sola legis potestate. Cæterùm si quis alieno possidens nomine causam possessionis mutare sibi velit ob id duntaxat vt alienam possessionem interuertat, dubium non est quin ea mutatio hunc effectum habeat vt hic ex non possessore fiat possessor sed malæ fidei & eo possessionis genere quod ad vsucapionem prodesse nunquam possit, Possessori autem suam auferat possessionem non quidem quandiu ignorat, sed cùm reuersus aut repellitur aut suspicatur se posse repelli *l. si id quod* 25. §. *quod autem D. de acquir. poss. l. bona fides* 48. *vers. In contrarium D. de acq. rer. domin.* Cùm enim possessio sit facti perinde potest esse vt possessio cùm mala fide & sine titulo atque cum bona fide & titulo iusto *l.* 1. §. *si vir vxori eod tit.* Ideoque fuit necessaria Iustiniani constitutio *in l. vlt. Cod. de acq. poss* vt per eiusmodi interuersionem possessio non amitteretur quæ olim amittebatur aut vt amissa recuperaretur. Hoc enim pragmaticis nostris sentiat esse illud remedium retinendæ possessionis, siue cum plerisque interpretibus quorum sententiam semper probauimus, recuperandæ. In proposito autem cùm venditor qui se constituerat emptoris nomine possidere mutat sibi causam possessionis post pactum ita interpositum vti diximus, & incipit suo nomine possidere, interuertit possessionem emptoris solo animo, sed bona fide, quoniam interuertit ex ipsius emptoris voluntate, adeóque ex noua causa, quæ licèt non vt titulus, quia pactum nudum quod non incontinenti post emptionem perfectam interpositum est, sed re iam secuta, titulus dici non potest, habet tamen hac parte vim tituli propter adnexam potestatem contractus bonæ fidei, qui per eiusmodi pactum resoluitur: Ita vt retrotraditio quæ ex eius pacti causa fieret non posset dici nuda, tanquam quæ facta esset ex iusta causa, ideoque habilis esset ad addendum venditori dominium, quod ab eo per primam traditionem abcesserat: quemadmodum disputauimus in præcedentibus. Quòd si in traditione siue vera, siue ficta id procedit, quidni hoc ipsum admittamus cùm retrotraditio nulla secuta est, sed nuda conuentio quæ potestatem fecerit venditori mutandi sibi causam possessionis. Hoc enim casu negat Iulianus supradictæ veterum sententiæ locum esse cùm superuenit noua eaque iusta causa mutandæ possessionis *d. l. non solum* 33 §. 1. *De vsucap.* idque pluribus exemplis confirmat tum quoque cùm ea mutatio vergit in alterius etiam ignorantis vel inuiti dispendium. Quantò magis in proposita specie in qua emptori nulla sane fit iniuria, cùm mutationi huic ipse consentiat? *vulg. l. in diem* 9. §. 1. *D. de aqua & aquæ pluu. arcend.* At neque nouum est, vt possessio licèt sit facti acquiratur tamen breui manu & nuda possessoris voluntate, adeoque quod mirabilius est, voluntate illius qui possessor numquam fuerit, vt in specie *l. interd* 21. *D. de acq. poss* Sed & dominium, quod regulariter non nisi per mediam possessionem acquiri solet, interdum nuda voluntate domini acquiritur, Veluti si rem quam tibi dominus commodauerat, aut locauerat, apud te deposuerat, postea vel vendiderit tibi vel donauerit vel doti dederit. Quamuis enim ex ea causa tibi rem illam non tradiderit, eo tamen ipso quo patitur tuam esse statim acquiritur tibi proprietas perinde acsi eo nomine tibi tradita fuisset, inquit Iustinianus *in §. interdum* 44. *Inst de rer. diuis.* Qui textus pro sententiæ nostræ confirmatione omnium accommodatissimus est. Istis enim casibus omnino similis ille est, quem tractamus de re vendita, & ficta duntaxat tradita rursum acquirenda venditoris qui in corporali eius possessione remanserit. Non enim magis possidet commodatarius aut conductor, aud depositarius, quam venditor qui se constituit emptoris nomine possidere, sed sunt hi omnes tantum in possessione *l. si quis ante* 10. *D. de acqu. poss. l. officium* 9. *D. de rei vindic. l. certè* 6. §. *is qui rogauit D. de precar.* nec possessionem vllam habent neque viuo, neque mortuo domino, vt de colono ait Iulianus *in dict. l. non solum* 33. §. 1. *De vsucap.* Sed sunt in corporali & asinina detentatione. Quæ res sufficit vt sola patientia domini qui alioquin rem tradere deberet ad transferendum dominium pro traditione habeatur, *dict. § interdum*. Quantò igitur magis si non de transferendo simpliciter dominio agatur, sed de reddendo per emptorem eo quod iam fuerat venditoris? Est enim hoc semper facilius vt ad pristinum dominium res reuertatur, longéque fauorabilius *argum l si vnus* 27. §. *pactus ne peteret in fin. D. de pact. l. fil.* 23. *De lib. & posth.* Sicut & circuitus quilibet, vt plurimum est odiosus *vulg. l. dominus testamento* 55. *De cond. ind.* Alioqui si vellet emptor per veram traditionem reddere venditori dominium, quod ab eo per clausulam constituti cum possessione accepisset,

acceperit, cum rei gerendæ ordinem iniri necesse esset, vt cogeretur venditor etiam post pactum de resoluenda venditione interpositum, possessionem illam corporalem quam solam retinuerat, tradere emptori, confestim eam postmodum ab emptore recepturus, vt in *dict.* §. *interdum*. Quod esset perquàm ridiculum. Et quemadmodum alijs plerisque casibus celeritate coniungendarum actionum vna occultatur, vt in *l. singularia* 15. *D. de reb. cred. l.* 3. §. *sed si debitorem D. de donat. int. vir. & vxor.* Ita & in hac specie duplicem traditionem occultari nihil prohibet vt tantò citiùs satisfiat contrahentium voluntati: quæ illa est vt dominium recta via & nuda vtriusque voluntate recurrat ad venditorem. Nam & idem euenit in specie *d.* §. *interdum*, vt duplex traditio occultetur. Prior illa quam à commodatario vel conductore, vel depositario fieri necesse esse domino, vt eandem rem posset dominus posteà tradere eiusque dominium in eundem qui prior tradidisset, transferre. Altera quam à domino eodémque possessor fieri necesse esset, vt in eum qui antea dominus non erat, dominium transferretur: Quid si addam, Emptorem qui non nisi per clausulam constituti possessor factus sit, non posse constituere se aut venditoris aut cuiusquam alterius nomine possidere? Nam in possessione oportere eum esse qui per clausulam constituti alium possessorem facere velit, vt non obscurè probat *d. l. quod meo* 18. *De acquir. poss.* vbi quod dicitur *quod meo nomine possideo*, sic accipiendum est acsi scriptum esset. *Quod meo & corpore, & animo mihi possideo.* Sed erit hoc aliquando discutiendum exactiùs, fuitque iam à nobis alio loco tractatum. Nunc hoc ipsum hic indicasse, vel inculcasse sufficiat.

ANTONII FABRI I.C.

Decas nonagesimaseptima.

ERROR PRIMVS.

De contractu renouato, & an ex eo laudimia debeantur.

De contractu resoluto satis multa scripsimus tota Decade superiore. Iam dicendum aliquid est de contractu renouato, vt postea tractemus de recisso, Accommodatè ad institutam De laudimijs disputationem. Omnes enim hæ quæstiones licet ad alia quoque sint vtiles, ad hoc tamen maximè sunt necessariæ, vt sciamus, An ex huiusmodi contractibus laudimium debeatur, & an duplex quasi ex duobus contractibus, an simplex, quasi ex vno, Et rursum si simplex, an quasi ex primo contractu, an quasi ex renouato. Sic enim nostri appellant secundum quem rectiùs & veriùs deberent dicere Renouantem. Primus siquidem ille est qui renouatur: secundus qui renouat. Est autem hæc quæstio agitata primùm ab Accursio in *l. iuris gentium* 7. §. *adeo D. de pact.* vbi quærit, An per pactum circa substantialia contractus appositum prior contractus renouatus videatur. Et distinguit an fiat pactum ex interuallo, an continenti, vt si ex interuallo, dicendum sit videri renouatum, Secus si in continenti *argum. l. non ad ea* 87. *De condic. & demonstrat.* ex qua vulgò inferre nostri solent non esse quemquam præsumendum velle incontinenti se corrigere etiam in actibus inter viuos, vt ibidē Castrensis notat. Sed traditio hæc iam olim à Guilielmo de Cuneo reprobata est. Quasi distinctio *dict. l. non ad ea*, locum habeat in testatore tantùm, ex cuius solius voluntate pendet tota dispositio. Non etiam in contractibus, qui pendent ex consensu duorum. Bartolus Guilielmi sententiam magis probat, sed alia & meliore, vt videtur, ratione quòd super vna eâdémque re plures emptiones validæ concurrere non possint, sed si prior valida sit, posteriorem licet alterius speciei prorsus inualidam & inutilem esse necessarium est, puta si prior fuerit pura, & posterior condicionalis *l. si id quod* 7. *D. de resc. vend. vendit.* Aliter itaque Bartolus ipse distinguit & in hunc modum, Aut pactum, inquit, secundum apponitur cum vno ex pluribus siue venditoribus, siue emptoribus, aut cum eodem. Primo casu pro parte tantùm receditur à contractu, neque in totum contractus renouatur, *ex dict.* § *adeo vers. sed cùm duo*, vbi ex Iuliano scribit Vlpianus, si cùm duo hæredes emptori extiterunt, venditor cum altero eorum pactus sit vt ab emptione recedatur, valere pactionem & dissolui pro parte emptionem, quoniam & ex alio contractu paciscendo alter ex hæredibus acquirere sibi potuit exceptionem. Secundo casu subiungit Bartolus, Aut verba non sunt apta ad renouationem contractus. Verbi gratia, inquit, Rem quam tibi vendidi pro viginti, volo quòd emptam habeas prima emptione, & remitto tibi decem, vel primæ emptioni addo decem, Et non videtur renouatus contractus: Aut verba sunt apta ad renouationem contractus vel sunt ambigua, quia possunt trahi ad vtrumque, & videtur contractus renouatus *dict.* §. *adeò & l. pacta conuenta* 72. *versic. Paulus notat D. de contr. empt. l. si vnus* 27 § *pactus ne peteret*, *versic. quod si non vt totum D. de pact.* Hancque Bartoli distinctionem à Doctoribus communiter probatam esse testatur Amed. à Pont. *quæst. laudim.* 58 post Castrensem *ad l.* 1. *Cod. quand. lic. ab empt. disced. numer.* 3. vbi addit ea sententia & illatione quæ fuit primùm eiusdem Bartol. *ad dict.* §. *adeò* Non deberi hoc casu duplicem gabellam, sed vnicam duntaxat, eámque ex contractu reformato & renouato, qui licet nouus, idem tamen sit cum primo. Quod autem de gabella ex omni contractu soluenda scripserunt Bartolus, Castrensis & alij, trahunt nostri post Amed. à Ponte ad laudimium vt perinde hoc casu non nisi vnicum laudimium debeatur, Quando, inquit, inter easdem partes fit renouatio cùm sit quodammodo primus contractus in secundum translatus secus si mutetur persona quamuis re integra, vt quia vendatur alteri de consensu primi. Ex Bald. *in l. cùm per eos Cod. si quis alter. vel sibi* Et Bertach. *in tract. De gabell. part.* 5. *quæst.* 5. Ego totam quæstionem istam De contractu renouato quantùm ad laudimia pertinet, prorsus otiosam esse arbitror. Nam si verum est, quod nos in præcedentibus

bos tam sæpe inculcauimus, laudimia non deberi ex contractu etiam qui sit habilis ad transferendum per mediam traditionem dominium, sed tantum propter traditionem quæ ex eo contractu secuta sit, Quid stultius est, quàm quærere an vnicus contractus sit, an duplex debeatur, & an ex primo an ex nouo, cùm ponamus vnicam duntaxat traditionem interuenisse, eámque non ex primo contractu sed ex nouo. Nam si inter priorem contractum & posteriorem secuta esset traditio, atque ita res integra esse desiisset, nemo dubitaret, quin laudimium ex primo quoque contractu deberetur, Vt concludit Amed. a Pont. *d. quæst.* 18. vbi audit deberi duplex laudimium ex dissolutione contractus per viam pacti quando res non esset integra, puta inquit, quia iam ad traditionem processum esset. Propterea quòd eo casu magis sit multiplicatio contractus, quam dissolutio. Et Alber. *ad. l. ab emptione col. pen. vers. item quæritur quid si*, Et Bald. *col. fin. vers. si vero ibid.* & Castr. *num.* 3. *&* 10. Quæ ratio tamen licèt in se vera sit, non est bona & ad propositum accommodata. Non enim sola contractuum multiplicatio inducit multiplicationem laudimiorum sed sola multiplicatio traditionum, quemadmodum idem A Ponte notat *quæst.* 43. *ex l. quicunque Cod. de seru. fugit.* & Angel. *in dict. l. ab emptione.* Nec est, quod cum recedentis quos idem Amed. à Ponte refert, exigas vt implementum contractus hinc inde secutum fuerit, quasi non sufficiat vt ab altera tantùm parte. Nam imò verò sufficit vt ab vna parte tantùm sit impletus contractus, dummodò ex parte venditoris qui rem tradere debet non etiam si ex parte emptoris, cuius est pretium soluere. Nihil enim commune habet solutio pretii cum obligatione laudimiorum, quæ non nisi per traditionem inducitur. In quo ipso etiam errat Amed. non cùm ait post gloss. *in l.* 1. *C. quan. l. lic. ab empt. disced.* non esse rem integram post traditionem rei & pretij, vel alterutrius tantùm (id enim verissimum est *l.* 1. *C. eod. l.* 2. *D. de rescind. vendit.*) Sed cùm ait quod quando contractus est executioni mandatus non solùm ab vtraque parte, qui casus nullam habet dubitationem sed ex altera tantùm, idest vt præcedentia explicant ex parte solius emptoris, si recedatur à primo contractu & procedatur ad retrouenditionem, ex illa dissolutione tanquam ex nouo contractu debet solui laudimium. Ex Angel. *in dict. l.* 1. *Cod. quand. lic. ab empt. disced.* Et si enim nouus contractus est, falsum tamen est ex eo vllum deberi laudimium. Cùm huiusmodi retrouenditionem quam nulla, vt ponimus præcessit traditio, nec vlla quoque retrotraditio subsequi possit, propter quam dici queat laudimia deberi. Sed perpetuus Amedei à Ponte & pragmaticorum nostrorum error in eo est quod putant, Ex solo & simplici contractu dummodo qui sit habilis ad transferendum dominium, etiam nulla traditione secuta laudimium deberi, quod falsissimum esse probauimus in superioribus. Et nimis euidenter abutuntur isti traditionibus Bartoli, Castrensis & aliorum interpretum qui non de laudimio loquuntur sed de gabella debita ex statuto ita concepto, vt ex quolibet contractu soluenda sit, quale est B nonienſe quod Castrensis refert *in d. l.* 1. *C. quand. lic. ab empt. discod.* Tractemus tamen quia elegans & vtilis quæstio est, etiam de contractu renouato, & Accursij Bartolique distinctiones examinemus. Illud primùm supponendum est in quo interpretes omnes consentiunt, De renouatione contractus tunc tantùm quæri posse cùm pactum interpositum est circa substantialia contractus, & rebus omnibus adhuc integris. Nam pacta quæ fiunt de accidentalibus contractus quæ Papinianus eleganter *adminicula* vocat *in l. pacta conuenta* 72. *D. de contr. empt.* cùm ad substantiam contractus minimè pertineant, eam vim habere non possunt vt contractum nouent aut renouent, sed tantùm vt contractos præstationes augeant si sint adijcientia, vel minuant, si detrahentia. Rursum secuto implemento siue ex vtraque siue ex altera tantùm parte, fieri certè nequit, vt contractus renouetur, qui iam implementum acceperit, Et si quid ex eo contractu reformari contrahentes velint, alium in eam rem contractum fieri necesse est. Porrò emptionis substantia ne de cæteris contractibus quicquam dicamus, consistit tota ex pretio, vt idem Papinianus ibidem docet, Ideóque dicimus perfectam esse emptionem & venditionem, non cùm vnus ex contrahentibus dixit se vendere, alius se emere, sed cùm in certa pretij quantitate consenserunt §. *cum autem Instit. de empt. & vendit.* Igitur ea demùm pacta de substantialibus emptionis facta dici possunt quæ facta sunt pretio, siue augendo, siue minuendo, puta, si conueniat vt res vendita decem aureis sit vendita viginti aut contrà. Quæstio igitur in eo est, An per huiusmodi pactum prior contractus sit renouatus, De quo nunquam quæritur cùm pactum fit de adminiculis. Renouatio dicit & includit nouationem. Nouatio autem prioris obligationis peremptionem, eiusque transfusionem in sequentem *l.* 1. *D. de nouat.* Proinde quæstionis effectus ille est, An duo sint contractus an vnicus, & an pactum faciat contractum, an quid potiùs adiectum contractui. Ob eam nimirum causam distinguebat Accursius an in continenti appositum esset, an ex interuallo Vt si ex interuallo appositum sit vnus tantùm contractus sit sed renouatus: Si autem in continenti, duo sint contractos quòd non sit præsumendum voluisse contrahentes incontinenti se corrigere ex *dict. l. non ad ea.* Mihi distinctio non displicet, sed distinctionis applicatio non placet. Dicerem enim potiùs si pactum hoc incontinenti adhibitum sit, hoc est si postquàm inter ementem & vendentem consensu est in pretio decem aureorum, conuenerit incontinenti de vinginti, Vnicum duntaxat contractu interuenisse videri iam inde ab initio, & perinde esse ac si nunquam de decem sed ab initio de viginti conuenisset. Hoc enim est quod dici solet & perpetuò verum est, ea quæ ex continenti fiunt inesse videri *dict. l. iuris gentium* 7. §. *quinimo D. de pact. l. lecta* 40. *D. de reb. credit.* Non quasi possint inesse vinginti in decem, quomodo maiori summæ minor inesset *l.* 1. §. *si stipulanti D. de verbor. obligat.* Sed vt conuentio de vinginti insit contractui in quo primùm conuenerat de decem, id est vt in illo ipso contractu non nisi de vinginti conuenisse videatur. Nam cùm aliud sit dicere decem, aliud vinginti, quoniam numeri omnes formam & determinationem suam formalem ab vltima vnitate accipiunt, vt aiunt Mathematici, non magis fieri potest vt vna eadémque emptio duplex pretium habeat, quàm vt alia res quælibet duplicem substantiam, cùm substantia emptionis consistat ex pretio *dict. l. pacta.* Si ergo pactum de viginti quando incontinenti appositum est inest contractui in quo de decem tantùm conuenerat necesse est vt posterior numerus excludat omnino priorem, vt in contractu includi possit. Neque distinguo an posterior numerus maior sit priore, an minor. Vtroque siquidem casu verum est alium esse numerum, nec magis dici potest numerum viginti, quamuis decem sint in viginti, quàm numerum viginti esse numerum decem, quod esset multò stultiùs, cùm viginti non possint esse in decem. Cui consequens est, vt secunda conuentio hæc nihil aliud sit, quàm correctio prioris: Quæ correctio etiam in vltimis voluntatibus

neque

neque noua, neque absurda est. Quid enim prohibet priorem scripturam posteriore corrigere, commutare, rescindere? *l. nihil prohibet 17. D. de admin. legat.* Nam si ita scriptum fuerit, *Titius imò Seius hæres esto*, Africanus respondit Seium solum hæredem fore, Idémque dicendum esse & si ita *Titius hæres esto, Imo Seius hæres esto l. si ita scriptum 47. D. de hæred. instit.* Nec dissimiliter idem Africanus *in l. Stichus 21. D. de manum. testam.* cùm testator ita scripsisset, *Stichus imò Pamphilus liber esto*, solum Pamphilum liberum fore respondit. Quodammodo enim, inquit, errorem suum emendasse testatorem. Idémque iuris fore etiamsi ita scriptum fuerit *Stichus liber esto, Imo Pamphilus liber esto.*

ERROR II.

De sententia & ratione l. non ad ea 89. D. de condict. & demonstr.

Contrarium non est quod *in l. non ad ea 89. D. condict. & demonstrat.* scriptum legimus, si purè legatum hæres ex continenti sub conditione damnatus aut rogatus est dare, non esse habendum legatum pro conditionali duntaxat, sed perinde esse acsi iuncta inferiore scriptura idem legatum esset vel vt præsens vindicari si hoc voluerit legatarius, vel cùm conditio extiterit ab hærede peti possit. Habet enim ille casus specialem rationem, quia nihil vetat eandem rem & purè & sub conditione eidem legari purè per vindicationem & sub conditione per damnationem aut per fideicommissum vt electionem habeat legatarius vel vindicandi legati statim si velit, vel petendi eius impleta demùm conditione, an quia non ideò futurum sit vt superuacua fiat conditio, quæ hoc saltem efficiet vt si legatarius non declarata voluntate, & ante conditionem impletam licèt post diem puri legati cedentem decesserit, nihil transmittere debeat ad hæredem, id est non magis ea legato puro, quam ex conditionali, Non quasi purum factum sit conditionale, quod lex disertè negat nisi sub commemoratione prioris legati posterius scriptum fuerit, veluti *Stichum quem tibi legaui hæres meus si illud factum erit, ei dato*, sed quia suam voluntatem legatarius viuus non declarauerit, nec dixerit malle se Stichum ea legato puro consequi, quàm ex conditionali. Poterat enim quidem habere ea puro atque ita conditionale legatum inutile reddere si voluisset, sed hoc ipso quod nunquam petiit ea puro videtur maluisse quandoque posteà impleta conditione posset agnoscere ea conditionali, Quod non similiter dici posset si legatum conditionale nullum factum esset. Verùm neque cùm legatum conditionale factum est dici hoc potest: Sola enim expressa conditio impedit transmissionem legati non ea quæ tacitè tantùm inest *l. si ita legatum 65. §. 1. De leg. 1.* Itaque legatum quod an viuo legatario præsens vindicari potuit, cur non ad hæredem ipsius etiam transmittetur. An ergo dicendum erit cum interpretibus legati huius conditionalis vtilitatem in eo elucere quòd possint interdum iustæ causæ interuenire, propter quas non sit inutile aut superuacuum legatum conditionale post purum, Puta si ei legatum proponatur qui mortis tempore quo cedit dies legatorum purè relictorum, incapax reperiatur, deportationis fortassis aut aliam capitalem sententiam passus, Capax verò tempore conditionis existentis. Certum enim est in quolibet legati & fideicommissi genere si de ipsius viribus quæratur, non aliud tempus inspiciendum esse quàm quo dies cedit. Ergo tempus mortis in legatis puris, Tempus conditionis existentis in conditionali, vt *l. vlt. [illegible] 59. l. cum qui ita 104. De condic. & demonstr.* Sic ergo proderit legatum conditionale legatario, qui alioquin ex puro nihil consequeretur. Rursum finge iam ipso testamenti tempore incapacem fuisse legatarium, qui tamen tempore mortis capax inueniatur. Non poterit etiamsi maximè velit, purum legatum petere, tanquam quod inutile sit per regulam Catonianam, quæ non patitur inspici tempus mortis in legatis puris quæ non valuissent si testator ipso testamenti tempore decessisset: Peteret tamen si legatum esset conditionale, quoniam regula Catoniana ad legata conditionalia non pertinet *l. cætera 41. §. extraneus De legat. 1.* vt neque ad ea legata quorum dies non cedit nisi ab adita hæreditate *l. 3. D. de reg. Caton.* id est vsusfructus & libertatum *l. vnic. D. quand. dies vsusfr. leg. ced. l. 5. D. quand. dies legat. ced. l. vnic. §. libertatibus Cod. de caduc. tollend.* Denique ne singula conquiramus, Pone legatum fuisse relictum filio familias qui mortis tempore adhuc in sacris & potestate patria constitutus inueniatur. Si legatum sit purum acquiretur patri, quia & ad hæredem filij si sui iuris esset transmitteretur. At si esset conditionale non acquiretur si existente conditione filius sui iuris reperiretur, quia nec transmittei posset ad hæredem, Ex *reg. l. quæ legata 18. de reg. iur.* Nisi poneres conditionem legati eam fuisse, si in patris potestate mansisset. Faceret namque illa conditio, vt patri magis quàm filio legatum videretur, possétque pater legatum suo nomine petere *l. [illegible] filio familias 42. De cond. & demonstr.* Nempe quia non posset filius capax fieri legati sibi acquirendi nō patri, quin de viui patris potestate exiret, neque rursus exire de viui patris potestate quin conditio hoc ipso deficeret, nec denique legati conditio deficere quin legatum ipsum corrueret. Sed neque probabile est Iureconsultum ob istas causas *in d. l. non ad ea*, scripsisse, valere legatum conditionale post purum. Sic enim lex habet valere vtrumque, & in arbitrio esse legatarij an ex puro vindicare rem velit, an ex conditionali rem petere ab hærede Proinde supponit lex vtriúsque legati diem vtiliter cessisse, & ex vtroque legato agi posse. Illud sanè constat, Posse eoridem sed eiusdem rei legatum interdum non valere tanquam purum & valere tanquā conditionale quod aliter & alio tempore cedat dies legati puri, aliter & alio tēpore dies legati conditionalis. Verùm enimuerò cùm lex enim casum tractet, vt diximus, quo vtrumque legatum valeat, dicendum est potiùs, Iureconsultum ad id respicere quod tractat de duplici legato quod sit duplicis generis, id est quorum vnum fit per vindicationem alterum per damnationem, vt in sequentibus dicemus. Et consequenter nihil causæ est cur dicamus, Testatorem, qui quod purè legauerat, statim & ex continenti legat sub conditione videri seipsum corrigere voluisse, cùm vtraque voluntas & vtraque scriptura effectum sortiri commodè possit, si non semper (agnitio enim legati puri faceret sine dubio conditionale inutile, cùm id quod legatarij iam factum esset magis eius fieri non posset. Vnde est quod dicimus, Non posse duas lucratiuas causas in eandem rem, eandémque personam concurrere *l. omnes 17. l. ex promissione 19. D. de oblig. & act. l. Maunis 66. §. duorum & §. cum qui De leg. 2.* Saltem aliquo casu, quod sufficit vt ea voluntas vtilis dici possit, *l. Stichus 39. in fin. D. de manum. testam. l. heres à deb. 21. § pen D. de fideiuss.* Atqui, dicat aliquis, si quod priùs legatū fuit purè, legetur ex interuallo sub conditione, tollitur legatum purum & remanet solum conditionale *d. l. non ad ea.* Cur ergo tam variè cum legatum conditionale factum est ex interuallo,

interuallo aut ex continenti: Nisi quòd vno casu præsumitur, testatorem corrigere seipsum voluisse, alio non item. Et ita interpretes nostri passim ratiocinantur. Sed perperam sanè vt ego quidē existimo. Quod enim tollitur legatum purum per conditionale factū ex interuallo, non ex eo proficiscitur, quod per legatum posterius correctio quædam prioris inducatur, vt illi putāt, sed potiùs quia in legatis nouissima scriptura spectanda sit *l. quod traditum est* 87. *ee De cond. & demonstr.* tanquam quæ supremam & vltimam cōtineat voluntatem quę sola semper spectanda est *l.* 4. *D. de adim. legat. l. cùm hic status* 32. *§. pœnit. D. de donat. int. vir. & vxor.* Est autem posterior voluntas illa quę posteriore scriptura continetur, Nisi eùm testator per priorem scripturam posteriori derogauit, vt *in l. si mihi & tibi* §. 2. *§. in legat. De legat.* 1 *l. si quis in pr.* 22. *de leg.* 3. Itaque si ponas posteriorem scripturam factam esse post obliuionem prioris, vt *in l. Seia* 20. *D. de instruct. & instr. legat.* vt puta post decennium, ex cuius temporis lapsu pręsumi solet obliuio *l. sancimus* 27. *C. de testam.* quo tamen casu nemo dixerit habuisse testatorem animum corrigendæ voluntatis, cuius non meminerit, & de qua proinde non cogitauerit. Certum tamen est solam posteriorem attendi non tanquam correctoriam sed quasi nouissimam, *d. l. Seia in princip.* Non potest autem non posse nouissima scriptura illa, quæ ex interuallo facta sit, quia eam demùm ex interuallo factum intelligere debemus, quæ alio tempore facta sit, & consequenter, in alio actu vltimæ voluntatis siue eiusdem, siue diuersę speciei, non eam quæ facta sit in posteriore ac remotiore parte eiusdem scripturæ vt sentire videntur interpretes. Interuallum namque dicitur temporis, non scripturæ, nec video qua ratione dici possit factum esse ex interuallo quod in eàdem scriptura factum sit. Maximè verò si de testamento tractemus, Cuius inter solemnitates præcipuas, vna illa est vt vnico contextu fieri debeat, *l. hæredes palam* 21. *§. vlt. D. qui testam. facer. poss. l. cùm antiquitas* 28. *Cod. de testam.* Quid autem est quod tam incontinenti fieri possit quàm quod fit vno contextu, licèt in alia clausula & separata? Id enim est videtur quod dici solet in coniunctionibus, id est in iis quæ coniunctim & vno contextu aut fiunt, aut scribuntur, nullum esse ordinem, nihil aut prius, aut posterius, nec interesse vtrum eorum primùm diceretur, aut scriberet. *l. quidam in testam* 14. *D. de pecul. legat.* quia ordo scripturæ non possit mutare rationem iuris, aut voluntatis *l. cùm pater* 77. *§. fidei tua de leg.* 2. quamuis si de ordine affectionis quæritur inter plures ad idem legatum vocatos, ille dictior testatori fuisse credendus sit, qui prior nominatus fuit *l quoties* 34. *in princ. D. de vsufr. l. generalis.* 24. *§. quid ergo* 37. *De fideicomm. libert.* Quid enim est quod meliùs dici possit in ea re, quæ ad vnum duntaxat ex pluribus nominatis pertinere possit & debeat? Quod igitur scriptum est *in d. l. non ad ea*, de legato conditionali eò continenti facto eiusdem rei quæ fuerit legata purè, intelligendū necessariò est de legato quod conditionaliter factum sit non in eadem scriptura, sed in alia quæ tamen fiat incontinenti post priorem, & priusquàm testator ad alium actum diuerterit. Quo casu cùm vtrumque legatum & purum & conditionale non quidem in eadem scriptura relictum sit, sed in ea saltem, quę pro vna eâdémque haberi debeat (nam & in scripturis vt in obligationibus verborum, videntur inesse ea quæ fiunt incontinenti, vt omnium optimè hoc locus probat) fatendum est vtramque censeri debere nouissimam ac proinde vtramque valere, cùm vtraque effectum sortiri, vt diximus commodè possit. Itaque sola dubitatio superest, Cur non ergo idem lex admittat in casu contrario cùm præcessit legatum conditionale, & secutum est purum. Nec enim lex distinguit an purum postea datum sit ex interuallo, an ex continenti, sed omnimodo vult legatum præsens deberi quasi purè duntaxat datum. Verum non ita intelligi lex debet, sed sic potiùs vt in hoc quoque casu eadem seruetur distinctio, & tùm demum præsens omnimodo legatum debeatur, cùm ex interuallò datum fuit. Pendet enim id ex eo quod paullò prius & immediatè dictum fuerat *posterius valet.* Ac quamuis *in versic. quòd si puro*, cum de posteriore legato incontinenti facto agitur, solus ille casus exprimatur, quo rem purè legatam hæres dare sub conditione iussus, aut rogatus sit, quæ tamen sequuntur *perinde est acsi iuncta subiecta scriptura idem legatum esset*, ostendunt satis nihil interesse vtrum prius factum sit, an purè an sub conditione legatum, sicuti nec quicquam interesset si subiecta scriptura priori iuncta esset: quoniam in coniunctis nullus ordo est, vt docuimus.

ERROR IV.

De differentiis institutionis & legati in specie d l. non ad ea, Et l. si te solum 27. D. de hared. instit.

ET in hoc diuersa ratio esse creditur institutionis & legatorum. Nam si te hæredem instituero purè ex toto asse, deinde eundem te sub conditione institutum, placet nihil valere sequentem institutionem quia satis plena priori fuisset, inquit Pomponius *in lege si solum* 27. *D. de hæred. instit.* Ita inquiunt ex plurimis institutionibus debere illam præualere quæ sit plenior siue priore, siue posteriore loco scripta sit. An quia sint fauorabiliores institutiones, vt Castrensis putat? Minime verò. Deberet namque fauor earum efficere potiùs vt vtraque institutio deferretur, vt esset in hæredis potestate ex vtra mallet adire, si fortè tempore mortis testatoris reperitur incapax acquirendi purè & statim hæreditatem, cuius capax esse posset tempore conditionis existentis quemadmodum de legatis diximus: Nam & similiter dicimus si idem institutus & alij substitutus sit posse illum eligere an ex institutione hæres esse malit. an substitutione *l. si tu ex parte* 76. *D. de acq. her.* quamuis substitutio omnis conditionalis institutio sit, vt Accursius diffinit licèt minùs plenè *in d. l.* 1. *D de vulg. & pup. substit.* Dicendum potiùs est rationem differentiæ ex eo petendam esse, quòd cùm institutiones iam inde ab eo tempore quo fiunt confirmari per legem debeant tanquam ex quibus pendent testamenta *l. quod per manus* 10. *D. de iur. codicill.* lex autem nihil vnquam faciat frustra, sicuti nec natura ipsa, quam lex in omnibus quatenùs potest imitatur, fieri certè nequit, vt qui iā hæres purè institutus est, eodem testamento scribatur hæres sub condicione vtiliter, quoniam frustra lex confirmaret conditionalem institutionem post confirmatam purām quæ & plenior & certior est. Ideò enim confirmatio ista fit tempore testamenti, vt alia sequi possit eo instanti quo testator moriretur. Quo demùm tempore certùm esse incipiet, mutari testamentum amplius non posse. Ob eamque causam primo instanti post mortem testatoris lex hæreditatem in testamento purè delatam defert statim, quam ex prima testamenti confirmatione deferre nondum potuerat, vbi verò detulit purè, An non frustra esset si eandem hęreditatē eidē personæ deferret sub cōditione: Ad quid. n. prodesset illa delatio? An ad id fortasse vt qui non posset hæres esse statim, esset hęres conditione existente?

Atqui id fieri non potest, cùm institutio conditionalis quæ testamenti tempore confirmari non potuit, nec existente quandoque conditione possit confirmari: quia in conditionalibus institutionibus non minùs quam in puris verum est capacitatem heredis requiri tempore testamenti vt consistere institutio. Nam vt in tempus capacitatis possit differri, institutio, contra iuris rationem est & ex mera beneuolentia *l. in tempus* 62. *D. de hæred. instit.* id est ex Principis indulgentia quæ in hanc rem specialiter imploranda & impetranda est. Sic enim legem illam accipio ex *l. cùm heres* 52. *D. de acq. her.* Nec alia inter huiusmodi institutiones puras & conditionales differentia est nisi quòd in puris spectamus præterea tempus mortis, in conditionalibus verò tempus existentia conditionis. Nam in omnibus postremo loco spectatur tempus aditionis *l. si alienum* 49. *§. in extraneis D. de hered. instit.* Cùm ergo non possit lex confirmare institutionem conditionalem vbi confirmat puram, neque ex conditionali deferre hereditatem quam detulerit ex pura, Consequens est vt neque testatori licere debeat instituere sub conditione illum ipsum quem instituit purè. Nam neque testatori permittendum est vt quicquam faciat frustra, cùm testando faciat legem, vt toties monuimus, ex *leg. verbis legis* 120. *De verb. signific.* proinde quamuis non tantùm in eodem testamento, sed etiam in eâdem testamenti parte, eâdemque clausula per cõiunctam scripturam vtraque constitutio contineatur, & pura & conditionalis sola pura valet, conditionalis autẽ pro non facta habetur, siue priore loco facta sit, siue posteriore. Sic enim accipio quod scriptum est in *dict. l. si et solum.* At in legatis aliud est. Licèt enim dentur in testamento, neque extra testamentum dari possint, præterquàm in codicillis testamento confirmatis *l. illud* 13. *§. tractari l. vlt. D. de iur. codicill.* non tamen faciunt testamentum, neque ad substantiam testamenti pertinent *§. ante heredis Inst. de legat.* ideòque siue purè, siue sub conditione data sint, nihil causæ est cur ipso testamento tempore confirmari iam debeant à lege, sed sufficit vt cõfirmari possint eo demùm tempore, quo dies eorum cedit, id est tempore mortis quod ad pura legata pertinet, & tempore conditionis existentis, quod ad cõditionalia, dummodò testamentum ipsum ab initio constiterit, id est suis solemnitatibus constitutum & confirmatum fuerit. Alioqui sicut confirmari posset per legem mortis tempore non posset, ita neque legatorum in eo derelictorum dies vnquam vtiliter cedere. Inde nimirum factum est, vt necessaria fuerit regula Catoniana ad hoc vt inutilia fierent legata, quę non valuissent si testator tempore testamenti decessisset, quamuis olim valerent si modò eorum dies vtiliter cessisset *l.* 1. *De reg. Caton.* Nempe quantum ad pura, quorum dies ex lege vetere duodecim tabularum cedebat a die mortis, Non etiam, vt iam diximus, quantùm ad conditionalia, quorum diem nunquam cedere placuit nisi ex die conditionis existentis, nec quantùm ad ea quæ ab adita tantùm hereditate cedunt, siue ex nouis legibus Iulia & Papia *l. vlt. eod. tit. l. Iul.* 85. *De condic. & demonstr.* Quòd non quemadmodum testator eo instanti decessisse videri potest, quod testamentum perfecit, ita & eodem instanti aditam eius hęreditatem fingere possemus. Ita fit, vt si eadem res in diuersis speciebus vltimæ voluntatis puta in testamento, & in codicillis testamẽto confirmatis, aut in variis codicillis testamentariis eidem legata sit purè & sub conditione vtrumque legatum valeat, nec minùs conditionale quam purũ, dummodò conditionalis perinde atque puri legati dies vtiliter cedat, nec ob id quòd puri legati dies priùs vtiliter cesserit, prohiberi diem cedere legati etiam conditionalis, in alia siue priore siue posteriore scriptura relicti. Non enim prohibetur quis decedere cum pluribus speciebus vltimæ voluntatis siue eiusdem siue diuersæ speciei dummodo compatibilibus quales illæ sunt quas modò memorauimus: Nemo enim nescit testamentum non tolli per codicillos testamentarios, qui è contrariò vim & robur ab eo accipiunt *dict. l. quod per manus*, neque vicissim codicillos testamentarios per testamentum, ex quo confirmantur. Multo minùs codicillos testamentarios priores per posteriores dummodo inuicem non repugnent. Potest enim qu decedere cum pluribus codicillis testamentariis sicut cum pluribus ab intestato factis, de quibus tamen adeò non loquimur quoniam ab intestato legari olim non poterat, sed tantùm fideicommitti *l. 3. & 4. Cod. de codicill.* At cum duobus testamentis decedere paganus non potest *l. quærebatur* 19. *D. de testam. milit.* Ergo neque cum duabus institutionibus, quarum vna sit pura, altera conditionalis si in diuersis scripturis factæ sint, quoniam vnaquæque scriptura quæ institutionem contineret etiam conditionalem, testamentum esset non minùs quàm ea quæ puram, *l. non codicillum* 14. *Cod. de testam.* iunct. *tit. De condic. instit.* & sic duo essent eiusdem hominis pagani testamenta, quod fieri nullomodo possit. Quid ergo si in eodem testamento aut in iisdem codicillis testamentis eidem personæ legata sit eadem res primò purè, deinde sub conditione? Valebit quidem ab initio vtrumque legatum hactenus vt tam vnius quàm alterius dies vtiliter cedere suo tempore possit si aliud nihil impediat, In eóque alia ratio est institutionis, alia legati, propter eam differentiæ rationem quam suprà attulimus, sed non ita vt cùm puri legati dies vtiliter cessent, possit etiam cedere dies legati conditionalis, id est, non ita vt moriente testatore vtrumque legatum simul confirmari per legem possit, sed vel alterutrum, vel neutrum Si enim tempore mortis testatoris reperiatur legatarius incapax, vt proinde puri legati dies vtiliter cedere non possit, cedet vtiliter dies legati conditionalis, si eo tempore capacitas superuenerit, Alioqui neutrum valebit. At vt confirmetur vtrumque per legem, id est vt possit vllo casu esse in potestate legatarij vt rem legatam vindicet vel ex puro legato, vel ex conditionali si malit, quomodo in specie *dict. l. non ad ea* fieri certè nequit, Quia eadem ratio locum habere hoc casu legato quam diximus habere in institutione, quòd confirmato legato puro cuius dies vtiliter cessisset, inutilis & superuacua esset confirmatio legati conditionalis, ex quo nihil amplius consequi legatarius posset, quàm ex puro Lex autem, vt diximus, nihil vnquam facit frustrà. Neque ad hunc casum pertinere puto quod scriptum est in *dict. l. non ad ea.* Si rem purè legatam ex continenti hęres sub conditione damnatus aut rogatus est dare, perinde esse acsi iuncta scriptura idem legatum esset, vt vel præsens vindicari si hoc voluerit legatarius, vel cùm conditione extiterit ab hærede peti possit Obseruandum enim est, quod nemo obseruat, non de ea re tractare Iureconsultum quæ eodem legati genere & purè legata sit, & sub conditione, quo casu inutilis procul dubio esset confirmatio legati conditionalis post purum confirmatum: Sed de re legata primùm purè per vindicationem, deinde relicta eidem legatario sub conditione, vel per legatum damnationis, vel per fideicommissum. Quibus casibus is relicti effectus est, non vt vindicari legatum possit, quod per vindicationem relictum non est, sed vt legatarius illud petere ab hærede debeat si ex testamento aliquid consequi velit. Ex legato vindicationis nulla olim nasce-

batur actio personalis, sed tantùm in rem vt id quod legatum erat vindicare suo iure posset legatarius non expectato herede, vt Caius loquitur *in Instit. Tit. De legat.* id est, nullo ad transferendum dominium necessario facto heredis, dummodò esset adita hæreditas. Quoniam legatum per vindicationem tam citò faciebat legatarij rem legatam quàm hereditas heredis res singulas *leg. legat. 80. de leg. 2.* Nec poterat competere legatario personalis actio contra heredem vteam rem daret quæ iam esset legatarij. Cùm dare nihil aliud sit quàm dominium transferre, Id autem quod iam est legatarij non magis fieri eius possit quemadmodum ratiocinatur. Iust. *in §. sic itaq. Inst. de action.* At in contrarium ex legato damnationis nulli in rem actio nasci poterat ad rem vindicandā, sed tantùm in personam heredis, vt eam rem daret quam dare damnatus esset, Quemadmodum & ex fideicommisso quod ad legatum damnationis proximè accedit Nihil ergo vetat non tantùm in diuersis scripturis siue ex continenti, siue ex interuallo factis, sed etiam in eadem scriptura eandem remeidem personæ & legari purè scilicet per vindicationem, de quo legati genere semper Iureconsulti intelligunt, cùm de legato simpliciter loquuntur, & sub conditione relinqui per damnationem aut per fideicommissum, Cùm huiusmodi dispositionum & diuersæ formæ sint, & diuersi effectus. Nam nec quicquam prohiberet in eodem testamento eandem rem legari & per vindicationem & per damnationem, Non vt sæpius consequi legatum posset legatarius, id est ex vno legato rem ipsam, ex altero rei æstimationem, sed vt eligendi facultatem haberet ex quo legato genere, & quæ actione consequi legatum mallet *l. Man. 66 § cum qui l. cum fil. 76. §. 1. varius de leg. 2.* Non igitur debuerunt interpretes in hac quæstione institutiones à legatis distinguere, sed institutiones in diuersis testamentis factas in pluribus testamentis, quòd singulæ institutiones siue puræ siue conditionales separatim, & in aliâ scriptura factæ, singula faciant testamenta quorum vnum impedit ne subsistere aliud possit, singula verò legata dummodò diuersis legati generibus relicta non se mutuò impediant. Item institutiones in eodem quoque testamēto de eâdem persona factas vnam puram aliam conditionalem, à legatis sioe in eodem testamento siue in alia scriptura eidem personæ factas, siue vtrumque purum sit siue vnum purum, alterum conditionale, quia institutio conditionalis hoc casu non valet cùm pura plenior sit, Legatum autem conditionale valet, non tantùm eo casu quo legati puri dies inutiliter cesse it siue ex ratione iuris veteris, siue propter regulam Catonianam, Sed illo etiam casu quo cesserit vtiliter, dummodo diuersæ sint species legati, vt *in d. l. non ad ea.* Nam si eodem legati genere eadem res siue in eadem vltima voluntate siue in separatis eidem relicta sit, non potest valere legatum conditionale puro subsistēte, nec differentia hac parte vlla est inter institutiones & legata, Nisi quòd non sunt diuersa genera institutionum, vt sunt legatorum. Esse enim puram institutionem, vel conditionalem qualitates sunt non genera institutionum. Cùm itaque legatorum omnium vna & eadem hodie sit natura ex Iustiniani constitutione *in l. 1. C. commun. de legat.* ita vt ex quolibet legati genere triplex actio competat personalis, vindicatio & hypotecaria. Est omnino consequens superioribus, vt nec vllus hodie superfit locus distinctioni traditæ à Iureconsulto *in d. l. non ad ea*, Nec tantùm si duplex legatum sit, Vnum purum, alterum conditionale. Sed etiam si prior voluntas legatum purum contineat, posterior verò fideicommissum conditionale. Quandoquidem sicuti legata omnia inter se, ita & legatis fideicommissa exæquauit Iustinianus *in d. l. 1.* & ex his quoque non minùs vindicationem dominij & hypothecariam, quàm personalem actionem dedit. Ex his intelligimus malè Accursium, Bartolum, Castrensem & alios, cum quærunt ad quid prosit electio legatorio cui eadem res legata est purè per vindicationem, & sub conditione per damnationem, Respondere, Prodesse si vno tempore legatarius capax sit, alio non item. Nam cùm hoc casu non nisi alterutrum legatum valere possit, consequens est vt electionem non possit habere legatarius ex vtro agere malit. Electio siquidem supponeret vtrumque legatum valere, vt *in d. l. cum filius 76. § varus de legat. 2. leg quod ex herede 9 §. eligere D. de tribut. act.* Non potest autem valere legatum siue purum siue conditionale, cuius incapax est legatarius eo tempore quo legati dies cedit. Nec melius, cùm adducunt alium casum si legatarij bona sint publicata quasi in publicationem bonorum omnium non veniant legata conditionalia, etiam quorum dies posteà vt liter cesserit, & quæ fuerint acceptata, vt Castrensis addit, sed tantùm pura quorum dies iam cesserat, licet acceptata nondum essent si modò posteà acceptentur, quia acceptatio retrotrahatur sicut & repudiatio *ex l. legatarius 38. §. 1. de legat. 1.* Quam enim posset legatarius electionem habere agendi ex legato puro, quod in publicationem venisset, Et quamuis conditionale non perinde in publicationem veniret, faceret tamen duntaxat ea res, vt prodesset ei quod non tantùm purè sed etiam sub conditione legatum fuisset, At non etiam vt ei prodesse posset electio quam nullam haberet. Fefellit interpretes omnes, quòd veterem illam legatorum per vindicationem. & per damnationem, itémque fideicommissorum differentiam ignorarunt, quam nos docuimus, & quæ in eo præcipue elucebat quòd ex legato vindicationis vindicari tantùm res poterat non etiam ab herede peti, Ex legato autem damnationis vel ex fideicommisso peti tantùm ab herede non etiam vindicari. Sed & falsum est quod putant interpretes, Eo quoque casu quo puri legati dies vtiliter cesserit, posse adhuc cedere diem legati conditionalis, eodem genere relicti, quod certè falsum est. Illud benè Bartolus, Multùm referre an res vni legata legetur alteri, an eidem, primùm purè deinde sub conditione, vt si res vna legata legetur alteri etiam sub commemoratione primi, conueniant in legato, & sit inter eos ius accrescendi *ex l. Iulianus 15. D. de hæred. instit. l. triplici 142. De verb. signific.* Si verò eidem & ex continenti videatur prius legatum transfusum in posterius. Quòd in eadem persona faciliùs præsumatur nouatio quàm in diuersis *ex l. 1. §. vlt. D. de stipul. seruor*, Sed alius ille tractatus est De iure accrescendi & de sententia *d. l. triplici*, neque huic nostro intexendus. Dicemus aliquid fortasse ad finem Chiliadis.

ERROR IV.

De Bartoli distinctione circa contractum renouatum Ad l. iuris gentium 7. §. adeò D. de pact..

ERrauit sanè Accursius circa quæstionem hâc De contractu renouato cùm scripsit distinguendum esse an pactum de substantialibus emptionis factum sit incontinenti post contractum emptionis an ex interuallo, Vt si incontinenti, nihil

operetur quòd non minùs in contractibus quàm in vltimis voluntatibus nemo sit præsumendus velle se incontinenti corrigere *ex l. non ad ea 89. De cond. & demonstr.* sin ex interuallo, renouata emptio videatur Debuerat enim potiùs dicere, si in continenti pactum adiectum sit, vnicum duntaxat videri contractum qui à posteriore conuentione formam suam acceperit, si autem ex interuallo tùm demùm duos quidem esse contractus pro temporum pluralitate, Sed priorem tamen per posteriorem renouari vt exinde prioris ratio haberi nulla possit, quemadmodum in primo huius Decadis capite probauimus. At errauit quoque Guilielm. de Cugneo, & eum secutus Bartolus reprehendens Accursium, Quasi supradicta distinctio in vltimis quidem voluntatibus vera sit, sed in contractibus falsa. Nam neque in vltimis voluntatibus vera est, nisi eo casu, quo posterior voluntas possit stare cum priore, vt in specie *dict. l. non ad ea*, id est cùm res alicui legata purè per vindicationem eidem legatur per damnationem aut per fideicommissum relinquitur, sub conditione, Quo casu potest vtrumque legatum subsistere ac suo tempore effectum suum habere, vt ex legato puro possit legatarius rem vindicare. Ex conditionali autem postquàm conditio extiterit, eam petere ab hærede si malit agere personali actione quàm vindicatione, vt *in l. cùm filius 76 §. variis de legat. 2.* Et cùm id accidit non minor ratio facit in contractibus vt idem in iis, quòd in vltimis voluntatibus admittere debeamus. Sed grauior eiusdem Bartoli error in eo est, quòd quasi aliam & meliorem rationem afferat, Ait non posse duas emptiones validas de eâdem re concurrere *ex l. si id quod 7. in princip D. de rescind. vendit.* Innuens non obscurè in eo differre emptionē à legatu, quòd eiusdem rei plura esse possunt legata, eidem personæ facta, emptiones plures esse non possunt, ne quidem pura vna, conditionalis altera, quoniam si pura præcesserit, conditionalis nullius sit momenti. Et tamen si vera sunt, quæ proximo capite disputauimus non magis fieri potest & vnius rei duo sint legata eiusdem generis & in eandem personam collata, quamuis vnum purum aliud conditionale, quàm vt duæ sint eiusdem rei emptiones ab eodem factæ, quarum vna pura sit altera conditionalis. Quemadmodum enim verum est duas eiusdem rei emptiones in eandem personā non posse concurrere vnam puram, alteram conditionalem quòd pura tāquam plenior absorbeat conditionalem. Ita & si eidem personæ eadem res legata sit purè per vindicationem, & sub conditione æquè per vindicationem, fatendum est nullius momenti esse legatum conditionale si modò puri dies vtiliter cesserit, tāquā quod absorbeatur per purum, Est.n. purum plenius. Et generale est vt plenior scriptura semper spectanda sit, *l. si ita solum 27. D. de hered. instit.* quæ lex licet de institutionibus tantùm loquatur, tamen ad legata non minùs pertinet, vltimasque omnes voluntates, quæ semper ita sunt interpretandæ, vt pleniorem, quoad eius fieri potest effectum sortiantur *l. in testamentis 12. De regul. iur.* Quod non aliter fieri potest, quàm si ex variis duabus scripturis ea præualeat quæ plenior est, sicuti solemus dicere ex pluribus obligationibus eā, quæ minùs plena sit tolli per pleniorem. *l. debitore 50. D. de fideiuss. l. si duo 93. l. Stichum 95. §. quod vulgo D. de solut.* Et sanè inutilis esset confirmatio legati conditionalis postquàm purum cuius dies vtiliter cessisset, iam confirmatum esset per legem. Nam dominium quod ex puro vindicationis legato confirmato iam esset acquisitum legatario, quomodo posset nunc iterum aut magis acquiri ex conditionali? Imò si verum amamus longè potentior est causa legati puri quā puræ venditionis: quoniam purum legatum si modò per vindicationem datum sit transfert dominiū rei legatæ rectà via à testatore in legatarium *l. legat. 80. de leg. 2. l. a Titio 64. in fin. D. de furt.* Emptio autem quantumuis pura nunquam transfert dominium sed tantùm titulo quidem habilis est ad inducendam dominij translationem si traditio sequatur *l. tradition. 20. Cod de pact. l. quer. 15. Cod. de rei vindic. l. nūq. nuda 31. D. de acquir. rer. domin. l. ex empto 11. §. 1. l. si quis alien. 46. D. de act. empt.* Nec tamen minùs habilis est titulus emptionis conditionalis, cuius tamen conditio extiterit *l. 3. l. hac venditio 7. & pass. D. de contr. empt.* Cur ergo valeret potiùs legatum conditionale per vendicationem datum eius rei quæ iam purè ac perinde per vindicationē legata esset, potiùs quā conditionalis emptio rei iam purè venditæ Ergo si quæ inter emptionem & legatum hac parte differentia est, tota in eo est quod legatum conditionale post purum non aliter non valet, quàm si eodem legati genere vtrumque relictum sit, Vel si sub primi commemoratione factum sit, vt scriptum est *in d. l. non ad ea.* Emptionem verò conditionalem eius rei quę iam fuerit purè vēdita dicimus absolutè non valere, quia non sicuti legatorum ita emptionum diuersa sunt genera, vt neque institutionum, quemadmodū in præcedentibus docuimus, Nec alterius generis est conditionalis emptio, alterius pura, quamuis sint diuersę qualitatis. Planè si posterior venditio post puram sic facta sit, vt eadem res quam tibi purè vendiderā pretio decem aureorum vendita tibi sit sub conditione *si nauis ex Asia venerit*, vix est vt nō in emptione quoque idipsum obtinere debeat, quod in legato, Id est vt dici non debeat per posteriorem venditionē conditionalem recessum videri à pura, quasi renouato cōtractu & transfuso puro in conditionalem. Quemadmodum & conditio quæ initio contractus dicta fuit posteà per aliam pactionem immutari potest *l. sed Cels. 6 §. vltim. D. de contr. empt.* vbi ratio redditur, quòd abiri etiam à tota emptione potest, si nondum impleta sint quæ vtrioque præstari debuerant. Non enim difficilius est vt conditio vna mutetur in alteram, quàm vt conditio in totum tollatur, Neque rursus vt pura emptio conuertatur in conditionalem, quàm vt conditionalis in puram. Eaque notabilis certè limitatio est ad id quod Paulus scribit *in d. l. si id quod 7. in princip. D. de rescind. vendit* Si id quod purè emi, rursum sub conditione emam nihil agi posteriore emptione Id enim falsum est si posterior fiat sub commemoratione prioris Exēplo eius quod scriptum est *in d. l. non ad ea.* Licèt Bartolus aliam in his omnibus constituere rationem videatur emptionis, aliam legati. Sed & notandum illud est, quod probauimus *ex d. l. sed. Cels. § vlt.* per mutationē conditionis non minùs reformari & renouari contractum emptionis quàm per mutationē pretij. An quòd substātia venditionis consistat ex conditione quemadmodum consistit ex pretio *l. pacta conu. 72. D. de contr. empt.* Minimè verò, quia sequeretur alioqui puram venditionem non esse venditionem, tanquam quæ conditionem nullam haberet, haud secus atq; si facta esset sine pretio, quod tamen ita esse nemo dixerit. Sunt enim puræ venditionis, absolutè ac simpliciter venditiones, Conditionales autem non nisi secundū quid, & cum illa adiectione. Sed tamē negari nō potest quin substantia emptionis conditionalis quatenus conditionalis est, ex conditione pendeat Et consequenter quin pactum factum circa emptionis conditionem siue ea penitus sublata sit siue in aliā conditionem commutata, dicēdum sit factum circa substantialia contractus: Quod si ita est illud quoque consequens fit vt huiusmodi pactum quamuis non incontinenti sed ex interuallo adhibitum renouare

contractum

contractum debeat, perinde acsi de pretio vel augendo vel minuendo factum esset. Nec minùs si puræ emptioni conditio aliqua adiiciatur, quàm sit emptionis ab initio conditionalis prima conditio immutetur. Etsi enim conditio, vt diximus, non pertinet ad substantiam emptionis puræ ipsius tamen substantiam afficit cùm ex pura facit conditionalem, haud aliter quàm si quantitas pretij immutaretur. Renouat igitur, & reformat contractum si modò rebus omnibus integris adhibeatur siue ex continenti, siue ex interuallo, dummodò sub commemoratione prioris venditionis posterior facta sit. Videamus iam de distinctione Bartoli post refutatam distinctionem Accursij. Distinguit ille an pactum circa substantialia contractus apponatur cum vno ex pluribus siue venditoribus siue emptoribus an cum eodem, Vt si cum vno ex pluribus pro parte tantùm recedatur à contractu neque in totum contractus renouetur *ex d.l. iuris gent. § adeò vers. sed cum duo D. de pact.* Secundo autem casu aliis subdistinctionibus, opus sit de quibus posteà dicemus. Prima pars distinctionis neque vera est, neque probatur *ex dict. vers. sed cum duo.* Vera non est, quia cùm plures sunt aut venditores, aut emptores qui vno eodémque pretio aut vendiderint aut emerint (alioqui non esset locus quæstioni sed tot essent venditiones quot personæ & pretia quemadmodum dicere solemus cùm plures res diuersis pretiis fuerunt venditæ *l. quod dicitur 72. D. de contr.*) si, quod plerumque accidit, facti sint correi emendi aut vendendi, vt *in l. eandem 9. D. de duob. reis.* non potest augeri vel minui pretium per conuentionem cum vno ex eis factam, quam tota venditio perinde renouetur acsi cum vtroque facta conuentio esset, scilicet quod ad eum pertinet qui pactus est, quoniam vna tantùm venditio aut emptio est, vnáque obligatio quæ tota in singulorũ persona consistit *l. 2. & 3. §. 1. eod. tit.* Et consequenter cùm vnius venditionis & emptionis vnum sit pretium, ex quo tota emptionis substantia consistit, fieri certè nequit vt pretium immutetur cum vno ex correis aut emendi, aut vendendi, quin alia & noua emptio sit, ita vt non ad aliud pretium agi possit, quam quod in posteriorem conuentionem deductum fuerit *dict. l. pacta conuenta.* Sanè quod ad illum pertinet ex correis qui pactus non est, fateor non posse inuito vel inscio eo venditionem renouari, vt ex correi sui conuentione vel plus, vel minus debere incipiat, quia licèt dici soleat ex duobus correis eiusdem rei factum vnius alteri quoque nocere *dict. l. 2. & l. 3. §. 1. l. penult. D. de duob. reis.* Id tamen non eò pertinet vt correorum obligatio quæ suum ab initio statutum eúmque certum habuit facto alterius immutari possit *arg. l. vero procuratori 12. § penultim. D. de solut.* Hoc enim est quod Papinianus ait *in dict. l. eandem §. 1.* posteriorem conuentionem quæ in alterius correorum persona intercessit, non posse mutare statum & naturam obligationis quæ duos reos ab initio fecit, Et *in §. vltim. eiusd legis*, Tametsi maximè parem causam suscipiant correi debendi, nihilominùs in cuiusque persona propriam singulorum obligationem consistere. Adeò vt nec mora vnius ex correis alteri noceat quòd ad vsuras *l. mora 32. §. penultim. D. de vsur.* Tota igitur venditio per mutationem pretij hoc casu renouatur, contra quàm Bartolus voluerit, sed non quod ad vtrumque venditorem aut emptorem at quantum ad eum duntaxat qui pactus fuit: Denique renouatur tota sed non totaliter. Et ideò liberabitur correus emendi, qui totum pretium priore venditione conuentum soluerit, nec tantùm liberabitur, sed etiam correum liberabit, at pro ea duntaxat quantitate pretij non etiam pro ea quam maiorem alter ille correus posteriore conuentione promiserit. E contrario correus vendendi, qui semel tantùm de pretio conuenit, non nisi quantitatem illam petere ab emptore poterit, quam si fuerit actione ex vendito cõsecutus, nihil amplius petere alius poterit, nisi quod amplius in posteriorem pretij conuentionem deduxit. Cæterùm sicut falsa est supradicta Bartoli traditio, Ita neque probatur ex *dict. §. adeò autem vers. sed si duo*, quia Vlpianus eo loco non de duobus vẽditoribus loquitur, sed de duobus heredibus eiusdem venditoris. Inter quos defuncti obligatio per legem duodecim tabularum ipso iure diuiditur. *l. 1. C. si cert petat. l. 1. & 2. Cod. si vnus ex plurib. hæredib. debit. vel credit.* quod non ita est in duobus correis, nisi diuisio ab ipso creditore fiat per acceptam aut petitam solutionem partis, vt *in l. si creditores 18. C. de pact.* Planè si proponas plures venditores fuisse qui vno pretio vendiderint aut plures emptores qui simul & vno pretio emerint, sed ita tamen vt correi facti non sint. Erit quidem vna tantùm venditio & emptio, sed ex qua tamen singuli non nisi in viriles teneantur *l. reæ 11. §. cum tabulis D. de duob. reis.* Ac proinde si cum altero tantùm augeatur, vel minuatur pretium emptionis, non nisi pro eius parte renouata intelligetur emptio, nõ etiam pro parte alterius qui pactus non fuerit. Et hoc tantùm casu Bartoli distinctio procedit. Pergit Bartolus in sua distinctione si vnus tantùm fuerit emptor, & vnus venditor, & ait *Aut verba non sunt apta ad renouationem cont. Verbi gratia, Rem quam tibi vendidi pro viginti volo quod emptam habeas ex prima empt. & remitto tibi dec. Et non videt. renouat. contract.* Hæc quoque pars distinctionis aut falsa aut ad propositam quæstionem De contractus renouatione impertinẽs, & inepta est. Aliud enim est mutari pretium emptionis, quod nos negamus fieri vllo casu posse quin contractus renouetur: Aliud verò remitti partem pretij. Quod aptius est ad inducendum pactum de non petendo quàm ad renouandum contractum. Itaque in hac specie quam ponit Bart. Non liberabitur emptor per huiusmodi pactum etiã rebus omnibus integris adhibitum quominùs ipso iure debeat viginti quia contractus idem manet, sed tamen habebit exceptionem pacti de non petendo pro decẽ si viginti petantur. Sed si poneres ita conceptam pactionem vt res vendita viginti esset vendita pro decem ex prima emptione, vt loquitur Bart. Esset pactum impossibile & consequenter improbatum (sunt enim ista in pacto synonima *l. non impossib. 50. D de pact.*) propterea quòd diuersitas pretij necessariò inducat diuersitatem emptionis, nec fieri queat vt ex prima emptione aliud pretium debeatur quàm quòd per eam conuentum fuit. Verùm certè illud est quod addit Bart. pro vltimo distinctionis suæ membro, Si verba sint apta ad renouationem contractus, dicendũ esse factam renouationem, sed addere tamen debuit hoc ipsum ita esse si omnia sint habilia, id est si in eo statu sit negotium, vt adhuc renouari contractus possit. Quid enim si res non sit amplius integra, quia iam sit secutum implementum contractus vel ex vtraque parte, vel ex alterutra? Non potest contractus renouari *dict. § adeò autem*, vbi requirit Vlpian. vt res non sit secuta. Implemẽtum enim sicut impedit resolutionem contractus *l. 1. Cod. quand. lic. ab empt. disced.* Ita & multò magis renouationem *dict. §. adeò autem.* Quid item si ab vna tantùm parte contrahentium renouetur contractus? Non valet renouatio vt aduersus Aristonem disputat Pomponius *in l. 1. D. de rescind. vendit.* Sed quod subiungit Bartolus, Cũ verba sunt ambigua & possunt trahi ad vtrũque sensum, videri cõtractum renouatum, ego certè qualesit non intelligo. Nec enim fieri potest vt eadem verba vtrumque sensum admittant renouationis &

resolutionis contractus, & multò minùs renouationis, & noui contractus, quia renouatiis contractus idem est non alius, vt & interpretes omnes fatentur, & ex iis quæ hucusque disputauimus, satis intelligitur. Sunt enim duæ quidem conuentiones, sed vnus tantùm contractus. Cætera quæ de renouatione contractus dici possunt fusè explicauimus in Rationalibus ad d. §. adeo.

ERROR V.

De amico per emptorem electo, & an ex eiusmodi electione laudimium debeatur.

Frequentissimus apud nos vsus est eius electionis quam facere emptores solent qui pro se vel pro amico eligendo emerunt. Ita enim plerique emunt, emptiones eiusmodi, ac quæ inde sequuntur electiones apud nos valent. Ex consuetudine inueterata magis quàm ex iuris ratione: quæ proculdubio non patitur vt quisquam alij emat quam sibi *leg. quæcumque* 11 *D. de oblig. & action.* Et tsi sæpiùs cùm pragmaticos nonnullos audiui probare hanc consuetudinem ex *Tit. C. si quis alter. vel sibi* quasi ex eo titulo probetur, quod verba præ se ferunt, Posse quem alteri emere non minùs quàm sibi, Cùm tamen nulla in eo titulo lex sit quæ non dicat, sibi quemlibet emere debere non alteri, & factam alteri emptionem non valere. Huiúsque iuris ficuti generale & commune est ita & generalis ratio illa certissima est, quòd obligationes omnes ad hoc comparatæ sint, vt vnusquisque sibi acquirat, quod sua intereft *l. stipulatio ista* 18. §. *alteri D. de verber. obligat.* Vt autem alteri acquiratur aliquid siue ex emptione, siue ex qua alia causa nihil interest mea. Totum igitur hoc sus pendet ex consuetudine, sicut & quod in tota ferè Sabaudia nostra obtinet, vt electiones huiusmodi intra quadragesimum diem ab emptionis die numerandum fieri oporteat, Alioqui non valeant, sed nouæ emptionis titulus necessarius sit vt quod vi ex emptione quæsitum est, in alium transferatur. Dixi *in tota fere Sabaudia*, quoniam apud Focignienses nostros alia consuetudo obtinet, vt intra annum & diem fieri electionem sufficiat, perindéque sit, ac si intra diem quadragesimum facta esset. Huic porrò consuetudini causam dedit haud dubiè ius laudimiorum præstandorum, Vt inuenta esset ratio per quam fieret netam facilè laudimia multiplicarentur, quamuis multiplicatis non modò contractibus, sed etiam traditionibus ipsis dominijque translationibus, propter quas tamen deberi laudimia iam toties diximus, & verissimum est. Nec enim negari potest quin dominium rei venditæ transferatur à venditore in primum emptorem cùm persona quæ eligenda est incognita sit venditori qui non nisi cum primo emptore negotium gerit, eúmque solum sibi obligat ad conuenti pretij solutionem: Cui consequens est vt eiusdem rei dominium per secutam postea electionem necesse sit transite à primo emptore in eum qui postmodum vt amicus electus est, ac proinde quasi ex noua emptione adeóque ex noua traditione, quam vtique in persona electi necessariam esse nemo dubitet. Et tamen facit potestas consuetudinis, vt cùm ritè ac intra constitutum tempus electio facta est, vnica tantùm emptio intercessisse videatur, ob idque non nisi vnicum laudimium peti possit. Verùm ne hoc prætextu, ac veluti commento facilè fraus fiat dominis directis, quorum sanè interesset tot habere laudimia quot essent alienationes, & quot personæ acquirentium, benè inductum & prospectum est eâdem consuetudine, vt electionem non tantùm intra diem quadragesimum fieri necesse sit, sed etiam eodem pretio, ita vt nec plus, nec minùs emptor electus præstet quàm emptor venditori suo præstitit, aut promiserit. Nec tantùm idem pretium electionis esse oportet, quod fuit emptionis sed easdem quoque vtriusque contractus leges & conditiones, ne si qua in re vel melior, vel durior sit conditio electi quàm emptoris, noua potiùs emptio contracta, quàm electio facta esse intelligatur, & consequenter nouum laudimium debeatur. Nec immeritò, cùm pacta quæ in emptionibus adhibentur partem quandam pretij constituant, nihilque intersit, an in pretio aliqua diuersitas sit, an in pactionibus quæ pretij vice esse possint, vt *in l. fundi partem* 75. *D. de contr. empt. l. si venditor* 6. §. 1. *D de seru. l. exp. l. si stellis* 21. § *si tibi D. de act. empt.* Ergo quemadmodum diuersitas pretij nouam planéque diuersam emptionem constituit, *d. l. pacta conuenta*. Sic & diuersitas huiusmodi pactionum sine bus non fuerit quis ita contracturus, vt ait *l.* *Cod. de pact. int. empt. & vendit.* & consequenter perinde vtroque casu fatendum est duplex laudimium deberi, tanquam ex duplici venditione. Quia & duplicem traditionem hoc casu subsequi necesse est cùm traditio facta per venditorem in consequentiam venditionis factæ certo pretio, non possit ea prodesse qui alio pretio rem habere voluit. Quod non ita est cùm electio facta fuit eodem pretio, iisdémque conditionibus quibus venditio, quia hoc casu sufficit vna traditio quæ per venditorem facta sit emptori, vt etiam electo prodesse possit: Ideóque nec mirum est non nisi vnicum laudimium deberi, cùm vnica tantùm traditio interueniat: Quamquam nec si traditio noua fieret ab emptore posset ea res multiplicare præstationem laudimiorum, siue quòd vna tantùm esset emptio, siue quod superuacua esset posterior traditio, priore sufficiente, & vnico similiter domini directi consensu. Scilicet si posterior conuentio sonet in electionem simplicem, non in nouam vendirionem. Alioqui non eo minùs laudimia plura domino directo deberentur, quòd prior emptor non tantùm pro se, sed etiam pro amico eligendo comparasset, tametsi, intra diem quadragesimum posterior emptio factam proponeretur. Nec enim pactio illa per consuetudinem approbata, vt possit quis sibi amico emere, impedit ne emptor possit alteri vendere, sed tantùm facit, vt citra nouam venditionem ius suum in alium transferre possit neque vendere habeat necesse. Hoc autem ideò duntaxat vt quamuis duplex conuentio sit, vnicum tamen laudimium debeatur, haud secus ac si vna tantùm esset conuentio, quia nec nisi vna venditio est. Dixi duplicem esse conuentionem quia negari non potest, quin noua sit conuentio quæ fit interuentu nouæ personæ, venditori ipsi fortassis incognitæ, aut saltem de qua certè ille non cogitauit. In quo mira planè vis apparet huius pactionis, aut eius potiùs consuetudinis quæ pactionem hanc approbauit. Quid enim à iuris ratione alienius, quàm vt proemptore habeatur is qui de pretio non conuenit, & quis vt sæpè accidit, venditorem nec de facie nouit? Itémque vt per traditionem à venditore factam dominium transeat in eum qui nec emerit, nec possessionem ab ipso venditore sed ab emptore acceperit: Est enim hic casus ex eorum numero in quibus euenit, quod interdum euenire testatus Iustinianus *in* §. *hoc amplius Institut. de rer. diuis.* vt in personam incertam collata voluntas domini transferat rei proprietatem. Vt contingit cùm Prætores & Consules iactant missilia in vulgus, ignorantes quis eorum quid sit excepturus, Aut cùm quis rem habet pro derelicto vt fieri possit primi occupantis *l. si id quod* 5. *paragrapho* 1. *D. pro derelict.* *l. nec emptione* 8. *in fin. D. de contr. emptione.* Nam &

similiter cùm quis vendit Titio ementi pro se & pro amico eligendo, licet nesciat quisnam ille sit qui eligetur, hanc tamen habet voluntatem vt quisquis ille futurus sit, dominus fiat non tam per electionem, quàm per traditionem ab ipso venditore factam Titio, Vt electio possea secuta non tam modus sit & causa immediata transferendi in electum dominij, quàm conditio qua in electum alioqui non transferretur. Vnde est, quòd quamuis venditor nibil eum electo contraxerit, perinde tamen agere contra potest actione ea vendito ad pretium, ac si illi ipsi vendidisset: quia & emptoris loco is habetur, Et è contrario qui electus est, si nondum sit res tradita, perinde habet actionem ex empto ad rem tradendam, aut ad id quod interest ob rem non traditam aut si ille ipse emisset, Adeòque si secuta sit euictio eandem ea empto actionem habere debet de euictione, quæ non nisi emptoribus & eorum successoribus contra venditores aut eorum successores accommodatur. Neque verò vila in eam rem aut actionis cessione, aut hypotheca opus est, quæ in cæteris casibus esset necessaria, vt *in l. si res 59. D. de euict.* Nec eo minùs remanet obligatus emptor etiam post factam electionem, ad solutionem pretij si eum potiùs quàm electum conuenire venditor velit, Ne alioqui sit in eius potestate alium eligendo qui fortasse minùs idoneus sit & non soluendo, seipsum liberare & obligationem quam emendo contraxit cauere? Quod certè iniquum esset, cùm nemo possit facto suo preterquam solutione obligationem suam tollere *l. si seruum 91. §. nunc videamus D. de verb. oblig.* Nec quòd liceat emptori amicum eligere qui si non emptor saltem in emptoris locum subdituros dici possit, facere potest quominùs verum sit dicere venditorem solius emptoris cùm quo contraxit personam & fidem secutum esse, non etiam eius qui postea eligeretur, cuius neque persona certa est, neque proinde certæ & cognitæ facultates. Itaque emptor eligendo amicum adiicit venditori suo idémque creditori nouum debitorem, sed non ideò se liberat, quominùs maneat obligatus, ac si electio nulla secuta esset: quia per electionem potest emptor meliorem facere venditoris conditionem, sed deteriorem non potest, Et hæc sunt quæ de electione ista consuetudinaria & moribus nostris receptâ dici possunt. Ex quibus apparet quàm diuersus hic casus sit ab eo quem tractant interpretes nostri cùm distinguunt an renouatio contractus fiat inter easdem personas vt eo casu procedant illa quæ in superioribus De contractu renouato disputauimus, An verò mutetur persona quamuis re integra, Putà, inquiunt, quia res vendatur alteri de consensu primi, Quo casu volunt duplex laudimium deberi, Si enim Amedæus à Ponte *in quæst. laudim.* 38 ex Bertach. *in tract. De gabell. part. 5. quæst. 5.* argumento eorum quæ Baldus notat *in l. cum per eos Cod. si quis alter. vel sibi.* Hoc enim posteriore casu duo sunt emptores, quorum posterior non tam in sua quam in locum prioris subintrare intelligitur, nec tam ex alieno contracto, vt electus quam ex suo proprio conuenitur. Sed tamen in hoc ipso errat Amedeus quòd vult hoc casu duplex deberi laudimium quemadmodum ex supradicta Bertachini sententia duplex gabella deberetur. Illa enim perpetua inter gabellam de qua tractant interpretes, & laudimium de quo disputamus differentia est quòd gabella deberetur ex quolibet contractu, sic ferentibus verbis statutorum quæ passim obtinent in Italia, quale est Bononiense de quo Paulus Castrensis *in l. 1. Cod. quand. lic. ab emptione disced* Verum autem est, cùm quis eam ipsam rem quam vendidit Titio postea vendit Meuio licèt rebus omnibus integris & eodem pretio iisdémque conditionibus, duos esse contractus, quamuis vnus & idem sit venditor, cum duo sint emptores. Et consequenter duplicem gabellam deberi necesse est, vt quot sunt contractus, tot sint gabellæ ex statuto debitæ. Laudimium verò non ex quolibet contractu deberi potest, nec si sit ille sui natura habilis ad transferendum dominium, sed ex eo tantùm ex quo translatum re vera fuerit dominium per subsecutam traditionem aut perinde saltem missionem in possessionem. Quorum nihil ponimus intercessisse, sed rebus omnibus integris vni venditam esse eam rem quæ iam alteri vendita fuerat: Quæ res facit vt proinde non nisi vnicum laudimium directo domino deberi possit, Nisi ponetes statuto aliquo æquè cautum fuisse vt quot fuerunt contractus tot ea iis laudimia deberentur. Quale tamen nullum aut in Italia, aut alibi vspiam est.

ERROR VI.

Si alienatio facta sit durante conductione & petita inuestitura post tempus conductionis, cui laudimia debeantur.

Est hæc quæstio consequens præcedentibus, Eamque tractat Amedeus à Ponte *dict. quæst. laudim.* 38. Quidam, inquit, conduxerat emolumenta feudi per triennium, Vltimo anno fuerunt factæ alienationes per vasallos. Petita fuit inuestitura post tempus conductionis. Quæritur ad quem spectet laudimium, an ad dominum directum, an potiùs ad conductorem. Et respondet videri quidem dicendum quòd pertineant ad dominum potiùs quam ad conductorem, *Ex notat.* per Guid Pap *quæst.* 515. vbi ait pœnam condemnationis et ex conductoribus deberi qui eo condemnationis tempore in conductione reperitur, non illi qui conductor fuit tempore admissi delicti, Itémque ex *l. susceptores 3. Cod. de susceptor. lib. 10. tit. 70.* vbi constitutum est vt susceptores noui non tantùm præsentis anni debita suscipiant sed etiam species quas ea reliquis inferunt, quia nouæ sunt ac recentes suscipiant. Concludit tamen in contrarium pro conductore, Illa potissimum ratione quòd statim post contractum incipiat laudimium deberi licèt peti non possit nisi præstito demùm consensu, Vt proinde laudimij dies cessisse iam antea videatur, licèt nondum venisse quod longè diuersum est *l. cedere diem 213. De verbor. signific.* Addit quod vulgò iactari solet, in quolibet contractu initium esse attendendum *leg. si id quod 58. §. si filius fam. D. pro socio l. si procuratorem 8. in princip. D. mandat. l. 5. §. si seruus depositit D. depos. l. si filius familias 78. De verbor. obligat.* Itémque quod quando finis habet necessariam consequentiam à principio retrotrahi debet ad suum principium. Ex Socino *cons. 70. in fin. volum. 4* Ad contrariam verò sententiam Guid. Pap. *dict. quæst.* 535. respondet, eam procedere in commissis ex maleficio quia ex delicto pendente processu ante sententiam non potest dici aliqua pœna debita, & consequenter, inquit, neque cessit, neque venit dies. Ex Bald. *in l. fin num. 6. Cod. de fructib. & lit. expens.* Exemplo eius quod tractat Bartol. *ad l. 2. in t. quæst. per illum textum Cod. de iur. emphyt.* & post eum Crauet. *cons.* 212. quòd commissio rei emphyteuticæ vel feudalis dependet à voluntate domini nunquid velit esse commissum vel non, Nec antè dicitur commissum quàm dominus voluntatem suam declarerit. Ideóque tempus declarationis non delicti attenden-

esse conclu lit Crauetta supradicto loco. Vbi tamen *num* 8. dist nguit casum caducitatis à caso commissi propter ma' ficium. Quasi in commisso propter maleficium maior sit ratio inspiciendi tempus declarationis. Et tamen subiungit Amedeus, In commissis ex malefic o statu contra Guidonem Papæ apertam decisionem B. ai *in fin. De iurisdict. omn. iudic.* vbi dicit quòd commissa tempore vltimę diei qua finitur daciatum, sic enim loquitur, debentur primo daciatio licèt processus fiat tempore secundi, quia de tempore primi inchoata est obligatio. Quam sententiam cōmunem esse testatur idem Amed. à Ponte post Alexand. *ad l. frultus 7. §. Papin.* aliàs *l. diuortio D. solut. matrim. in §. si vir in fundo & cons. 7. versic. quarto volum. 3.* Socin. *dict. cons. 70. volum. 4.* Boer. *decis. 5. num. 10.* Quamuis idem Amedeus subiiciat, Posse distingui an pœna committatur ipso iure, vt, tunc tēpus declarationis & sententiæ retrotrahatur ad tempus commissi delicti, An verò non committatur ipso iure vt eo casu attendendum sit tempus sententiæ. Verùm in casu laudimij, inquit, diuersi sunt termini propterea quòd ius acquisitum sit conductori ex alienatione tempore suo facta, Et subiungit posse hic adaptari potius aliam distinctionem eiusdem Alexand. *in dict. §. si vir in fundo*, & Aret. *in l. si quid possessor. 31. §. D. de heredit. petit.* An id quod petitur debitum sit propter laborem seu operam & diligentiam, vt ei debeatur qui illam præstiterit, An simpliciter, & per se, vt in delictis quia eo ipso quod delictum commissum est dicitur quasi debitum, vt tunc debeatur ei ad quem pertinebant cætera emolumenta de tempore commissi delicto. Atqui non est debitum, inquit, pro labore laudimium, sed pro consensu, statim atque per dominum vel conductorem non stetit, quin apponeretur. Itaque concludit pro conductore, cuius durante conductione venditio facta sit. Atque ita vir doctissimus ratiocinatur, vt facile sit intelligere in hac esse illum sententia, vt putet ex die contractæ venditionis laudimium deberi, licèt alio loco scribat *ex die alienationis* pro eodem accipiens contractum venditionis & alienationem: In quo tamen primùm fallitur. Aliud enim est alienationem dicere, aliud venditionem, Cùm alienatio sit actus omnis per quem transfertur dominium *l. 1. Cod. de fund. dotal. l. alienationis 28. De verbor. signific.* venditio autem non tam sit modus transferendi dominij, quàm titulus habilis quidem ad transferendum dominium, sed secuta demùm traditione vel vsucapione *vulgar. l. traditionibus 20. Cod. de pact. l. nunquam nuda 31. De aquir. rer. domin.* Debuit ergo dicere, vt hinc exordiamur, Ex die alienationis in proposita facti specie laudimium deberi, Ex die contractæ venditionis non deberi. Sicque mihi omnino videtur. Distinguendum scilicet esse an pendente tempore conductionis translatum fuerit ex venditione dominium per traditionem factam emptori, an verò nuda tantùm, & simplex venditio facta sit. Vt priore casu laudimium debeatur conductori, licèt non sit petita inuestitura nisi post finitum tempus conductionis, Posteriore verò casu non debeatur. Est enim hoc consequens ei quod diximus in superioribus, Laudimium deberi propter apprehensionem aut saltem petitionem possessionis, ex titulo habili ad transferendum dominium, & ex quo facta sit ea translatio: Nunquam autem ex titulo simplici quamuis per se habili ad dominij translationem inducendam. Proinde si quod plerumque hodie fit, contractus venditionis adnexam habeat clausulam constituti, aut retentionem vsusfructus aut quam aliam similem quæ apta sit ad transferendum dominium, nihil sanè causæ est, cur non dici debeat exinde laudimium deberi, quamuis non nisi post tempus finitæ conductionis petita sit inuestitura, quam nec peti necesse est vt laudimium debeatur cùm sufficiat quod peti possit per emptorem, & penta danegari non possit à domino directo, quin amittat ille petendi laudimij facultatem, & persecutionem. Cæterùm si simplex venditio facta sit pendente conductione, traditio autem non nisi post finitam conductionem secuta fuerit, nulla ratio est vt laudimium conductori debeatur, à quo nunquam emptor petiit inuestituram, neque petere potuit: Cuius scilicet petendæ neque necessitas, neque facultas vlla est ante acquisitionem dominij, quæ porrò ex contractu solo nunquam sequitur, adeòque nec per vsucapionem nisi secuta demùm traditione. Alienatio igitur tunc facta dici debet, non cùm venditio, sed cùm dominij translatio facta est. Nec proinde inspiciendum magis est tempus inuestituræ petitæ, quàm contractæ venditionis, sed solius alienationis, & translationis dominij à quo demùm tempore licèt petita non sit inuestitura, attamen, vt ita dixerim, petibilis est, & consequentes concessibilis. Quod satis est vt illi qui eo tempore conductor fuit laudimium debeatur. Veréque vsurpari hoc casu potest regula illa iuris quæ habet, Eum qui facere potest vt possit tam videri posse *l. qui potest 174. De regul. iur.* Quod non sic vilitet benè quis dixerit ante translatum dominium in emptorem, In cuius scilicet potestate non est, vt fiat ea translatio si fortè procax & pertinax venditor malit præstare quanti emptoris interest quàm rem tradere, vt disputauimus in superioribus *ex l. si traditio 4. Cod. de act. emption. l. contractus 17. Cod. de fid instrum.* Nec ad rem pertinet quod Amedeus post alios interpretes obiicit, Vniuscuiusque contractus initium inspiciendum esset. Id enim hanc sensum habet, vt si de natura contractus quæratur, & quisnam ille sit, propterea quòd negotiom tale sit vt pluribus diuersi generis contractibus aptari possit initium debeat inspici, vt *in dict. l. si procuratorem 8. in princip. D. mandat.* & aliis supra in hanc rem citatis. At cùm non de natura & qualitate contractus quæritur, sed tantùm de aliquo iure quod consequens sit contractui, & ex eo pendeat, non semper initium contractus inspiciendum est sed potiùs traditionis, Vt puta si quæratur de dominio siue per vsucapionem, siue citra vsucapionem acquirendo, quia traditio quæ ex venditione sequitur illa est, quæ dominium transfert non venditio *dict. l. traditionibus & dict. l. nunquam nuda*, Item si disputetur vtro tempore bonam fidem habere debeat emptor rei alienæ ad vsucapiendum, an initio emptionis, an tempore traditionis. Initium enim hoc casu inspicimus, non emptionis sed traditionis *l. si aliena 10. in princip. D. de vsucap.* Itémque in quæstione *l. qui bona 23. §. 1. De acquir. rer. domin.* & aliis per quàm multis. Quare nec illud aduersatur, quod idē interpretes obiiciunt, Retrotrahi debere finem ad suum principium quoties habet necessariam ab eo dependentiam & consequentiam. In proposita enim quæstione neque acquisitio dominij, neque præstandi laudimij obligatio necessariam habet dependentiam & consequentiam à venditione, sed potiùs à traditione venditionem subsequente. Licèt venditionem aut quem aliom contractum similem, id est per se habilem ad dominium transferendum præcedere necesse sit, vt & traditio subsequi, & laudimium deberi possit, Cùm non sit necessaria consecutio, vt quia venditio præcesserit, dominij translationem omnimodo sequi oporteat, quæ non potest sequi nisi ex interueniente traditione, quàm porrò vt faciat venditor si malit condemnari ad id quod emptoris interest, cogi præcisè vt diximus non potest. Ergo si contractus talis sit, non solùm quis iui natura

tura sit habilis ad transferendum dominium, sed quem prætereà necesse sit incipere à traditione, adeóque à translatione dominij, quales sunt contractus permutationis, donationis, Do vt des, Do vt facias (nam ex his omnibus contractuum generibus laudimia deberi posteà ostendemus) aliud dicendum erit, vt ex ipso contractus die laudimium debeatur, ac proinde illi qui eo tempore ius habuerit percipiendorum laudimiorum siue conductor is sit, siue alius. Nempe quòd in hoc contractuum genere idem sit tempus & initi contractus, & translati dominij. Permutatio enim ex re tradita initium obligationi præbet, nec priùs inchoata nedum perfecta dici potest quàm vnus ex permutantibus rem tradiderit, quam nec sufficit traditam esse si non per eam traditionem dominium quoque translatum sit. Ideóque benè Pedius dicebat, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem *lege 1. D de rer. permu.* At in eo rursum Amedeus noster fallitur, quod putat cedere diem laudimij, hoc est incipere laudimium deberi ex die venditionis, licèt fateatur non nisi præstito demùm consensu venisse. Vtrumque enim falsum est, Et cessisse diem ex die venditionis, Et non venisse nisi ex die consensus præstiti. Nempe quia sicuti non cedit ante traditionem factam siue verè, siue fictè, vt probauimus, Ita ex die traditionis & cessit & venit, etiamsi consensus neque præstitus, neque adhuc petitus sit cùm ex eo tempore & peti potuerit, & concedi à domino etiam inuito debuerit: quod postremum sufficit vt inuitus quoque emptor ad laudimij solutionem vrgeri possit, quamuis inuestituram petere adhuc nolit. Diuersum esset si hodie vteremur iure veteri, quo erat in potestate domini directi vt non laudaret venditionem si fortè inscio & irrequisito eo facta fuisset? Quo casu res emphyteuta committebatur si id mallebat dominus quàm laudimium petere *dict. l. vlt. in fin. Cod. de iur. emphyt.* Nec enim posset videri cessisse dies laudimij eo tempore quo incertum adhuc erat, an laudimium aliquod deberetur: At cùm iam eo iure vtamur vt ad rerum emphyteuticarum non minùs quàm allodialium venditorem non requisito domini consensu procedi possit, laudimium exinde domino deberi certum est, ex quo in emptorem dominium per traditionem translatum fuit, quandoquidem nec in domini, nec in emptoris potestate est vt vllo casu non translatum videri possit dominium quod iam translatum est in emptorem. Quamquam potest ea res aliquam apud nos hodie habere dubitationem, Posteaquàm Serenissimi Ducis nostri Edicto cautum est, vt liceat dominis directis pro eo pretio quod alius emptor obtulerit sibi retinere dummodo intra tres menses à die notitiæ voluntatem suam declaret. Videtur enim factum hoc edicto, vt non priùs possit videri acquisita res emptori in eúmque translatum rei dominium, quàm directus dominus voluntatem suam declarauerit, an rem venditam sibi retinere velit necne, Vt proinde nec laudimium vllum antè deberi videatur. Ne si dicamus interim dominium acquiri emptori, noua traditio necessaria sit quæ ab ipso emptore fiat domino directo eam rem sibi retinere volenti. Verius tamen est non eò minùs statim deberi laudimium ob translationem dominij factam in emptorem. Domne tamen dominus directus eam rem posteà retinere velit. Secuta enim eiusmodi declaratione quòd retinere illam nolit, aut prætertito tempore intra quod fieri debuit, remanet dominium emptori acquisitum irreuocabiliter, sed acquisitum per traditionem non per declarationem illam voluntatis, nec per lapsum temporis. irreuocabiliter verò propter declarationem aut lapsum temporis non propter traditionem solam: laudimium verò deberi constat propter acquisitionem dominij quamlibet etiam quæ sit reuocabilis, Non ob ipsam vt ita dixerim acquisitionis irreuocabilitatem: Alioqui nec ex venditione facta sub pacto de retrouendendo deberetur, cùm sit illa reuocabilis. Nec enim ideò minùs quid nostrum verè est, quod eius dominium à nobis abscedere aliquo casu possit, vt sæpius inculcauimus ex *l. non ideò 61. De rei vendic.* Neque rursus verendum est vt noua sit opus traditione facienda directo domino, si retinere rem malit: cùm satis ei sit quod iam penes se habeat dominium directum vt nulla dominij vtilis acquisitione indigeat, quod neque simul cum directo posset in vna eadémque persona consistere, Planè quamuis verum sit quod dicimus, Etiam priùs quàm dominus directus voluntatem suam declarauerit dominium in emptorem per traditionem ei factam translatum intelligi, & ex qualibet dominij acquisitione etiam quæ sit reuocabilis, laudimium deberi, Facere non potest vt domino directo rem retinente aliquod laudimium debeatur. Cùm hoc casu per dominium ipsum fiet ne suum effectũ plenissimũ venditio sortiatur, quàm ad consequendũ laudimium ratã habere potius deberet. Totus ergo hic tractatus eò pertinet, vt si eo tempore quo facta venditio & traditio est laudimiorum conductor fuerit Titius, Eo autem tempore quo voluntatem suam declarat dominus directus quòd rem sibi retinere nolit, aut declarare posse desierit, vel alius laudimiorum conductor sit vel nullus, laudimia priori conductori Titio, non posteriori aut domino directo debeantur. Licèt inuestitura non nisi post prioris conductionis tempus emensum petita & præstita sit.

ERROR VII.

De pœna irrogata ex delicto cui ex diuersorum temporum conductoribus aut dominis debeatur. An ei qui tempore delicti fuerit, an qui tempore condemnationis.

COgit nos huc diuertere quod proximo capite disputauimus De laudimiis inter eos controuersis quorum vnus conductor laudimiorum fuerit tempore factæ alienationis, Alius verò tempore inuestituræ petitæ Nam qui contra nos defendunt pro primo conductore, non alterius temporis rationem habendam esse quàm quo facta venditio sit, licèt necdum traditio secuta fuerit, eo potissimum argumento vtuntur, quòd cùm quis ex delicto suo ad certam pœnam mulctámve condemnatus est, non ad eum pœna pertinet qui condemnationis tempore fiscalium pœnarum conductor fuit, sed ad illum potiùs qui tempore admissi delicti, quod condemnationi causam dedit, & à quo negari non potest quin originem & causam suam trahat condemnatio. Sic enim Amedeus noster à Ponte *dict. quæst. laudim.* 38. Asserens esse hanc communiorem nostrorum interpretum sententiam, ex Boer. *quæst.* 5. *num.* 20. & aliis quos in hanc rem superiore capite citauimus. Reluctante licet Guid. Pap. qui contrà scripsit *quæst.* 535. Sententiæ scilicet ac condemnationis tempus spectari semper oporteat. Etsi verò Senatus noster hanc Guidonis Papij sententiam probauit sæpius, quæ & mihi verior semper visa est, digna tamen quæstio videtur, quam hîc tractemus paullò diffusius

quòd sicuti grauissimorum virorum authoritates pugnantes habet, ita & multa quæ in vtramque partem agitari probabiliter posse videantur. Pro priore sententia quam communiorem esse affirmat [illegible] maxime facit, quòd quandocunque [illegible] condemnatio non [illegible] causam [illegible] eius delicti, quòd si nullum admissum [illegible] vtique nec vlla sequi condemnatio, [illegible] de pœna tractari quicquam posset. Ab eo igitur tempore commissi delicti ius aliquod videtur quæsitum fisco, & consequenter ei qui fisci loco est vt ex eo delicto agere pœnamque competentem persequi possit. Non quasi ex delicto solo vlla nascatur hypotheca in bonis delinquentis ante sententiam, atque ante capta pignora in executione iudicati (quod certe nemo vnquam dixit, nec probabiliter posthac quisquam dixerit. Sed quia delictum illud est quod condemnationi quandocumque posteà secutæ causam præbet. Ex quo inferunt referri ergo debere condemnationem ad tempus delicti tanquam ad causam suam & originem, ac proinde condemnationis commodum & emolumentum non ad alium pertinere posse quàm ad eum ad quem pertinuisset si eo ipso die quo delictum admissum est secuta condemnatio fuisset. Videtúrque pro hac sententia vigere maximè quod scriptum est *in l. post contractum 15. D. de donat.* siue Florentinam siue vulgatam lectionem sequamur. Nam siue scripserit Iureconsultus, Post contractum capitale crimen donationes factas valere nisi condemnatio secuta sit, vel quod effectu idem esse videtur, non valere si condemnatio sit secuta, Apparet Marcianum aut potiùs Imperatorem Antoninum cuius constitutionem eo loco Marcianus refert, maiorem delicti quàm condemnationis rationem habuisse. Alioqui eas demùm donationes non valere constituisset Antoninus non quæ post contractum capitale crimen factæ fuissent, sed quæ post secutam ex causa contracti capitalis criminis condemnationem. Addi etiam pro hac sententia potest quod Amedeus noster post alios disputat, Cuiúsque rei causam & originem spectandam esse non finem *leg. 3. §. scio D. de minor. 25 annis l. si procuratorem 8. in princip. D. mandat. l. 1. §. si seruus depositus 30. D. depos.* quoniam vt vulgari nostrorum iactatur broeardico, Semper à primordio tituli posterior formatur euentus *l. 1. Cod. de impon. lucrat. descript. leg. quædam mulier. 77. D. de rei vindicat.* Vt tamen contrariam sententiam veriorem esse putem illud maximè facit, quod quamuis delictum aliquod admissum esse dicatur, Attamen perinde ferè incertum est an ex eo secuta sit vlla condemnatio, atque si admissum non fuisset. Quàm enim sæpe accidit vt delicti probationes deficiant quæ luce, vt aiunt, meridiana clariores esse debent, quoties agitur criminaliter? *l vltim. Cod de probat.* Quod cùm euenit licèt ius non deficiat, quia in rerum natura verum est admissum delictum fuisse, sed tantùm probatio, vt *in l. duo sunt Titij 30. D. de testam. tut* perinde tamen impunitum manere delictum necesse est, atque si admissum non esset. Id enim est quod nostri quoque iactitant, Non entium & non apparentium idem esse iudicium *§. si aduersus Inst. de nupt.* Quàm sæpè rursum habent delicta suas excusationes aut veras, aut fictas & commentitias, sed quæ tamen per falsos testes probentur, aut etiam, quod interdum fit, iustis præsumptionibus adiuuentur. Denique quàm sæpe iudices ob probationum aut inopiam aut perplexitatem in eas se coniectos vident angustias vt nocentem absoluere cogantur, ne innocentis condemnandi suspectum periculum incurrant? Quid rursum si per sordes aut gratiam aut imperitiam iudicis absoluatur reus de cuius tamen delicto constet, & qui omnimodo condemnari debuerit? Quid è contrariò si quis tanquam delicti reus & vel per testes vel propria confessione quàm fortassis tormenta expresserint conuictus ad magnam pœnam pecuniariam condemnatus sit, quem tamen ex postfacto appareat fuisse innocentem? Quis dicat ei pœnam deberi qui vel dominus vel conductor fuerit non tempore sententiæ sed tempore delicti, quod nullum fuerit. Itaque licet quisquis ex delicto condemnatur ideò condemnetur quia deliquerit, aut saltem quasi deliquerit, Nunquam tamen ob id præcisè pœnam debet quòd deliquerit, sed quòd ad eam pœnam condemnatus sit, quoniam pœna ante condemnationem nulla debetur etiamsi delictum verè præcesserit. Secuta verò condemnatione debetur pœna ex sola condemnatione non ex delicto, quia fieri poterat vt vel nulla vel minoris pœnæ condemnatio sequeretur. *leg. si fundus 16. §. si pluris*, In illis verbis, *Semel enim causa transire videtur ad condemnat. & exinde pecunia deberi D. de pig.* Nam si in ea quoque condemnatione quæ ex contractu obligatorio nascitur condemnationi plus quàm contractui tribuimus quia & contractus per litis contestationem quasi per nouum contractum & per delegationem nouatur *l. 3. §. idem scribit D. de pecul. l deleg. 11. § 1. D. de nou.* Itémque ipsa litis contestatio & quæ post litem contestatam datur actio per condemnationem *l. vltim. Cod. de vsur. rei iudic. & dict. § si pluris.* Quantò magis idem admittendum est in obligationibus quæ ex delictu nascuntur, quæ sunt longe incertiores, quia non sicut de contractibus, vt plurimum, ita etiam de criminibus & delictis fiunt instrumenta quæ tantæ fidei sint ad rei gestæ probationem. Proinde quemadmodum si fera bestia sic vulnerata sit vt capi possit, non ideò statim eius fit qui vulnerauit, tametsi eam persequi non desinat sed tunc demum cùm eam cœperit, propterea quod multa possint accidere vt eam non capiat, sicut contra Trebatium ex aliorum prudentum sententia Caius disputat *in l. natur. 7. §. 1. De acq. rer dom.* Ita & in proposita quæstione dicendum est, licet quis sic deliquerit, vt ob delictum condemnari debeat, Non prius tamen de pœna tractandum esse cuinam debeatur, quàm condemnatio secuta sit cum fieri queat vt condemnatio nulla sequatur. Placuítque mihi semper quod Guido Papius eo textu & argumento ad huius sententiæ confirmationem vsus fuit. Est enim quæstio nostra illi simillima quæ olim ipsos etiam prudentes dissentientes habuit, & digna quæ ipsos interpretes multò magis habeat inuicem contendentes, Proinde non pugnat, quod contra nos obiicitur, Pœnam hanc ob delictum deberi. Non enim consequens est vt non ex condemnatione magis quàm ex delicto debeatur. Nec debiti causa & origo inspicienda est, nisi in iis quæ ab ea causa & origine consequentiam necessariam trahunt, in quo numero non est hoc de quo tractamus, cum vt iam diximus, & possit nulla sequi condemnatio vbi delictum præcessit, & contra nullo quoque præcedente delicto, sequi tamen ex falsa accusatione condemnatio quæ pœnam irroget. Secuta enim quandocunque & omni casu condemnationem non iam de delicto amplius quærendum est an admissum sit, sed tantum de iudicato an iudicatum sit, quia res iudicata sola illa est quæ pro veritate habetur *l. ingenuum 25. D. de stat. homin. l. res iudicata 206. De regul. iur.* Neque rursum nobis aduersatur, quod diximus *l. post. contractum 15. D. de donat.* quæ primum non de omni crimine loquitur nec de condemnatione ex quocunque crimine irrogata, sed tantùm de capitali, Propterea quòd ex capitalibus ferè omnibus criminibus iam olim irrogabatur pœna publicationis bonorum aut totorum aut

saltem

saltem pro parte. Vt proinde non nisi valdè suspecta esse posset donatio post contractum capitale crimen quasi in fraudem fisci facta: quod non similiter dici potest de aliis criminibus, quæ non nisi certæ quantitatis pœnam irrogant, ad quæ tamen etiam quæstio nostra pertinet. Deinde probat potius ea lex nostram sententiam, si vulgatam lectionem quæ certè emendatior est sequamur, & sic legamus *Post contractum capitale crimen donationes factæ valent ex constitutione Diuorum Seueri & Antonini, Nisi condemnatio secuta sit.* Nam si non nulla opus erat constitutione Imperatorum vt non valerent donationes inter viuos quæ post contractum capitale crimen factæ essent tanquam non sine pœnæ suscipione factæ *leg. si quis 7. D. de mort. caus. donat.* Ita nec alia ratio afferri potest propter quam Imperatores constituerint valere, Nisi condemnatio secuta sit, si non illa est, quòd multa possint accidere propter quæ fiat vt condemnatio nulla sequatur. Quin tamen casu irritas fieri donationes ob solam pœnæ suspicionem nimis durum sanè, ac inhumanum videbatur. Nec tamen eò magis consequens est quod ad eam legem interpretes nostri vulgò notant, Secutam posteà quandocunque condemnationem retrotrahi ad tempus delicti. Non enim ratio illa fuit quæ irritas fecit huiusmodi donationes, Sed hæc potiùs quòd secuta quandocunque condemnatione tùm demùm appareat non sine suspicione pœnæ factam fuisse donationem: quod sufficit vt non valeat *dict. l. si quis mortis.* Nec illud præterea requiritur vt quasi à iam condemnato facta videatur, quod tamen dicendum esset si condemnatio ad tempus delicti retrotraheretur. Sanè Florentina lectio quæ habet, Post contractum capitale crimen donationes factas non valere ex Diuorum Seueri, & Antonini constitutione nisi condemnatio secuta sit, defendi nullomodo potest vt in libris Coniecturarum pluribus à nobis demonstratum est. Condemnatio enim quandocunque secuta quominùs non quò magis valere possit donatio facere debet, cùm & bonorum ademptio quædam sit, vt de legati ademptione scriptum est *in l. legata inutiliter 14 De adim. legat.* & demonstrat satis, Pœnæ suspicionem iam ipso donationis tempore præcessisse. Sed errori causam dedit, quòd omissa per errorem librarij repetitione vltimæ syllabæ dictionis *Antonini* scriptum esset *si* pro *nisi*. Cùm tamen non posset ea sententia defendi vt valerent donationes post contractum capitale crimen factæ si condemnatio secuta esset, Necesse visum fuit peritiori siue librario siue interpreti addere negationem in præcedentibus, & legere *non valerent* quæ tamen lectio post restitutam *nisi* æquè viciosa & falsi sensus plena fuit. Sunt qui pro Baldi opinione adducant præterea quod scriptum est *in l. is qui in puteum 11. §. si posteaquàm D. quod vi aut clam*, si posteaquàm aliquid vi aut clam factum est fundus venierit, nihilominùs venditorem hoc interdicto experiri posse nec finiri interdictum venditione, sed parem accommodatè. Id enim rationem illam habet quia venditori facta iniuria est non emptori, itaque nec translatum videri potest ius quod habuit venditor experiendi interdicto, cùm satis emptori esse debeat quod tantò minoris emerit, vt lex ait. In ea verò specie quam tractamus, nihil tale est, quia non de iure actionis quærimus cui competat sed de commodo & emolumento condemnationis, cui æquiparatur, Nec ob id minoris locat prædium suum dominus, quod prioris conductionis tempore crimen aliquod admissum sit, Imò tantò pluris quod ex eo delicto sperare posterior conductor potest secuturam condemnationem quæ nondum secuta fuerit. Tractamus enim de omnium generaliter & indistinctè condemnationum & pœnarum per eas irrogatarum conductore. Neque rursum quemadmodum ex eo quod vi aut clam factum sit nascitur statim & ipso facto interdictum ei in cuius fundo vi aut clam factum fuit, Ita ex delicto nascitur statim pœnæ persecutio sed tantum ius instituendæ accusationis, Quia non nisi peracta si qui potest condemnatio, nec rursus nasci pœnæ persecutio nisi ex condemnatione. Quæ porrò cùm fit tempore posterioris conductoris, non ideò tamen mutatur persona eius cui per delictum facta est iniuria, id est domini iurisdictionis sed tantum persona conductoris. Vt perinde non possit quæri, vt *in dict. §. si posteaquam*, Verùm ad priorem dominum condemnatio pertinere debeat an ad posteriorem. Idem enim dominus est, cuius vicem & personam repræsentat conductor posterior non minus quàm prior, Quod si ponas domini quoque causam mutatam esse, prioremque dominum eam iurisdictionem omnia que emolumenta independentia alij vendidisse post admissum delictum, & ante secutam ex eo condemnationem, Perinde dicam non dubitans oportere quin posteriore domino condemnationis pœna debeatur, cùm sibi his fructus iurisdictionis venditæ, quem proinde necessariò est dominij iure ad emptorem pertinere Nec enim potest prior dominus dicere se tantò minoris vendidisse iurisdictionem, quàm imò verò pluris vendiderit, ob id quòd in ea delictum antè admissum fuisset, nulladum ex eo secuta condemnatione, Vt solent auariores & auidiores domini iurisdictionum suam quisque iurisdictionem ob id maiorem existimare quod pluribus abundet pessimis & sceleratis hominibus, vt ea delictorum frequentia & atrocitate tantò plures & grauiores condemnationes ferant, in quibus scilicet totum iurisdictionis criminalis fructum pecuniarium consistere arbitrantur. Quare nec ad rem pertinet quod similiter obijcitur *ex l. vlt. §. non solum D. de his quæ in fraud. credit.* Venditis bonis venditor intelligit atque ita in restitutionem venire fructus qui terræ cohærent tempore alienationis, non etiam illos qui medio tempore, id est post alienationem & ante iudicium acceptum percepti sunt, quia in bonis non fuerunt alienatis, Nec enim sicut fructus qui terræ cohærent partem fundi efficiunt *l. fructus 45. De rei vindic.* Ita & condemnationes quæ sequi possunt ex delicto iam admisso tempore alienationis possunt dici pars vlli iurisdictionis, aut fructus aliquis & emolumentum iurisdictionis antequàm reuera secuta sit, proptereà quòd vt diximus multa possint incidere quæ faciant ne vnquam sequatur. Cohæret quidem iurisdictioni coercitio delictorum quocunque tempore admissorum, Ideóque nimirum dicimus vendita aut aliter alienata iurisdictione ius hoc coercitionis & irrogandæ condemnationis transire in emptorem in quem transit & iurisdictio, Sed condemnatio ipsa non cohæret quamdiu secuta non est, tanquam res quæ nondum in rerum natura est, & quæ potest nunquam esse. Expectandum igitur necessariò est vt sit priusquàm de illo quæratur An sit in fructu, aut ad quem pertinere debeat tanquam fructus iurisdictionis.

***

ERROR

ERROR VIII.

De illa distinctione interpretum An pœna irrogetur ex delicto ipso iure, An tantum per sententiam, & de differentia mulctæ & pœnæ. Ad l. aliud fraus est 131. & l. antep. De verb. signific.

POenæ quæ ex delicto irrogantur & de quibus proxime disputauimus in duplici sunt differentia. Quædam enim sunt quæ ipso iure id est ex ipsis legibus siue publicorum siue priuatorum iudiciorum certæ constituuntur & irrogantur, Qualis est pœna dupli ex causa furti nec manifesti, Quadrupli ex causa furti manifesti, Tripli ex Edicto Vi bonorum raptorum, Dupli etiam ex variis causis edicti perpetui vt De seruo corrupto, De deposito tumultus vel incendij vel naufragij vel ruinæ causa facto & aliæ pleraque. Publicatio bonorum aut totorum aut pro parte certa, Relegatio, Pœna pecuniaria viginti aureorum ex lege Iulia de annona *l. 2. in fi. De leg. Iul. de annon.* Et centum aureorum ex lege Iulia ambitus *l. vnic. in fin. D. ad leg. Iul. ambit.* & quæ olim erat ex lege Fabia de plagiariis, & quæ tamen hodie in vsu esse desiit *l. vltim. De leg. Fab. de plagiar.* & si quæ sunt similes, Et hæ sunt pœnæ in quibus obtinet quod Papinianus noster dicere solebat *in l. ordine 15. D. ad municip.* & *in l. 1. §. 3. vers. quorum alter verum D. ad SC. Turpill.* facti quidem quæstionem in arbitrio & religione esse iudicantis, Pœnæ verò persecutionem non eius voluntati mandari, sed legis authoritati reseruari. Aliæ verò sunt pœnæ, quæ cùm legibus nullæ sint certæ constitutæ, ex arbitrio & religione iudicantis pendent, quas magis propriè ac specialori nomine mulctas appellamus, vt Paulus noster disputat *in l. antepen. De verb. signific.* contra Labeonem qui scripserat, si qua pœna est eam mulctam esse, Et contrà si qua mulcta est eam pœnam esse, Vtrumque enim falsum est, inquit Paulus, & duplicem affert dissimilitudinem, Primam illam quam modo diximus, quòd pœnæ certæ singulorum peccatorum sunt, Mulctæ contrà quia eius iudicis cui ius est mulctæ dicendæ potestas etiam est quantam dicat, Nec placet exceptio quæ ponitur in fine dictæ legis *nisi cùm lege constitutum est quantam dicat*, de qua nec dubito quin sit Triboniani respicientis ad constitutionem Imperatorum Arcadij & Honorij quæ extat *in l. vlt. Cod. de mod. multar.* vbi certus mulctæ dicendæ modus ab Imperatoribus præstitutus est quem transilire & prætergredi iudices non possint, sed ita tamen vt non tam constitutum sit ea lege quantam mulctam dicere Iudices debeant, quàm vti ne maiorem dicant ea quæ permissa est Itaque etiam hodie post illam legem perinde verum est quod Paulus dicebat in iudicis mulctam dicentis potestate esse quantam velit dicere, sed cum tamen restrictione, Dum ne præstitutum modum excedat, qui vel ob hoc ipsum præstituendus fuit, quod ea tam lata arbitrij potestate iudices vt plurimùm abuterentur. Alteram dissimilitudinem inter pœnam & mulctam affert Paulus *in dict. l. antepen.* quòd de pœna, inquit prouocatio non est. Simul atque enim victus quis est & conuictus eius maleficij cuius pœna statuta est, ea statim debetur. At mulctæ prouocatio est nec ea debetur ante quàm aut non sit prouocatum aut prouocator victus sit. Tertiam differentiam insinuat Paulus iis verbis *nec aliter quàm si is dixerit cui dicere licet.* Quam apertiùs explicat Vlpianus *in l. aliud fraus est 131. §. 1. eod. ti.* vbi ait, Mulctam dicere non posse eum cui iudicatio data est. Si enim legendum arbitror addita negatione *dicere non potest*, cùm statim sequatur *Magist. solos & Præsides prouinciarum posse mulctam dicere mandatis permissum est* ad differentiã scilicet eius cui iudicatio data est, id est iudicis pedanei & a magistratu dati, quippe qui iurisdictionem non habeat, sed tantùm iudicationem. & notionem *l. ait Prætor 5. D. de re iudic.* Nec causa vlla est cur pro *iudicatio* legamus cum Haloandro *adiudic.* Nam neque possis cum eodem Haloandro eum cui adiudicatio data sit intelligere cui publicum iudicium *ex l. 2. in fin. D. de iudic.* Inauditum enim est vt *adiudicare* dicant Iureconsulti pro eo quod est *Publicum iudicium exercere*. Fit siquidem adiudicatio In tribus duntaxat illis iudiciis Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo & Finium regundorum *§. vlt. Inst. de offic. iud.* estque adiudicatio illa vnus ex modis sex acquirendi dominij iure Quiritium, de quibus idem Vlp. tractat *in Fragmen. Tit. 19. De acquisit. rer.* Quare nec idẽ Vlp. *in dict. l. 2. §. vlt. De iudic.* sic loquitur, vt dicat, Mulctæ dicendæ ius his datum esse qui publicum iudicium exercent, aut vt Papin. dicebat *in l. 1. D. de offic. eius cui mandat. est iurisd.* qui publici iudicij exercitationem habent. Sed ait duntaxat, His dari mulctæ dicendæ ius quibus publicè iudicium est, id est vt ego interpretor qui publicè ius dicunt, & publica authoritate quales sunt magistratus, quos & maiores iudices appellamus *l. non distinguemus 32. § de liberali D. de recept. Qui arbitr. receper.* In quo tamen numero nemo dixerit esse iudices pedaneos, qui scilicet non nisi iudicationẽ habent eámque non publicam, id est à populo. (publicum enim dictum esse constat quasi populicum) quomodo habent magistratus, Sed à Prætore vel alio magistratu, qui eos dedit *l. 2. C. de pedan. iudic.* Et de his solis iudicibus datis & pedaneis, accipiendus est totus ille *Tit. De iudic.* Non tamen quod sequitur apud Vlpianum *in dict. § vltim. & non alius.* Eo namque verbo alij omnes significantur etiam qui non habent iudicationem si modò neque publicè iudicium habent id est si non sint magistratus. In quo numero est etiam procurator Cæsaris *l. 2. Cod. de mod. mult.* Nempe quia magistratus non est, nec Præses prouinciæ tantamque potestatem habet non tam publicè quàm priuatim à Cæsare cuius procurator est *l. 1. & tot. tit. De offic. procur. Cæsar. l. 1. Cod. de iuris d. omn. iudic.* Ita vt nequidem de causis Cæsaris posset ius dicere nisi vnà cum Præside prouinciæ vt scriptum est *in l. 2. Cod. si aduers. fisc.* Item curator Reipublicæ multò minùs dicere mulctam potest *l. 3. Cod. de mod. mult.* quia multò minùs potest ille dici magistratus, cùm nec habeat iudicationem, nec ei specialiter ius hoc mulctæ dicendæ datum sit. Nam & hi quoque excipiuntur *in dict. l. 2. §. vltim. De iudic.* Fortassis propter Iuridicum Alexandriæ cui alia pleraque singularia speciali iure concessa sunt *l. 1. & 2. D. de offic. Iurid.* quamuis nec Magistratus ille esset, nec Præses prouinciæ, vt constat *ex l. vnic Cod. eod.* Sed & Præsides ipsi prouinciarum ea exceptione continentur, quia videlicet non sunt Magist. licèt habeant vtramque iurisdictionem Voluntariam & Contentiosam, cùm Magist. non alij dicantur, quàm qui sunt Populi Rom. Vnde & à Magist. Præsides prouinciæ separantur *in d. l. aliud fraus est.* Illud igitur firmum maneat quod scriptum volumus ab Vlp. *in d. l. aliud. § 1.* Mulctam eum dicere non posse cui iudicatio data est, sed Magistratus solos, & Præsides prouinciarum. Idque mandatis permissum eis esse, Sicut & Præfectis ipsis Prætorio, quorum prima post Principem potestas & authoritas erat *l. vnic. D. de offic. præf. prat.* permittendum fuit vt mulctam possent dicere ad quinquaginta vsque libras auri *l. Illustres 4. C. de mod. multar.* At pœnam vnusquisque

irrogare

irrogare potest, cui criminis siue delicti executio competit vt sequitur apud Vlpianum *in d.l.aliud in fin.* vbi eleganter ac partitè separat crimen à delicto. Crimina enim magis propriè ea intelligimus quæ publica sunt, Delicta verò quæ priuata *l. quid sit fugitiuus 17.§.noxas antepen. De ædilit.edict.&ult. tit. De priua.delict.& extraord.criminib.* Adiicit idem Vlpianus alias quoque differentias inter mulctam & pœnam. Quarum vna illa est, quod pœna generale sit nomen omnium delictorum coercitio. Mulcta verò specialis delicti cuius animaduersio *non nisi* pecuniaria est. Sic enim lego, non vt vulgò *cuius animaduersio hodie pecuniaria est*, Quasi verò aliquod tempus vnquam fuerit quo mulcta potuerit esse capitis, aut existimationis, quod certè non nisi falsò & ridiculè dici potest. Pœna autem non tantùm pecuniaria verùm etiam capitis & existimationis irrogari solet: Sunt enim pœnarum veluti gradus quidam *l. capitalium 28. D. de pœn.* At mulctarum gradus nulli sunt, sed quidam tantùm modus hodie post *d. l. 4.& vlt. C. de mod. mulctar.* olim nullus, cùm mulcta ex arbitrio eius veniret, qui mulctam diceret, vt subiungit Vlpianus *in dict. lege aliud.* Pœna autem non irrogatur nisi quæ quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est. Quinimò, inquit, multa ibi dicitur vbi specialis pœna non est imposita. Nec enim mulcta potest vnquam cum pœna concurrere, sed velut in subsidium vbi pœna certa nulla est, infligitur. Ex quo tanto clariùs apparet quam verum sit quod diximus Tribonianeam illam exceptionem positã *in fin. d.l. antepen. De verbor. signific. nisi cùm l. est constitutum quantum dicas*, defendi nullomodo posse. Mulcta enim cuius certa quantitas lege constituta esset pœna iam esset nõ mulcta: cùm sit de essentia mulctæ vt sit incerta, & ex mulctantis arbitrio solo pendeat. Nisi quòd hodie vt dixi certus modus mulctarũ est vt vltra certam quãtitatẽ mulcta dici non possit. Sed nõ ideò tamen certa quantitas mulctæ est, cùm intra præstitutam quantitatem etiam hodie in arbitrio maneat mulctam dicentis, vt vel maiorem, vel minorem dicat. Itaque debuerat Tribonianus scribere *nisi cùm lege est constitutum ad quam vsque quantitatem multam dicas*, si Pauli sententiam ad posteriorum Imper. constitutiones accommodare volebat, non quomodo scripsit *quantam dicas.* Paulus certè neutro modo scribere potuit. Hoc verò nec pragmaticis nostris incognitum est, Multas omnes etiam hodie esse arbitrarias. Sed pauci obseruant quod nos addimus, Pœnas pecuniarias hodie nullas esse, Cùm etiamsi vel lege, vel statuto, vel Edicto Principis, certa pœna pecuniaria irrogata sit, in arbitrio tamen magistratuum & iudicantium maneat, vt minorem si velint mulctam possint dicere, licèt maiorem vix vnquam possint. Nisi si quando remittendæ seuerioris pœnæ facultates edicto ipso, vt aliquando sit prohibita & interdicta sit. Alioqui cõminationes pœnarum sunt potiùs quàm pœnæ, ideóque vim legis aut pœnæ legalis non habent *ex tit. C. commun. epist. programm. vim rei iudic. non hab.* Et cõsequenter mulctæ non pœnę istę dicendę sunt. Quòd si qua lege, aut edicto, aut statuto municipali certa pœna pecuniaria sit constituta est, vt neque augẽdæ, neque minuendæ eius facultas vlla Iudici supersit, tanquam quæ ipso iure ac sola legis aut edicti potestate irrogetur, Pœna quidem erit non multa, Sed quæ tamen factum & sententiam iudicis perinde exiget acsi non ipso iure irrogata esset, scilicet vt de facto pronuncietur. id est an delictum cui talis pœna imposita est admissum sit necne, simúlque declaretur pœnam commissam esse. Quam ideò declaratoriam sententiam nostri vocant. Cuius necessitatem illud semper inducit quòd ex facto ius oritur, nec priùs dici certò potest admissum fuisse delictum quàm de eo pronunciatum sit, nec à pronunciatione tali prouocatum, vt res iudicata pro veritate haberi possit, quæ alioqui iure & quæstione facti, haberi pro veritate nullomodo posset, Cùm facti quæstio semper sit incerta, tanquam quæ ex arbitrio & religione iudicantis pendeat, vt Papinianus ipse dicebat *in dict. l. ordine 15. D. ad municip. dict. l. 1. §. 3. ad SC. Turpill.* facti autem quæstio etiam prudentissimos plerumque fallat *l. 2. D. de iur. & fact. ignor.* Idque est quod Paulus scribit *in dict. l. antep. De verb.* [illegible] pœna quidem prouocationem non esse, Sed tamen & non aliter nec priùs pœnam deberi quam victus [illegible] sit & conuictus eius maleficij cuius pœna [illegible] ta est. Qua ratione cum apud nos Vniuersitas quædam hoc se habere priuilegium contenderet, vt in annales criminum leuiorum condemnationes summarias, vulgo Assisias vocant, pati non cogeretur, quas ex vetere statuto Sabaudiæ Iudices omnes per annos singulos indicere & pronunciare iubentur, Ne aut delicta vlla etiam leuiora omnino impunita remaneant, aut grauioribus litis ordinariæ sumptibus coerceantur, Eúmque huius suæ contradictionis colorem afferret, quòd in singulas criminum omnium causas certæ pœnæ iam inde à multis seculis constitutæ essent, & ipso iure irrogatæ (vulgò *banna* nostri vocant) vt proinde nulla iudicis sessione aut pronunciatione ad eas irrogandas opus esset, Visum est non esse admittendum nec ferendum eiusmodi priuilegium, Non solùm tanquam quòd statuto repugnaret, Verum etiam quòd fieri non posset vt sciretur, an pœnæ illæ deberentur, quousque de crimine ipso cognitum & pronunciatum esset *d. l. antep. De verb. signific.* Nec illa igitur recipienda distinctio est quam adhibet Amedeus à Ponte *dict. quæst. laudim. 38.* in superiore disputatione De pœnis aut priori, aut posteriori pœnarum conductori adiudicandis. An ipso iure pœna committatur, necne. Nam & cum ipso iure committitur, illa tamen ratio pro conductore semper facit qua mouemur pro Guidone Papio contra Boerium, quod incertum semper sit qui iudex de facti quæstione pronunciaturus sit, Imò & an aliquid vnquam pronunciaturus, cùm possint multa incidere quæ faciant ne vlla vnquam pronunciatio sequatur.

ERROR IX.

De alia distinctione interpretum, An pœna irrogetur ex delicto, An ex causa iuris feudalis vel emphyteutici.

AFferunt etiam interpretes aliam distinctionem circa pœnas irrogandas, An ex delicto irrogentur, an ex causa iuris feudalis vel emphyteutici. Vt in iis quæ ex delicto irrogantur, delicti & maleficij tempus spectari oporteat non condemnationis quasi exinde iam nata obligatione, aut saltem causa obligationis. In iis verò quæ ex causa iuris feudalis vel emphyteutici, hoc est in commissis & caducitatibus, vt loquuntur, ob non petitam suo tempore inuestituram, aut ob non solutum canonem spectari debeat tempus declarationis non culpæ admissæ. Sic enim vulgò pragmatici nostri post Aymonem Crauet. *consil. 212. num. 8. in fin.* vbi diuersitatis rationem illam refert, quod commissio rei emphyteuticæ vel feudalis dependeat à voluntate domini directi nunquid velit esse commissum vel non. Nec enim iure suo cogendus est vel dominus inuitus si fortè malit laudimium petere

quàm commissum. Exemplo nimirum eius quod de lege commissoria scriptum est *in l. 2. D. de leg. commiss.* legem commissoriam exercere posse venditorem si velit non etiam inuitum, quia pro venditore lex illa adijcitur non pro emptore. Mihi verò hæc distinctio quamuis ab Amedeo nostro probata videatur, *dict. quæst. 38.* non modo improbabilis semper visa est, sed etiam multò improbabilior, quàm quæ à nobis superiore capite confutata fuit. Est enim pœna commissi & caducitatis similior cæteris, quæ ipso iure irrogantur: de quibus proximè diximus credi probabilius posse, vt ei qui tempore delicti ius habuit pœnæ persequendæ potiùs, quam vel domino, vel conductori posteriori debeantur. Siquidem certissimum est, commissum fieri iure ipso ac citra vllam declarationem voluntatis *l. commissa 14. D. de publ. & vectig.* Vbi dicitur commissa vectigalium nomine etiam ad hæredem trasmitti. Nam quod commissum est, inquit Vlpianus statim desinit eius esse qui crimen contraxit, dominiumque rei vectigali acquiritur. Indéque præterea infert commissi persecutionem sicut aduersus quemlibet possessorem, ita & aduersus hæredem competere. Quamuis autem eo loco Vlpianus de iis commissis tantum loquatur quæ ex causa fraudati vectigalis contrahantur, non etiam de cæteris de quibus nostra disputatio est, quæ ex causa iuris feudalis vel emphyteutici, cuius eo tempore nullus adhuc vsus erat. Non aliam tamen cæterorum rationem esse intelligimus ex ea ipsa Iustiniani constitutione quæ hoc ius nouum induxit, *in l. vlt. C. de iur. emphyt.* cuius postrema illa verba *Sin autem aliter fuerit versatus quàm nostra constitutio disposuit, iure emphyteutico cadat*, non alium certè habent sensum, quam vt ob non impletam ab emphyteuta legis solemnitatem res cadat ipso iure in commissum. Neque enim verbum *cadat* factum vllum hominis significat, sed tantùm meram iuris potestatem: Vt in antiquis illis caducis eueniebat, quæ per legem Iuliam Papiam introducta tandem à Iustiniano sublata sunt *l. vnic. Cod. de cadac. tollen.* Itaque falsissimum est quod Crauetta & pragmatici supponunt pro vero, Rem siue feudalem, siue emphyteuticam non prius committi quam dominus voluntatem suam declarauerit, quòd committi rem velit, Nam imò verò committitur ipso iure neque exquisita, neque expectata voluntate domini, & sola potestate constitutionis, de qua nemo dubitat quin facere id possit, cùm etiam dominium transferre queat non minùs quàm lex *l. in bello 12. §. si quis seruum D. de captiu. & postlim.* hic autem non de transferendo dominio agatur, sed tantùm de auferendo iure emphyteutæ ne ius vllum amplius habeat rei retinendæ inuito domino directo qui solus dominus est, licèt à nostris non simpliciter dominus vocetur, sed cum adiectione illa, vt directus dicatur *l. 1. D. si ager vectig. vel emphyt. pet. dic.* Nec contrarium est quod obijcitur, Non posse rem committi domino inuito cuius solius fauore ita ius comparatum est, vt ob emphyteutæ vel feudatarij culpam res committatur. Aliud enim est de iure commissi tractare, aliud verò de acquisitione. Res ipso iure committitur etiam ex causa feudalis iuris vel emphyteutici non secus quàm ex alia qualibet Sed non acquiritur inuito, quia nemo inuitus iure suo vti cogitur, sed potest quilibet abijcere ac contemnere & quæ pro se introducta sunt *vulg. l. pen. C. de pact. l. si index 41. D. de minor.* Aut vt dicam subtilius, Duplex acquisitio in commisso de quo agimus consideranda est, vt in legato vindicationis, Reuocabilis vna, & irreuocabilis altera. Prima fit sola iuris potestate, etiam dormiente ac ignorante legatario *l. cum pater 77. §. surdo de leg. 2.* atque hoc sensu dicimus dominium rei legatæ transire rectà via à testatore in legatarium *l. à Titio 64. in fin. de fur.* nunquam facta hæredi *l. legatum 80 de legat. 2.* Altera verò legati acquisitio fit accedente legatarij voluntate cùm agnoscit legatum *l. si tibi homo 86. §. cùm seruus de leg. 1. l. quedam 15. D. de reb. dub. l. eo quo 13. D. de condict. inst.* Illa enim prima legati acquisitio quæ sola legis potestate inducitur non est irreuocabilis cùm non obliget legatarium inuitum quominùs repudiare legatum possit si id habere nolit Nunquam enim lex acquirit inuito, licèt deferat inuito. At posterior acquisitio quæ fit per agnitionem legati, nullum repudiationi locum relinquit, quia post acquisitionem sera esset repudiatio, cùm id quod ita semel acquisitum est repudiari postea amplius non possit *l. 1. §. decretalis D. de success. edict. l. Titia cum testamento 34. §. Lucia Titia de leg. 2.* Sic & in commisso, ex quacunque causa fiat dicendum est acquiri illud statim & ipso iure cùm statim & ipso iure res desinat eius esse qui vel crimen vel culpam admisit *d. l. commissa.* Sed ita tamen vt non eo minùs ipsi sit integrum repudiare rem commissam si iure suo vti nolit, quoniã acquisitio illa prior quam ipso iure fieri diximus *semper reuocabilis est*, & vt ita dicam repudiabilis quousque acquirendi voluntas accesserit. Nec enim ideò fiunt commissa vt acquirantur inuitis, sed tantùm vt volentibus. Sic Labeo dicebat bona etiam quæ soluendo non essent ad fiscum pertinere ipso iure ex varijs illis causis quæ recensentur *in l. 1. in pr. D. de iur. fisc.* neque tamẽ dubitabas quin fisco esset integrum ea bona repudiare, quæ sine manifesto damno & incommodo non posset agnoscere. Cur enim esset fiscus in eo deterioris conditionis quã cæteri qui nunquam ignorantes multò minùs inuiti ære alieno obligantur *l. qui in aliena 6. in princip. D. de acq. hæred. l. seruo 65. in princ. D. ad SC. Trebell.* cùm cæteris ferè omnibus sit melioris ob priuilegia quæ habet tam multa *Tit. C. de priuil. fisc.* Quamquam prior illa pars sententiæ Labeonis vera non est, vt ea quoque bona quæ soluendo non sunt acquirantur fisco ipso iure. Cum aduersus eam sententiam edictum perpetuum scriptum sit, ex quo ita demùm bona veneunt si ex iis fisco acquiri nihil possit vt contra Labeonem Callistratus disputat *in d. l. 1. §. an bona D. de iur. fisc.* Non enim possunt bona vlla ad fiscum pertinere nisi quæ creditoribus superfutura sunt, cùm id bonorum cuiusque esse intelligatur, quod æri alieno superest *l. non possunt. 11. eod. tit.* Cæterùm ne à proposita quæstione aberremus, si verum est, vt est, Ex culpa feudatarij vel emphyteutæ committi rem & acquiri ipso iure domino directo vel eo qui ab ipso ius habeat, Planè consequens est vt non alterius voluntas in commisso repudiando interuenire debeat quàm eius ipsius cui fuerat ipso iure acquisitum. Ergo prioris conductoris: non posterioris aut domini, Ne alioqui sit in potestate istorum lædere ac tollere ius priori conductori quæsitum, quod neque ciuilis ratio patitur, neque naturalis *l. id quod nostrum 11. l. non debet alteri 74. De regul. iur. l. vlt. D. de pact.* Quis enim alius repudiare aliquod ius potest, quàm is ipse cui acquisitum ius est, vel agnoscendi, vel repudiandi, & qui ex eiusmodi agnitione vel lucrum vel damnum aliquod consequi posset *l. legatum 7. De legat. 1.* Vnde est quod nec filius sine patre nec pater sine filio hæreditatem filio delatam repudiare potest, sed ita demùm valet repudiatio si ab vtroque facta sit *l. is qui hæres 13. §. vlt. D. de acq. hæred.* Nempe quia iam tùm erat filiusfamilias acquisitionis capax, hactenus sc. vt posset ei acquiri hæreditas si eã pater sibi acquiri nollet *l. cùm hær. 52. eod. l. 1. C. qui admitt. ad bon. poss. l. Impp. 50. D. ad SC. Treb.* Cùm igitur eum casum tractemus, in quo ex culpa sua feudatarius vel emphyteuta iure suo ceciderit. Cur obsecro acquirit

commissum

commissum illud potest præterquàm illi qui eo tempore aut dominus directus fuerit, aut domino directo siue conductionis, siue alio titulo causam habuerit? Quod enim fit ipso iure semper fit in instanti, nec proinde aliud instans inspici potest vt sciamus cui debeat acquiri quàm illud ipsum quo acquiritur. Atqui ponimus eo tempore conductorem aliquem fuisse ad quem & laudimia & commissa, & cætera omnia directi dominij commoda & emolumenta pertinere potuerint ac debuerint. Non alij ergo quàm priori huic conductori ius commissi vindicandi acquiri potest, Et consequenter nec repudiandi. Nam & perpetuum hoc ius est vt is demum repudiare possit, qui potest etiam acquirere, & cui delatum fuit ius acquirendi *l. 4. l. is potest* 18. *D. de acquir. hered.* Proinde fatendum est in eius solius arbitrio esse debere an commissi iure sibi quæsito vti velit, necne. Vt si velit, nil ei nocere debeat quod contrariam voluntatem aut dominus directus, aut posterior conductor declarauerit, cùm eorum nil intersit sed prioris tantùm conductoris ad quem rei dominium semel pertinere cœpit, *in h. si ego 9. §. si res D. de iur. dot.* Si verò nolit, siue quòd malit laudimium quàm commissum petere, siue quòd nec laudimium petere velit, malitque & culpæ & laudimij gratiam emptori facere, nihilomagis acquiretur ius aliquod aut domino, aut posteriori conductori: Non equidem, si laudimium pro commisso petatur, quia nec vtrique locus esse potest laudimio & commisso, nec prohiberi debet is qui commissum vindicare potuit quominus possit laudimiũ petere, ne cui quod plus est licet, deneget quod minus est contra iuris regulam *l. non debet cui* 21. *De regul. iur. l. cui pacto* 5. *D. de seru. export.* Neque rursũ si nec laudimium petere velit vt faueat emptori, qui prohibendus non est acquirere sibi beneficij debitorem, quæ omnium optima species est acquisitionis, dummodò ex suo sequatur, non ex alieno *l. si pignore* 54. §. 1. *D. de furt.* Nisi fortè liberalitatem suam ad dominum directum aut ad posteriorem conductorem potius quàm ad emptorem pertinere voluerit, Vt in specie quamuis dissimili loquitur Vlpianus *in l.* 5. §. *inde Nerat. D. ad SC. Trebell.* Quo vno casu dubitandum non, esset, quin siue commissi, siue laudimij petendi ius totum ad eum pertinere deberet, in quem beneficium conferre conductor primus voluisset. Quid enim æquius, & rationi naturali conuenientius, quam voluntatem domini rem suam aut quod ferè idem est, ius suum transferre in alium volentis ratam haberi? *l. quæ ratione 9. §. hæ quoque res D. de acq. rer. dom.* Sed extra hunc casum nego fieri posse vt de re quæ commissa sit durante tempore prioris conductionis alius possit agere quàm primus conductor, licet per totum illud tempus voluntatem suam nunquam declarauerit: quàm aliqui declarare posteà quandocumque potest: Cùm finito tẽpore conductionis non ideò prohibeatur conductor de suis iuribus experiri quæ conductione durante acquisiuisset. Alioqui dicendum esset, si quid ei iuris vltimo conductionis die obuenisset, nullam eo nomine ipsi actionem competiturum, quòd eam durante conductione non exercuisset, quam certè etiamsi maximè voluisset exercere eo ipso die non posset: Quod tamen neque ex pragmaticis quisquam dicturus sit. Non enim quando actio exercetur spectandũ est, sed cui acquisita & nata sit, vt ab eo ipso demùm non ab alio nisi ex ipsius voluntate exerceri possit. Et longè aliud est actionem habere, aliud exercere. Sed etsi declaratio voluntatis aliqua esset necessaria ad commissi acquisitionem, quod nos negamus, cùm ipso iure fiat eiusmodi acquisitio. Non ideò tamen consequens fieret vt declarationis potiùs quàm culpæ tempus spectari oporteret, Cum secuta declaratio quandocunque necessariò retrotrahenda sit ad id tempus quo fieri potuit, quia nec aliud facit declaratio nisi vt non tam confirmetur acquisitio quæ ipso iure facta est, nec proinde vlla indiget confirmatione, quàm vt appareat acquisitionem præcessisse, vt in specie *d. l. si sibi homo* 86. §. *cum seruus de leg.* 1. & *d. l. quædam* 15. *D. de reb. dub.* Quemadmodum euenire supra diximus in iis pœnis quæ ipso iure quidem irrogantur. Sed ita tamen vt pronunciatione iudicis declaratoria indigeant. Nam & hoc casu quandocunque secuta declaratio facit vt pœna ei debeatur cui iua fuit eius persequendæ quo tempore delictum committebatur, non quo facta declaratio est, Ne aliter posito iure dici non possit, quod proficiat dicere pœnam in his casibus ipso iure irrogari.

ERROR X.

De sententia declaratoria quam exigunt pragmatici in pœna caducitatis iam commissa.

Multa sunt alia in quibus peccat idem vir doctissimus Aymo Craueta *d. cons.* 212. de quo suprà diximus. In eo primùm, quod vult pœnam caducitatis & commissi ob culpam aut delictum feudatarij vel emphyteutæ non committi ipso iure sed ita demùm si dominus directus velit, & quasi conditionaliter, vt ipse loquitur *num. 9 in fin.* quod nos iam refutauimus. Ostendimus enim, Imò verò ipso iure committi, nec requiri declarationem vllam voluntatis. Quæ tamen etiamsi esset necessaria, non eò magis faceret ius conditionale. Esset enim hæc tacita conditio & legalis potiùs quàm conuentionalis, quæ proinde non facit ius ipsum conditionale, sed iuris tantum executionem. Exemplo eius quod solemus dicere, Compensationem fieri ipso iure, nec tamen aliter fieri quàm si opponatur *l. 1 ameo* 10. *in princip. & l. seq. iunct. l.* 2. *& pass. D. de compens. l. vltim.* vbi omnes notant *Cod. eod.* & apertiùs *§. penult. Instit. de action.* Vnde etiam est quòd compensationes ponuntur in numero exceptionum, quia nimirum perinde opponendæ sunt atque exceptiones, Neque tamen ideò quis dixerit compensationes omnes esse conditionales, aut ob id minus fieri ipso iure quòd non aliter fiant quàm si opponatur. Quidni enim relinquatur in arbitrio eius qui compensandi ius habet an velit sibi per compensationem consulere, an propria, & separata actione persequi id quod sibi debetur, si putet ex aliqua causa sibi magis expedire. Nam & qui compensat agere quodammodo dicitur, & perere *l. amplius* 25. *D. rat. rem haber.* Ergo quemadmodum is qui obiicit compẽsationem, non facit quominùs iam antè facta fuerit ipso iure, sed tantùm suam declarat voluntatem quod eo iure quasi iam sibi quæsito vti velit: quod vtrique facere non posset si iam ipso iure facta compensatio non esset: Ita & in proposito, cùm dominus voluntatem suam declarat quòd rem commissam vindicare velit, non ideò facit vt tum res committatur, quã certè iam esse commissam necesse est priusquàm quasi commissa vindicari possit, sed ostendit tantùm iure se suo vti velle, quod abiicere si vellet, posset, quo tamen vti non posset, etiamsi maximè vellet, nisi iam commissi ius apertum esset. Est igitur ea domini declaratio non causa rei committendæ, sed effectus & executio commissi iam ipso iure facti, & consequenter præsupponit commissi ius, non suspendit. Errat etiam Craueta in eo quod

quod præsupposita necessitate declarationis ad commissum inducendum, quæ vt diximus, non nisi ad commissi persecutionem necessaria est, existimat declarationem illam à solo domino directo fieri posse & debere, non etiam à conductore. Nam & hoc quoque falsum est, quoties conductio sic facta fuit vt omnia feudi, vel emphyteusis emolumenta, etiam commissi ad emptorem pertinere debeant: quod hodie apud nos plerumque fit, Et ita factam esse conductionem ponendum est vt quæstioni locus fieri possit. Alioqui certum est commissa cùm non sint in fructu quia non renascuntur, ad conductorem regulariter non pertinere, vt tractat Guid Pap. *quæst*. 477. nec dissentit Crauet. *dict. cons*. 112. *num. vltim.* vbi ait sententiam illam Guid. Pap. procedere de iure communi. Secus, inquit, si pacto aliud cautum sit in ipsa conductione, Vel, quod effectu idem est, nisi conductionis verba tam generalia sint, & prægnantia vt ad talia quoque iura pertineant. Cum verò tale quid factum est, Quæro an non domini loco habendus sit conductor, vt eius sit non domini directi declarare an commissum persequi velit? Quis enim permittat domino, vt declaret nolle se iure suo vti, vt lædat & perimat ius conductoris: Aut quodnam hac parte potest in effectu esse ius domini cùm is ius omne suum quod habeat commissorum omnium si quæ obuenirent persequendorum, in conductorem transtulerit? atque ita procuratorem illum velut in rem suam constituerit? Certum siquidem est eum qui semel procurator in rem suam constitutus sit reuocari postea non posse nec quicquam in eius præiudicium fieri à constituente *l. illam subtilem* 33. *Cod. de donat.* Maximè verò cùm quis procurator in rem suam constitutus est per contractum locationis, aut alium eiusmodi contractum nominatum, In quo genere contractuum constat non esse locum pœnitentiæ, nec alterutrum contrahentium vel ignorante, vel inuito altero ab obligatione contracta discedere posse, Ne tum quidem cùm alter ex parte sua contractum non implet *l. ea conditione* 14. *Cod. de rescind. vendit.* Quantò minùs si nihil aduersario imputare possit is, qui tamen vult ei nocere? Non ergo ferendus est dominus directus si post translatum in conductorem certa mercede ius omne commissi persequendi, nolle se dicat vti iure suo, vt conductorem suo proprio vti prohibeat. Sed tertius & præcipuus Crauetæ error in eo est, quòd secutus Decium *cons*. 160. *ad fin. & cons*. 185. ait requiri sententiam declaratoriam in commisso ex causa iuris feudalis vel emphyteutici. Post Iason. *in l*. 2. *Cod. de iur. emphyt.* & ad *l. si quis maior notab*. 13. *Cod. de transact.* vbi ait generaliùs, Quoties aliquid inducitur ipso iure licèt non requiratur sententia dispositiua, requiri tamen declaratoriam in his omnibus quæ non trahunt secum executionem, Per *tex. in c. cùm secundum. de hær. in* 6. Nam si verum est, vt est, quod hi omnes fatentur, non requiri declaratoriam in iis quæ secum trahunt executionem, fateri eos necesse est, non esse igitur illam in proposito casu necessariam. Quandoquidem negari non potest, cessante emphyteuta soluere aut cætera præstare ob quæ non præstita commisso locus fiat: Statim sequi executionem nullo etiam hominis facto interueniente, cùm statim & ipso iure emphyteuta vel feudatarius à toto iure suo cadat vt superiore capite disputauimus & probauimus ex *l. commissa* 14 *D. de public. & vectig. & l. vltim. in fin. Cod. de iur. emphyt.* Nec alia commissi executio fieri potest. Nam quod Crauetta disputat non aliter executionem commissi facta videri posse, quàm si effectu ipso bona transferantur in dominium in hoc quoque errat. Nec enim dominus directus indiget, vt in eum transferantur bona quorum iam [illegible] dominus, & quorum pro arbitrio vindicandorum vtique ius habet tanquam dominus, nisi quatenus iure emphyteutico prohibetur *l. 1. & 2. D. si ager vectig. vel emphyt. ess. dicat.* Atqui iam non potest prohiberi iure vllo emphyteutico, cùm emphyteuta ob non factum id quod facere debuit, suo penitus ceciderit iure. Quam enim exceptionem possit dare Prætor ei qui nullum omnino ius habeat? Trahit ergo ius commissi secum suam executionem nec alia vlla executio necessaria est si dominus iure suo vti velit. Siue namque dicat eum interpretibus ius illud emphyteutæ esse ius vtilis, vt vocant, dominij, certum est ipso iure ac sine vllo hominis facto consolidationem fieri vtilis dominij cum directo, perinde atque ipso iure consolidatio fit cum vsusfructus extinguitur *l. vlt. Inst. de vsufruct.* Siue nobiscum sentias ineptam esse totam hanc distinctionem vtilis & directi dominij, nec sine vnicum esse dominium quod neque directum, neque vtile dicendum sit, sed dominium simpliciter, quod totum sit penes eum qui feudum vel emphyteusim concessit. Penes feudatarium verò vel emphyteutam, nihil nisi ius quod habet, rei retinendæ inuito etiam domino quamdiu paratus est facere ac præstare quicquid ex natura contractus facere & præstare debeat. Consequens est vt domino sufficere debeat quod emphyteuta vel feudatarius omni iure suo ceciderit, nec alia vlla commissi executione indigeat ad habendam rem & retinendam. Exemplo eius quod scriptum est de hærede rogato restituere hæreditatem ei qui & ipse post certum tẽpus eãdem hæreditatem eidem hæredi restituere iussus sit, Sufficere ipsi actiones directas quas tanquam hæres habet nec exigi vt actiones vllæ vtiles in eum tanquam fideicommissarium transferantur quæ in cæteros fideicommissarios facta ex Trebelliano Senatusconsulto restitutione trãsferuntur *l. si hær. institutus* 70. *iunct. l. 1. & pass. D. ad SC. Trebel.* Nam neque fieri posset etiamsi maximè hæres vellet vt actiones vtiles haberet aut acquireret qui iam haberet directas, cùm in eandẽ personam directæ & vtiles concurrere nunquam possint, quia nimirum directæ tanquam pleniores tollunt ipso iure vtiles tanquam minùs plenas, vt in cæteris omnibus obligationibus euenit, quarum vna maior est, alia minor *l. debitori* 50. *D. de fideiuss. l. si duo* 93. *D. de solut. l. si reus* 13. *D. de duob. reis.* Similiter & in proposito dicimus fieri non posse vt per commissum quicquam iuris noui acquirat dominus, qui iam dominus est, & quidem vnicus, Nec alio lucro vel commodo indiget nisi vt emphyteuta vel feudatarius omne suum ius amittat: quod certè fit per commissum ipso iure. Nulla igitur declaratoria sententia opus est ad commissum inducendum, sed tantùm ad pronunciandum de quæstione facti, Emphyteutam scilicet, aut feudatarium non fecisse quod facere debuit. Qua pronunciatione quandocumque secuta exinde apparet iam à die culpæ contractæ fuisse rem commissam ipso iure, & acquisitam domino directo, si is in alium neminem ius hoc transtulerit: aut conductori, si lex conductionis ita ferat, quamuis dominus directus non eo minus maneat dominus, neque locatio soleat transferre dominium *l. non solet* 39. *D. locat.* quia etiam commissa fructuum & obuentionum iure censentur cùm ita placuit contrahentibus, quoniam contractus omnes præsertim qui bonæ fidei sunt ex conuentione legem accipiunt nec decipiendus est qui non aliter fuit contracturus *l.* [illegible]. *§. si conuenit* 6. *D. depos. lege vltim. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Nec obstat quod pro sententiæ suæ confirmatione Crauetta obiicit. Tùm quoque cùm dominus voluntatem suam declarauit, & emphyteutam expulit,

posse tamen adhuc eum petere pensionem totius præteriti temporis Ex Bart *in l. 2 Cod. de iur. emphyt.* *per Auth qui rem Cod. de sacrosanct. eccles.* ex quo infert ille: Ergo ante eiusmodi declarationem & executionem, adhuc manere emphyteutam nec bona posse dici commissa, quia tunc, inquit, peterentur omnes fructus percepti, non pensio Nam respondemus, Non esse bonam consecutionem, quia licet commissum sit ipso iure, vt diximus, & emphyteuta vel feudatarius per solam culpam suo iure suo cadat prius etiam quàm dominus voluntatem suam declarauerit. Non tamen facit ea res vt totius præteriti temporis fructus domino debeantur: Quippe cui etiam post extinctum ius omne feudatarij vel emphyteutæ non aliud ius competit, quam vt rem commissam quasi suam vindicare possit sine metu vllo exceptionis, In iudicio autem vindicationis constat non venire fructus præteriti temporis, sed eos tantùm qui ex die litis contestatæ percepti sunt, Nisi propona aut extare adhuc, aut mala fide consumptos esse *leg. certum 22. Cod. de rei vindic.* Pensionem igitur si item vice fructuum peti posse æquum est, Ne alioqui ex sua culpa & improbitate possessor lucrum consequatur. Qui licèt per commissum toto iure suo ceciderit, & emphyteuta esse desierit, vel feudatarius, habet tamen colorem aliquem rei retinendæ cuius possessionem semel ex domini voluntate insti que titulo nactus est, quousque dominus contrariam voluntatem suam declarauerit, Cùm futurum esse possit vt iure suo vti nolit, malitque de possessoris culpa transigere, & modico aliquo accepto vt plerumque fit, eundem vassallum aut emphyteutam sub eiusdem pensionis onere retinere *arg. l. de eo 63. D. de donat. vir. & vxor.* Satuere enim apud se dominus si tim lebet, an commissoriam velit, exercere, quod si nnn faciat & prudens sciensque patiatur vasallum aut emphyteutam in possessione manere fructusque percipere, videtur iure suo vti noluisse nec variare postea potest *l. 4. §. elegit pen. D. de l. commiss.* Quamquam si quis contra Bartolum veller defendere, congendum esse vasallum vel emphyteutam omnium fructuum rationem reddere quos ex die commissi percepisset absente fortassis & ignorante domino, is meo iudicio non valde aberraret. Quod enim criptum est *in d. Auth quirem*, de soluenda pensione præteriti temporis ad tempus illud referendum est quo cessatum fuit in solutione canonis, & anuuæ pensionis antequam res committeretur Non ad tempus quod secutum sit culpam quæ commisso causam dederit. Nec enim supponit Iustiniani constitutio tam negligentem fuisse rectorem ecclesię. vt passus sit ex die commissi fructus vllo percipi ab iniusto possessore. Idque similiter in venditionibus quæ sub lege commissoria fiunt, cernire videmus, vt emptor qui pacto non steterit, & fidem fefellit, fructus quoque omnes quos interim percepit restituere debeat *d. l. 4 in princ. D. de leg. commiss.* quia nihil penes eum remanere oportet ex ea re in qua fidem fefellerit, inquit Neratius *in l. 5 eod. tit.* Nisi cum emptor pretium perdidit, quo vno casu æquum est, vt fructus lucretur *d. l. 4. § 1.* Tantoque magis hæc nostra interpretatio sequenda est quod Iustiniani constitutio vnde sumpta est *d. Auth qui rem*, loquitur de emphyteusi ecclesiastica, quam ipsi etiam interpretes fatentur omnes hoc gaudere priuilegio, vt in fauorem ecclesiæ committatur ipso iure, nec declaratoriam vllam sententiam requirat. Sic enim Decius post alios *cons. 146* quem refert nec improbat Crauett loco supradicto. Ille verò alius eiusdem Crauetæ error intolerabilior est, quod addit, Etiam posita quod commissum accideret tempore prioris conductionis, non eò magis futurum vt priori conductori debeatur, propterea quod, inquit, ad conductorem non pertineant fructus qui pendentes fuerunt tempore finitæ conductionis, sed ij tantum quos ipse durante conductione perceperit. Ex *Bal. not. in l defuncta 58. D de vsufr. & in l. fructus 17. §. Papinianus*, alias *l. diuortio D. solut. matr.* Quasi pœnæ omnes priusquàm sint exactæ habendæ sint in fructibus pendentibus non in numero perceptorum. Ex Baldo *in l. fin C. de fructib. & lit. expens.* Socin. *cons.* 100. *incip. in causa Baptistæ lib* 1. Timum enim negamus vere id dici posse de pœnis quæ ipso iure irrogantur quæ licèt nondum sint exactæ cùm tamen iam sint debitæ non ad alium peti nete possunt quàm ad eum qui exigendi ius habuit eo tempore quo fuerunt irrogatæ. Esset namque præposterum, vt ius agendi æstimaretur ex ipsa exactione, cum sit natura & ordine iuris prius, vt quis actionem habeat ad agendum quàm vt possit exigere. Deinde quis in persona cuiuslibet bonæ fidei possessoris etiam qui à vero domino causam non habet, receptum est vt fructus percepisse videatur ad faciendos eos suos statim atque a solo separati sunt *l. si fructuarius 13. D. quib. mod. vsusfr. amitt.* quidni etiam in persona conductoris multò magis recipietur, vt commissa ista possit petere quę iá ipso iure ceciderunt? Cùm & à vero domino ius habeat, & præterea illud ipsum ius quod haberet dominus si eius feudale aut emphyteuticum non locasset. Atqui haberet ius petendi commissi, & quidem tanquam qui dominus fuisset eo tempore quo res committebatur. Ergo & ad conductorem pertinet, tanquà fructus qui iam perceptus sit ex domini voluntate, vt *in l. si seru. 61. §. loc. D. de furt.* Quis enim pro fructibus pendentibus ac non potius pro perceptis habere debeat hæc iura quæ non modo iam a solo separata sint, tanquam consistentia sed quæ sunt ipso etiam iure acquisita Nimirum acquisitio hæc pro præceptione est & sicuti fit acquisitio hæc ipso iure, ita pro perceptione habere debet, non quæ facienda sed quæ iam facta sit. Tanquam quæ sit perceptio iuris non facti. Quæ enim acquiruntur ipso iure, etiam ignorantibus acquiruntur, *l. cum pater 77. §. surdo de leg.* *l. si filiusfamilias 16. §. 1. D. quis et stam. fact. poss* vbi quamuis pro personales legendum sit *personis tales*, vt alibi docuimus. Illud tamen multò magis verum est in personalibus actionibus vt ignoranti quoque acquirantur, quia facilius est vt sic acquirantur, quàm vindicationes in quibus præsupponenda est acquisitio dominij quæ persæpe difficilior est, & vt plurimum, licèt non semper, factum hominis exigit & traditionem *l. 1. & 2. D. de Publio. in rem act.* Quod si nostro conductori pro quo disputamus sola personalis actio ignoranti quæsita esset ob id quòd durante conductionis suæ tempore commissum euenisset. Quærto qua fronte, aut quo iuris colore possit dominus ei auferre commodum huiusmodi actionis personalis? An ideò fortasse quòd ante finitam conductionem nec egerit, nec exegerit? Atqui ius habuit agendi, quod sufficit vt ei semel quæsita actio ignoranti vel inuito auferri non possit. Alioqui si non tam illud inspiciendum est quo tempore commissum euenerit, quam quo tempore actum sit. Eodem errore dicendum esset, si commissum ante initam conductionem accidisset, needum tamen dominus eo nomine egisset, futurum vt conductori ea actio danda esset, quemadmodum & fructus omnes pendentes ad eum pertinerent. Quod tamen absurdú sanè esset dicere, nec quisquam est directus dominus tam stultus, qui conductori suo tale quid petenti vellet id concedere. Quid enim iuris habere potest conductor in ea re, quæ ante conductionem fuerit commissa, licèt nullam ex ea causa dominus actionem proposuerit. Porrò quæ domino iniuria fieri non debet

debet si commissum locationem praecesserit, ea neque conductori facienda est, si durante conductione res in commissum ceciderit. Neque vero hic casus vnus ex iis est in quibus vt Cranetta putat, praeferendus ille sit qui laborem aliquem vt ipse loquitur, ad iuris acquisitionem impenderit. Nec enim labor vllus versatur in acquirendo commisso quod statim & ipso iure vt diximus acquiritur, nec tam facto aliquo domini aut conductoris quàm ob non factum à feudatario vel emphyteota id quod facere debuit. Qui vero in agendo labor collocatur actionem acquirere nullam potest, cùm prius acquisitam esse actionem oporteat, quam vt de ea exercenda laborandum habeat is qui agere vult. Fuit igitur consilium illud Aymonis Cravettæ pro amico vt aiunt potiùs quàm pro veritate.

ANTONII FABRI I.C.

Decas nonagesimaoctaua.

ERROR PRIMVS.

De actione quæ competit domino ad petenda laudimia & commissa etiam quæ durante conductione obuenerunt.

ETSI verum est quod ad finem superioris Decadis disputauimus, Potiorem esse conductoris quàm directi, vt vocant, domini causam in petendis laudimiis vel commissis quæ durante conductionis tempore obuenerunt, quamuis ante finitam conductionem eo nomine non egerit. Non ideò tamen pragmaticorum sententiam probare possumus, qui putant, Eo casu quo aliqua conductori actio competat, nullam penitus directo domino dari debere. Eisque illum summouendum si obuentiones istas velit petere, quasi sine iure & sine actione experiatur, quod facere certè nemo potest *l. si pupilli 6 §. vlt. De negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter D. de adm. tutor.* Nos enim contrà existimamus, Non eo minùs actionem competere domino, quòd conductori quoque competat, si aliud nihil sit quod obstet. At vno tantùm illo casu exceptione repellendum esse dominum quod conductor quoque agat, idque non quasi actio conductoris impedire possit, ne domino ius agendi competat, vt pragmatici nostri existimant, sed quia in vtriusque concursu æquum est præferri conductorem qui à domino ipso ius habet, Non dominum qui cum conductore certa mercede contraxit, eique agendi ius & exigendi facultatem concessit. Mouemur, quod siue de petendo laudimio, siue de commisso persequendo agatur, non ex alio fonte ius agendi nascitur, quàm ex causa dominij directi cui accepto ferendum est quicquid ex causa vel commissi vel laudimij debetur. Atque in commisso quidem expeditior res est iuxta eorundem pragmaticorum opinionem, existimantium nihil aliud esse commissum rei feudalis, vel emphyteuticæ quàm consolidationem dominij vtilis cum directo. Sic enim perperàm loquuntur eo errore ducti quòd putant esse aliquod dominium vtile, cuius consolidatio cum directo fieri possit. Quem errorem nos iam sæpius refutauimus, improbata illa duplicis dominij directi & vtilis distinctione. Porro si ita est vt dominium vtile cum directo consolidetur, quoties aliqua res cadit in commissum. Apertissimum est non in alterius commodum & vtilitatem posse fieri eam consolidationem quam illius qui dominium directum habeat, cum fiat consolidatio in re non in persona: sicuti solemus dicere in iure accrescendi extra causam vsusfructus & alias si quæ sunt similes portionem deficientem velut alluuionem accrescere portioni non personæ *l. si Titio 33. §. . in fin. D. de vsufr.* Is enim qui à domino conduxit non idcircò fit dominus cùm non soleat locatio vlla dominium transferre *l. non solet 59. D. locat.* Et quamuis à domino causam habeat non tamen habet totum ius quod habuit dominus, sed tantum quatenus necesse est ad causam & facultatem fruendi re conducta, vt fructus & obuentiones omnes possit percipere de quibus inter contrahentes actum est. Ergo tùm quoque cum id expressim actum fuit, vt ad conductorem omnia commissa pertinerent, quod in dubio ac citra specialem conuentionem dicendum non est, vt suprà monuimus ex Guid. Pap. *quæst.* 477. fatendum est domino saluum ius esse persequendi commissi & vindicandi iure, sic dominij directi quod sibi retinuit, nec in conductorem transferre vnquam voluit. Cùm enim saltem post factam consolidationem vnicum dominium sit quod totum resideat in persona illius qui anteà directus dominus dicebatur, (nec enim pragmatici negant. In vnam eandemque personam duplex illud dominium directum & vtile concurrere nunquam posse) omnino consequens est vt domino competat actio ad commissum vindicandum, Præsertim cùm vindicatio soli domino competere possit *l. in rem 23. in princip. & pass. D. de rei vindic.* qualis proculdubio non est conductor, nec magis postquàm ante consolidationem. Quinimo defendi verè potest, Conductorem vindicare commissum nunquam posse, nec si dominus ipse consentiat, cum ex domini voluntate non pendeat, vt vel conductor fiat dominus rei quæ in commissum cecidit, aut vt is qui dominus non est habere vindicationem possit. Sed pendet vtrumque ex potestate iuris, quod non habet dominium in earum rerum genere quæ nuda voluntate aut amittuntur, aut transferantur. Non enim aut amittitur aut transfertur nisi certis vel legitimis modis inter quos nuda domini voluntas non est *l. si quis vi 1. §. different. D. de acquir. poss.* Proinde actio personalis conductori necessaria est si commissi aliquam controuersiam a possessore patiatur, Eaque non aduersus possessorem cum quo non contraxit, sed aduersus dominum eundemque locatorem, qui per locationis contractum consentit, vt conductor percipiendorum commissorum iura haberet. Quamquam nec illud negamus, Posse conductorem rectà & sine vlla cessione actionis contra possessorem experiri suo iure, id est tanquam conductorem. At non ex propria persona domini eiusdémque locatoris,

locatoris, tanquam procuratorem ipsius in percipiendis omnibus iis quæ in conductionem veniunt, quomodo de creditore pignoratitio scribit Paulus *in l. si pignore 29. in, l. D. fam* ... ex ... locatoris voluntate ex qu... cæteros quoque fructus rei conductæ percipit suosque facit *l. l. Iuternus 61. §.* ... *D. de furt.* Estque hic casus procul dubio vnus ex illis in quibus aliquando per... tur vnu ius ... rius in iudicium deducere si alter ... patiatur. Adeò vt sententia contra eum lata qui ius alienum in iudicium deduxit domino quoque nocere debeat non minùs quàm si is iudicio adfuisset *l. sæpe 63. D. de re iudic.* Cur enim alia locatoris voluntate indigeret conductor qui pro se habet professeque titulum conductionis? Sed si fortè dominus prohibere velit ne conductor agat ad commissum mirique ipse agere, non aliud auxilium supererit conductoro aduersus locatorem ad hoc vt vel cedat ei iura actione & vindicatione domini quàm h... beat aduersus rei commissæ possessorem, Vel saltem patiatur eum agere ex persona & iure ipsius locatoris cum agendi facultas illa pro fructione sit *l. ex conducto 15. in princip. D. locat.* Quo casu condemnandus vtique, conductori locator erit, vt vel alterutrum impleat, vel præstet quanti eo nomine interterit conductoris. Sed hoc ita, Nisi, quod plerunque fit, in ipso conductionis instrumento vel cessa iam sit actio, vel mandata conductori. Esset enim ea cessio irreuocabilis, & mandatum quoque irreuocabile tanquam factum procuratori in rem suam, vt superiore capite dicebamus *ex l. illam 33. C. de donat.* Itaque agere hoc c. fu conductor poterit aduersus possessorem. Nec vt contra suum locatorem agat remittendus erit, sed de hoc tantùm admonendus vt agat non ex persona sua, sed ex personâ & iure locatoris, ad propriam tamen suam vtilitatem quemadmodum euenit in p... is cæterorum omnium procuratorum in rem suam constitutorum *l. qui stipendia 9. Cod. de procurat.* Extra hunc casum, non potest conductor inuito locatore agere aduersus commissi possessorem absque cessione aut mandato exercendæ vindicationis quæ sola potest competere aduersus possessorem: Ignorante tamē ac multò magis sciente & non contradicēte locatore potest, tanquam ipsius saltem procurator, & ex tacita locatoris voluntate per ipsum locationis instrumentum satis declarata. Exemplo eius quod dicimus Patrem posse communem sibi & filiæ actionem de dote exercere, quasi ex tacita voluntate filiæ dummodò filia sciat, neque contradicat, nec contradicendi causam vllam iustam habeat *l. 2. §. ... l. dotem 37. D. de solut. matr.* Nec sanè probè recusare dominus potest, quin conductorē suum de commisso agere patiatur, adeòque si conductor vehementiùs vrgeat, vt ei vindicationem præstet eùm ex bona fide id facere debeat, Sed quod ad laudimium pertin... facilius quidem est vt petere id conductori liceat cùm laudimium sit in fructu feudi vel emphyteusis quæ locata fuit, & personali etiam, aut hypothecaria actione p... possit, quòd in commisso secus est. Verum enimverò non facit ea res quominùs actio petendi laudimij competat locatori, Eodem sc. domini jur... tiure, cuius fructus & emolumentum in laudimiis cæterisque huiusmodi obuentionibus quæ tenasci poss... magna ex parte consistit *l. fruct. 7 §. si vir. D. ... ut. matr.* Adeò vt nec nisi ex domini persona laudimiū petere possit, & tanquam ipsius procurator, eo nomine in rem suam constitutus, ac proinde irreuocabiliter si actio per instrumentum vel cessa sit vel mandata vt de commisso diximus, Reuocabiliter verò si conductor nihil aliud iuris habeat, nisi quòd conductor sit Non enim posset titulus solus conductionis actionem ei dare contra laudimij debitorem qui cum eo non contraxit, quique de laudimio præstando non alij obligatus esse potest quàm domino directo, ad quem solum & personalis & hypothecaria actio pertinet Ergo huc etiam casu idipsum obseruandum erit, quod de commisso proxime diximus, vt contra locatorem agere ... ductor debeat ad præstandam vel actionem, vel saltē procuratorio nomine agendi patientiam. Tantum igitur abest vt verum sit, quod volunt pragmatici, Solum conductorem de laudimiis & commissis agere posse non dominum, Vt ex contrario dominus solus ille sit qui suo iure ac inuito etiam conductore, laudimium commissumque persequi potest. Conductor verò nullomodo nisi ex voluntate aut expressa aut saltem tacita locatoris, in cuius arbitrio & potestate manet vt taciteque præsumptionē extinguat aperta contradictione, atque ita conductoris actionem impediat, quamuis expressam voluntatem siue cessis siue mandatis actionibus declarata sit, reuocare non posset, sicuti nec tacitā reuocate posset, si tam certa esset, quàm præsumpta. Et quamuis improbè faciat locator qui conductorem de laudimio vel commisso agere prohibet, ea tamen ratio facere duntaxat debet vt locator conductori damnari debeat non etiam vt possessor. Nec simile est quod si de domino contendatur inter duos dominos quorum vnus sit bonitarius alter quiritiarius, præfertur bonitarius, vt constat ex Vlpiano *in fragment. Tit 19. De acquis. rer. & ex l. de ce 9. C. de rei vindic. iunct. l. quamuis 75. D. de iur. dot.* Non enim comparari domino bonitario conductor potest, qui licet à domino causam habeat, non ideò tamen dominus est, nec agendi nisi procuratorio locatoris nomine ius vllum habere intelligitur. Sed & quam falsa sit hæc pragmaticorum nostrorum sententia ex illo etiam intelligimus, quod etiamsi permittendum esset conductori agere de laudimio vel commisso aduersus possessorem, inuito locatore, quamdiu tamen nec eg isset, nec aliter voluntatem agendi suam declarasset, non esset prohibendus dominus de iure suo experiri, vt dici solet de eo qui citra delegationem mandauit alicui in alterum actionem *l. 3 C. de nouat.* Esset enim ista exceptio ex earum genere quæ dicuntur exclusiuæ iuris agendi non absolutè & simpliciter, sed conditionaliter si tertius velit. In quo exceptionum genere placet nostris omnibus post Bart. *ad l. 2. De except. rei iudic.* non prius opponi eas posse quàm tertius ille voluntatem suam declarauerit. Summa igitur totius tractationis huius hæc est, Ius agendi pro commisso vel laudimio ad solum dominum pertinere non ad conductorem nisi tanquam procuratorem & ex persona domini eiusdemque locatoris, Sed actionis & exactionis vtilitatem per actionem ex conducto ad conductorem spectare debere.

ERROR II.

Si suus hæres post abstentionem bona paterna vendiderit, An laudimia debeantur.

EX facto quæsitum scio, Cum suus hæres bonis paternis se abstinuisset, deinde ex iis fundum emphyteuticum vendidisset an ex eo contractu laudimium aliquod deberetur, In qua quæstione non erat ex pragmaticis qui non diceret nullum deberi. Mouebantur autem omnes hac vna ratione, quòd vt sæpius in hoc tractatu diximus laudimium deberi, non possit nisi ex translatione dominij, Translatio autem dominij nulla fieri possit ex venditione à non domino facta, licet traditio secuta sit *l. traditio*

tradit. 20. D. de acquir. rer. domin. Porrò alienam rem venditam esse negari non possit, quam suus hæres post abstentionem vendidit, cùm is qui se abstinuit, non habeatur pro hærede apud Prætorem *l. si filius 12. D de interrog. in iur. fac. l. necessariis 57. D. de acquir. hæred.* Ego contra putabam, Ex huiusmodi venditione & dominium transferri & consequenter eo ipso argumento, quo pragmatici mouentur, laudimium deberi. Mouebat me, quòd suus hæres etiam post abstentionem remaneat hæres. Cùm non sit sine hærede qui suum hæredem habet quamuis se abstinentem, vt Vlpianus scribit *in l. cum quasi 30 §. sed etsi suus D. de fideic. libert.* Hæredis autem nomine certum est nihil nisi dominium significari *§. vlt. Inst. de hær. qualit. & differ. l. in suis 11. D. de liber & posthum. l. hæreditate 19. §. paterfamilias vers. non tamen D. de castrens. pecu. l. 3 §. Pomponius adiicit infr. de minor.* Illa igitur ratio translationem dominij impedire non potest, quòd traditio in hac specie facta sit à non domino cùm facta sit ab hærede, nec possit non manere dominus qui hæres manet. Atqui non nisi nudo nomine inquiunt pragmatici, hæres est filius qui paterna hæreditate se abstinuit *l. etsi ex medica 6. §. si filius D. de bon. liber. l. 2. §. sed si sint sui heredes D. ad SC. Tertyll.* id est non est, & ipso & apud Prætorem *dict. l. si filius.* Ex cuius tamen opinione æstimanda sunt hæc omnia, cùm solius Prætoris sit actiones dare vel denegare *dict. l. necessariis 57. De acquirend. hæred.* Et hic certe totius huius difficultatis modus est, quem explicare ac dissoluere difficile esset adeóque impossibile iis, qui nescirent, quod nos iam alio loco primi docuimus, Quod dicitur suum hæredem qui se abstinuit, non haberi à Prætore hæredis loco, non vsquequaque & generaliter verum esse. Sed hactenes duntaxat vt nullum ex iure sui hæredis siue commodum, siue incommodum penes filium remanere debeat. Ita vt neque danda ei sit actio vlla contra debitores hæreditarios, neque similiter contra eũ vlla creditoribus hæreditariis, quomodo apertè scriptum est in *dict. l. necessarius.* Cæterùm extra hanc causam non solùm remanet filius hæres iure ciuili etiam post abstentionem, sed etiam habetur pro hærede apud Prætorem, & in effectu, quod ad reliqua omnia. Ergo etiam quod ad hoc vt maneat dominus, & tradendo rem aliquam ex bonis paternis transferat dominium, Scilicet si alius nemo sit ad quem bona paterna per sui hæredis abstentionem peruenerint. Possent enim peruenire ad cohæredem, vel ad substitutum si quis esset, *in l. ex contractu 45. D. de re iudic. l. si duo 38. l. cum hæreditate 55. De acquir. hæred.* Et quidem ad cohæredem etiam inuitum nisi in casu *d. l. cum hæreditate & l. si minor 61. eod.* Ad substitutum verò ita demùm si velit hæreditatem ex substitutione acquirere, vt *in l. paterfamilias 28. De reb. author. iudic. possid. alias l. 13. De priuil. credit.* Nec enim verendum est vt eiusdem rei dominium hoc casu sit penes duos in solidum contra iuris communis regulas *l. si vt certo 5 §. si duobus vehiculum D. commod. l. de hæreditate 19 §. paterfamilias D. de castr. pec. l. quod contra 141. §. vlt. D. eo De regul. iur.* Nempe penes suum hæredem quem dicimus etiam post abstentionem manere & hæredem & dominium, Itémque penes cohæredem aut substitutum ad quem ponimus bona paterna per abstentionem filij peruenisse. Nam erunt quidem duo domini, at non eodem dominij genere, Nimirum erit suus hæres qui se abstinuit dominus iure Quiritium, & vt veteres loquebantur dominus quiritiarius, Cohæres verò aut substitutus erunt domini bonitarij, quoniam bona paterna in bonis suis habebunt. Quod non esse nouum docet Vlpianus noster in Fragmentis *Tit. 19. De acquisit. rer.* & constat satis ex *l. quamuis 5. D. de iur. dot. l. 3.* *D. si vsusfr. petet. l. 2. §. vltim. si ex noxal. caus. agat. l. si finita 15. §. Iulianus scribit D. de damn. infect. facta 63. in princip. D ad SC. Trebell.* Non ideò tamen erunt duo hæredes in solidum quod certè nunquam potest *dict. l. quod contra §. vlt. D. De regul. iur.* Nec enim sicuti dominus ita hæres bonitarius quisquam est, & hæredem qui dicit, semper dominum quiritiarium intelligit, nunquam bonitarium. Ex quo fit vt post restitutam ex causa fideicommissi ab hærede rogato hæreditatem, hæres tamen solus maneat ille qui restituit hæreditatem *§. restituta Instit. de fideic. hæred.* Is verò cui restituta est, dominus sit duntaxat bonitarius, quia post restitutionem statim res omnes in bonis suis habere incipit, priùs etiam quàm corporalem earum possessionem nactus sit *dict. l. facta.* Quòd neque cohæres neque substitutus quisquam datus sit, suo hæredi, qui se abstinuit, aut si datus quidem sit aliquis, sed qui inuitus onera paternæ hæreditatis suscipere non cogatur, vt in specie *dict. l. cum hæreditate 55. & dict. l. si minor 61. De acquir. hæred.* solent quidem bona patris venire vt satisfiat creditoribus, vt *in dict. l. paterfamilias* aut etiam à creditoribus ipsis possideri, & fieri sub creditoribus, vt loquitur Iulianus *in l. quoties 44. De acquir. hæred.* Sed tamen aliquando accidit vt nec ad creditores defuncti patris bona perueniant, Vt puta si quod plerunque accidit filius ipse qui se abstinuit creditor sit anterior cæteris omnibus aut ex causa fideicommissi alicuius auiti aut quod est frequentius pro dote materna quę semper hypothecam habet anteriorem, tùm saltem cùm dotalis contractus est antiquior aut cùm cæteri creditores chirographarij tantùm sunt vel non nisi tacitam hypothecam habent, secundum eam interpretationem quam nostri afferunt *ad l. assiduis 12. C. qui potior. in pignor. hab.* Quo casu frustrà & stultè creditores vrgerent bonorum paternorum venditionem ex qua nullum sperare commodum possent, multorum verò sumptuum iacturam damnúmque incurrere. Melius itaque faciunt si se sumptibus non vexant inanibus cùm obtinendi quicquam & consequendi spem non habeant, Ex consilio Vlpiani *in l. 1. D. de inoff. testament.* Nam neque fisco bona vacantia hoc casu deferuntur si ex iis fisco nihil acquiri possit *l. 1. § an bona vacant. l. non possunt 11. D. de iur. fisc.* Cùm igitur neque ad sui hæredis cohæredem siue suum siue extraneum neque ad creditores paternos bona defuncti patris peruenerunt, Quid vetat, obsecro, quominus ex venditione & traditione fundi paterni quam suus hæres etiam post abstentionem fecerit, dominium in emptorem transferatur? Nec tantùm illud quod quiritarium diximus & quod vnicum penes suum hæredem remanet alio domino bonitario existente, Sed quod plenum sit non nudum. Toties enim dominium quiritarium nudum est, quoties separatum est à bonitario, quod penes alium quempiam reperiatur, quia omnes dominij vtilitates & effectus penes eum resideot qui bonitarius est, & rem in bonis habet, Cum rem in bonis habere is demùm dicatur, qui si possidet exceptionem habere possit ad rem retinendam, si amiserit, etiam actionem ad rem recuperandam *l. rem in bonis 52. D. de acquir. rer. domin.* Dicitúrque hoc casu nudum ius dominij quiritiarium esse penes dominium quiritarium *l. vnic. Cod. de nud. iur. Quiritiar. tollend.* At cùm nullus est dominus bonitarius, fieri nequit vt quisquis dominus est quiritarius, non sit dominus pleno iure & in effectu, [illegible] ius ipsius nullius personæ alterius iure aut participatione debilitetur. Et quemadmodum dicimus, Vsumfructum quem nostri formalem vulgo vocant constitui per separationem, & abstractionem à proprietate, ita vt si separatio nulla fiat proprietatem plenam esse acnaners

rere necesse sit. Ita & de dominio bonitario dicendum est non posse illud constitui nisi per abstractionem & separationem quiritario, quod ex Quiritium iure verum & vnicum dominium est, Ac proinde si separatio hæc facta non sit. Consequens est non vt dominus quiritiarius sit etiam bonitarius, (nec enim magis fieri potest vt in vnam eandemque personam vtrumque ius dupleis, huius dominij concurrat bonitarij & quiritiarij, quàm vt idem sit proprietarius & vsufructuarius *l. vsufrui* 5. *D. si vsusfr. pet. l. nostrum* 63. *D. de vsufr.*) sed vt quisquis est dominus quiritiarius sit dominus vnicus, & pleno iure. Atqui suus hæres qui se abstinuit, cùm remaneat verè hæres & quidem solus, remanet etiam dominus saltem quiritiarius Ergo & solus & pleno iure, & consequenter cum effectu, nullo alio domino bonitario existente. Quidni ergo si fundum paternum vendiderit & tradiderit, dicitur verè transtulisse dominium quod ille solus habuit, & pleno iure, adeóque cuius controuersiam ab alio pati nullam potuerit? Planè si bona per abstentionem sui hæredis aut ad cohæredes, aut ad cohæredes, aut ab substitutum, aut ad creditores peruenissent, defendi posset non fuisse translatum dominium nisi quiritiarium in emptorem eùm non pluris transferre dominus quiritiarius in alium potuerit quàm ipse habuerit *dict. l. traditio & l. nemo plus iuris* 54. *D. regul. iur.* Hoc autem casu suus hæres qui post abstentionem fundum paternum vendidisset ac tradidisset non nisi nudum ius dominij quiritiarij habuisset, manente bonitario penes eos ad quos bona peruenissent. Et consequenter laudimia deberi ex eiusmodi venditione ac traditione nulla possent, cùm non debeantur, nisi ob translationem dominij quod omnes habeat secumque afferat dominij vtilitates; quódque ob eam causam ab interpretibus nostris nouo licèt ac prudentibus nostris inusitato nomine, dominium vtile app. latur. Tota autem bonorum quibus abstinuit suus hæres vtilitas ad eos pertinet ad quos per abstentionem bona peruenerunt, licèt hæreditas ipsa ad eos non peruenerit *dict. l. ex contractu* 44. *De re iud.* quæ appositè & elegantior bona separat ab hæreditate iis verbis *& ita bona defuncti ad substitutos vel coheredes peruenerunt.* Porrò vbi semel dominium bonitarium ad alios pertinere cœpit, fieri nulla ratione potest vt filius tanquam hæres, & dominus tantùm Quiritiarius eorum ius possit lædere vel diminuere *l. si ego* 9 § *si res D. de iur. dot.* iunct. *l. ad quod nostrum* 11 *l. non debet alteri* – 4 *de reg. iur.* Sed nullo dato domino bonitario, qui casus est quem nos tractamus, nihil planè est quod impediat quominus ex venditione & traditione rei paternæ facta per filium qui se abstinuit, dominium transferatur cum facta sit per eum qui solus hæres fuit, nec tantùm nudo nomine sed pleno iure, cùm nemo alius sit qui rem illam hoc casu possit vel vindicare, vel euincere. Quomodo dicimus videri licere emptori rem habere si is qui emptorem in euictionem iam viceret, ante ablatam, vel abductam sem sine hærede decesserit, & sine successore, ita vt neque ad fiscum bona perueniant, neque priuatim à creditoribus possint distrahi. Adeò vt nulla emptori competat hoc casu actio ex stipulatu, quãtenus iam eoudemnato, quia rem habere licet *l. habere* 57. *in princip. D. de euict.* Et verò ad quid bonum esset dicere, impediri hoc casu translationem dominij cùm nemo sit qui dominium illud velit vindicare? *arg. l. si post mortem* 10. § *liberi De bonor. poss. contr. tab.* Quàm verum autem sit quod dicimus, Suum hæredem qui se abstinuit hæredis loco haberi etiam apud Prætor. quod ad cætera omnia nisi quod ad hoc vt ex paterna hæreditate quam omisit neque incommodum, neque incommodum vllum sentire possit, iam nos alio loco comprobauimus, duabus potissimùm iisque efficacissimis rationibus. Quarum vna illa est quod per nudam sui hæredis existentiam vt interpretes loquuntur pupillares tabulæ confirmantur *dict. l. paterfamilias* 27. *de reb. author. iudic. possid.* alias *l.* 13. *De priuileg. credit.* quod vtique non ita esset, nec daret Prætor substituto pupillari aut in eum actiones si non haberet testamentum patris pro confirmato, etiam post sui hæredis abstentionem. Cùm necesse sit pupillares tabulas corruere si nemo sit qui paternum testamentum sustineat *l.* 2. § *quisquis l sed si plures* 10 § *si ex asse. De vulg. & pupill. subst.* Altera ratio est quòd si suus hæres rogatus sit de restituenda alteri hæreditate, & suspectam dicat hæreditatem, malitque abstinere se, quàm immiscere, non cogitur per Prætorem vt se immisceat, & sic deinde restituat quomodo cæteri hæredes etiam necessarij coguntur qui non sunt sui *l.* 4 *l. recusare* 6 § *hoc Senatusconsultum* (inde namque inchoandus est §.) *D. ad SC. Trebell.* Sed iubet Prætor rectà cum hæreditatem restituere, nulla præcedente immistione. Nec eò minùs transferuntur in fideicommissarium actiones ex Trebelliano quæ filio se immiscenti competissent, vt disertè scriptum est *in l. ita tamen* 27. § *si pater* 3. *eod. tit.* Quod certè falsum esset, nullumque iuris colorem haberet, si suus hæres etiam qui se abstinet, non haberetur à Prætore loco hæredis in effectu, quantum ad trãsferendas actiones in fideicommissarium. Quia nimirum nullum in eo versatur commodum aut incommodum filij qui translatis actionibus non eò magis aut conuenire debitores hæreditarios aut à creditoribus hæreditariis conueniri possit, sed tantò iustiùs exceptione restitutæ hæreditatis, & adiuuari debeat si conueniatur, vel summoueri si ipse agat. Exemplo cæterorum hæredum qui post aditam restitutámque hæreditatem vel agunt, vel conueniuntur *d. l. ita tamen* §. *qui ex Trebelliano.*

ERROR III.

De laudimio ex alienatione necessaria petito.

Cvm de laudimiis quæritur quæ nunquam nisi propter alienationem debentur, solent nostri passim distinguere alienationem voluntariam à necessaria, vt ex ea demùm debeantur quæ voluntaria sit non ex ea quæ necessaria. Sic enim Amedeus à Ponte *quæst.* 26. post Iason. *ad l. fin. numero* 48. *Cod. de iur. emphyt.* & Andr. Tiraq. *De retract. gentilit.* §. 29. *gloss.* 1. *n.* 4. & *glos.* 2. *in princ.* & § 1. *glos.* 14. *n.* 18. & *seq.* & *num.* 109. Crauet *cons.* 215. & *in cons. pro genero num.* 290. Ex *l. Cæsar.* 15. *D. de public. & vectigal.* & *Auth. nauigia C. de furt. & seru. corrupt.* Necessariam verò alienationem eam esse interpretantur, quæ fiat authoritate iudiciaria & cum decreto iudicis Idem Amed. *q.* 27. post eundem Ias. *ad d. l. vlt. n.* 113. Alex. *cons.* 51 *volum.* 1 Et rationem huius conclusionis illam afferunt quod quoties fit alienatio necessaria non fit requirendus consensus domini, cùm necessitas semper faciat licitum quod alioquin esset illicitum. Nec enim necessitatis lex dicitur sed voluntati & potestati Et consequenter, inquiunt, nullum ex eiusmodi alienatione debetur laudimium, quod non nisi propter consensum in alienatione præstitum deberi domino solet. At verò iam nos in superioribus docuimus, Non tam propter huiusmodi consensum deberi laudimium quàm propter inuestituram & dominij translationem quæ fit in nouum possessorem: Consensum autem etiam olim non alia de causa exigi solitũ quàm ne res in commissum caderet si domino irrequisito

quisito alienata esset *d. l. vlt. C. de iur. emphyt.* non autem vt eò magis minusve laudimium debeatur. Alioqui dicendum esset si emphyteuta consensum hunc ad alienandum exegisset à domino, eúmque dominus præstitisset, statim locum fore petitioni laudimij, nulla etiam postmodum secuta alienatione: quod tamen absurdum esset dicere. Sed & cùm hodie apud nos ius hoc abrogatum sit de consensu domini requirendo, & aditis hac parte feudis & emphyteusibus omnibus ad instar allodiorum, Sequeretur nulla hodie laudimia deberi dominis si duntaxat ratione præstiti consensus deberentur: quæ tamen constat non minùs quàm olim deberi secuta quandocunque etiam ignorante domino translatione dominij. Nihil ergo interest ad laudimiorum obligationem & præstationem inducendam verum voluntariæ sint alienationes an necessariæ, cùm alienandi necessitas non solùm non impediat translationem dominij, sed tantò fortiùs eam prouocet & inducat. Scio esse distinctionem istam in plerisque aliis partibus iuris necessariam, vt putà si quæratur An is contra quem instituta est petitio hæreditatis possit interim alienare res hereditarias *l. Dinus 5. D. de hæred. petit.* aut ille ex cohæredibus cum quo acceptum est iudicium familiæ erciscundæ *l. alienationes 13 D. famil. ercisc.* aut is qui a Prætore impetrauit tempus ad deliberandum *l. ait Prætor 7. §. vltim. D. de iur. delib.* aut qui prohibitus est à testatore quicquam alienare extra familiam, vt *in l. filiusfamilias 14. § Diui 2. de legat. 1.* Sed cùm de laudimiis disputatur, nego quicquam interesse, an voluntaria sit alienatio, aut necessaria. Quid enim refert domini an vasallus, aut emphyteuta vltrò alienet rem feudalem vel emphyteuticam, an verò ex necessitate? Poterat olim ea distinctio esse necessaria cùm de commisso quærebatur ob factam alienationem irrequisito domino, at non etiam cùm de laudimio tractabatur, Cuius scilicet causa nihil habet commune cum causa commissi, à qua distat vsque adeò vt incompatibile sit eodem casu & commisso locum esse & laudimio, Nisi quod & commissum & laudimium ab eadem causa & ratione dependet, iuris scilicet feudalis vel emphyteutici. Rursum quid obsecro interest, an emphyteuta ipse rem suam vltrò alienet, An verò iudex in executione iudicati vt satisfiat victori cui emphyteuta fuerit condemnatus? Tritum enim est quod sæpius monuimus factum iudicis esse factum partis, & ab ipso emphyteuta videri venditum quod in eius odium & inuito eo venditum est à iudice iudicatum exequente. *Ex l. 1. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Vnde est quòd si res illa in executione iudicati vendita postmodùm euincatur, actio de euictione non contra iudicem qui vendidit, danda est, neque contra creditorem cui soluta fuit pecunia, sed contra debitorem condemnatum cui ea solutio proficit, quique ex ea solutione liberatus est *l. si ob causam 13. Cod. de euiction.* Et verò si alienandi necessitas excusaret acquisitorem à laudimij præstatione Consequens esset nunquam futurum apud nos vt ex rei feudalis venditione laudimium vllum deberetur, Cùm vt benè Amedeus quoque obseruauit, ex antiquis Principum nostrorum decretis & statutis prohibita districtè sit omnis feudorum alienatio nisi quæ facta sit non modò ex subsistente causa necessaria, sed etiam non extantibus bonis allodialibus ex quorum alienatione satisfieri potuerit necessitati. Quod non tantùm habere locum debet si res feudalis à vassallo ipso vendita sit, sed etsi à iudice iudicatum exequente vt creditori satisfaciat. Alioqui facile inuenta erit ratio fraudandi statuti, & feudi quoque alienandi etiam extantibus bonis allodialibus si sufficiat iudicis authoritate fieri alienationem.

Quemadmodum licèt in specie dissimili argumentatur Vlpianus *in l. magis puto 5. §. si pupillus D. de reb. eor. qui sub tutel.* Semper enim patietur vasallus se condemnari vt in bona etiam feudalia iudicati executio fieri possit. Nec sanè inter hos casus quicquam interest nisi quòd interueniente iudicis authoritate vendit vassallus feudum inuitus quod alioqui fortassis non venderet volens, Iudicium namque in inuitum redditur *l. inter stipulantem 83. §. 1. D. de verbor. obligat.* Quis verò ferat vt in iudiciis potiùs quàm in emphyteutæ, aut vasalli potestate sit ius domini lædere, aut diminuere, siue quod ad feudi alienationem pertinet, siue quod ad impediendam laudimiorum obligationem. Quid enim aliud hoc esset, quàm inde nasci occasionem iniuriæ vnde iura proficisci debeant? Contra *l. meminerint 6. Cod. vnde vi.* Aut quid verius, quàm quod vulgò iactari solet, Iuris executionem iniuriam habere non debere *l. iniuriarum 13. §. 1. D. de iniur.* Quod & ante nos benè obseruauit Baldus *consil. 306. incip. annuatim volum. 1* & post eum Andr. Tiraquell. *de retr. gentilit. ad §. 3. gloss. 14. numer. 54.* Vbi addit ille aliam rationem, quòd tùm quoque cùm ex causa & necessitate vrgentis æris alieni fit venditio necessaria, contrahendi tamen æris alieni causa vt plurimùm est voluntaria cum nemo nisi volens æri alieno se obstringat *l. qui in aliena 6. in princip. D. acquirend. hered.* Vnde fiebat olim ex lege 12. tabul, vt qui ingens æs alienum contraxerat cui ex soluendo par non esset, creditoribus suis manciparetur in partes & frustra discerpendus, quòd posset ei imputari cur se vltrò in eam necessitatem coniecisset, quamuis testetur A. Gellius ad terrorem potiùs quàm vsum eam legem fuisse conscriptam, nec vnquam obseruatam: Neque lex distinguebat, an ex causa necessaria contractum esset æs alienum, an ex voluntaria quoniam tùm quoque cum eius contrahendi necessitas subest, voluntate tamen contrahitur, quia hoc maluisse videtur, vt *in l. si patre cogente 22 D de rit. nupt. l. si mulier 21. §. vltim. D. quod met. caus.* nec vnquam parcendum est qui se vltrò in necessitatem coniecit, quam præuidendo & prouidendo anteuertere ac impedire potuerit *l. 2. §. si quis tamen D. si quis caution.* Vniuscuiusque enim rei causa & origo semper spectanda est, tanquam à qua totius negotij effectus & euentus pendeat *l. si procuratorem 8. in princip. D. mand. l. si filius familias 18. D. ad Senatusc. Maced. l. 1. §. si seruus depositum D. depos.* Vix itaque alienatio vlla inueniri poterit necessaria cui non aliquod voluntatium alienantis factum causam dederit. Qua ratione dicimus, Prohibita generaliter alienatione siue legis, siue testatoris prohibitio sit, siue etiam per contractum facta prohibitam censeri pignoris quoque dationem *l. vltim. Cod. de reb. alien. non alienand.* quia licèt certum sit per traditionem pignoris nullam fieri alienationem, Cùm alienatio non sit nisi cùm transfertur dominium *l. 1. Cod. de fund. dotal.* quod porrò nunquam transfertur ex causa pignoris *l. pignori 13. D. de vsucap. l. 1. §. cùm prædium & pass. D. de pignor.* tamen per mediam causam pignoris tandem ad alienationem peruenitur, cum sit pignus inutile, quod vendi non potest vt ex eius pretio satisfiat creditori *l. 4. D. de pignor. act. l. mulier 11. & tot. tit. Cod. de distract. pignor.* Sed etsi poneres aliquam ab initio fuisse causam necessariam contrahendi æris alieni, vt facias alienationem omnino necessariam initio quoque inspecto, Nunquam tamen facies vt non sit voluntaria acquisitio ex parte emptoris cùm nec emere, nec alio titulo acquirere quisquam cogatur *l. nec emere 16 Cod. de iur. delib.* Contractus enim omnes licèt ex postfacto sint necessitatis, ab initio tamen sunt voluntatis, maximè verò ex parte acqui-

sitoris

storis *l. sicut. 5. Cod. de oblig. & action.* Nam neque lex vnquam acquirit inuito, licèt acquirendi ius & facultatem, plerunque inuito deferat, vt in hæreditatibus & legatis cernere est *leg. ei qui* 13. *D. de condic. instit. l. 4. & pass. D. de acquiren. hæred.* Et duo ferè tantùm casus sunt in quibus acquiritur inuito, Scilicet ex stipulatione serui etiam vetante domino stipulantis *l. seruus vetante* 62. *De verbor. obligat. l. etiam inuitis* 32. *De acquir. rer. domin.* Et per solutionem ab alio factam nostro nomine aut quod effectu idem est si alius pro nobis etiam inuitis iudicium acceipiat *l. soluendo* 39. *D. de negot. gest. leg. solutione* 23. *D. de solut.* Atqui laudimium quod ex alienatione debetur domino, non debetur à venditore quem fingimus omnino necessariam vendendi causam habuisse, sed ab emptore qui semper voluntarius est, tùm quoque cùm affectio vel opportunitatis vel vicinitatis, vel cœli, vel quòd illic educatus sit, vel parentes sepulti, aut quid aliud simile pellicit emptorem ad emendom, vt *in l. 1. § & alios videamus D. si quidin fraud. patron.* Inuitant enim ista & alliciunt, non cogunt. Nulla igitur ratio est propter quam dicendum sit, Ex venditione quantumuis necessaria laudimium domino non deberi ab emptore cuius est non venditoris laudimium soluere, & qui nullam acquirendi necessitatem potest obtendere.

ERROR IV.

Si laudimium ex diuisione inter cohæredes vel alios condiuisores facta petatur.

Distinctio illa interpretum quæ superiore capite à nobis relata & refutata est circa feudales & emphyteuticarias alienationes, an voluntariæ sint, an necessariæ, sicuti & erronea & communiter approbata est, ita plerisque & quæstionibus & erroribus causam dedit. Ac primùm in quæstione illa quam plerique proponunt, Vtrum ex diuisionis contractu laudimium aliquod debeatur. Nec enim desunt qui putent deberi, Ex ratione illa quòd diuisio qualibet speciem quandam alienationis in se contineat cùm faciat vt vnusquisque ex condiuisoribus partis suæ fiat dominus in solidum cuius non erat antea nisi pro parte, Vnde fit si duorum pupillorum communia sint aliqua prædia neuter eorum possit alterum ad diuisionem prouocare, adeóque nec eorum tutores. Non alia de causa quàm quòd omnis alienatio his interdicta *l. si pupillum* 7. *D. de reb. eor. qui sub tutel.* Nam & diuisionem prædiorum vicem emptionis obtinere dicimus *l. 1. C. commun. vt. iudic.* Cur non ergo, inquiunt ex diuisione perinde atque ex venditione, & alia qualibet alienatione laudimia debebuntur? Etsi verò receptissima in contrarium sententia est interpretum eaque verissima, Ex diuisione laudimia nolla deberi, vt testatur Amedeus à Ponte *quæst. laud.* 25. post Bart. Bald. Castr. & alios *in l. & ideò D. de condict. furt.* Illi tamen ipsi qui verè sentiunt falsis rationibus mouentur, nec ad contrariæ opinionis rationem benè respondent. Mouentur enim quòd & emphyteusis & feudum possit diuidi sine consensu domini & eo irrequisito. Ex not. *in cap. 1. § præterea Ducatus De prohib. feud. alien.* per Feder. & per Alex. *cons.* 180 *num.* 3. *vol.* 2. Bron. *cons.* 273. *col.* 4. vbi addit non tantùm ignorante & irrequisito domino posse hanc diuisionem fieri sed eo quoque inuito Iason *l. 1 si in num* 48. *Cod. de iur. emphyt.* Item quòd diuisio non sit propriè alienatio ex Nou. 112. *De litigios. in princ.* Aut si alienatio est, portio tamen vnius succedat loco alterius. Denique quòd vt maximè alienatio sit, necessaria tamen est, cùm nemo inuitus in communione remanere cogatur *l. vlt. C. commun. diuid.* non magis quàm incidere in communionem *l. si non sortem* 26. *§. si cent. D. de cond. ind.* propter discordias quas materia communionis excitare solet *l. cum pater* 77. *§. dulcissimis De leg. 2. l. in re communi* 26. *D. vrba. præd.* Atqui iam suprà ostendimus, Quoties quæritur an ex alienatione aliqua laudimium debeatur, non illud inspiciendum esse, an fieri possint sine consensu domini, quæ inspectio eò tantùm pertinet ne possit videri res in commissum cecidisse ob id solùm quod vassallus vel emphyteuta irrequisito domino rem alienauerit. Sed hoc duntaxat, Verum dominium rei feudalis vel emphyteoticæ translatum sit in nouum possessorem, quod certè per diuisionem quamlibet contingit. Ideóque nec negari potest, quod aduersarij obijciunt, Diuisionem esse alienationem, cùm alienatio sit omnis actus per quem dominium transfertur *l. 1. Cod. de fund. dotal. l. alienationis* 28. *De verbor. signif.* Neque verò contra scriptum est *in dict. Nouell.* 112. *De litigios. cap.* 1. Sed hoc tantùm quod nemo negauerit, Cùm res litigiosæ ad plures eiusdem possessoris hæredes perueniunt, non esse prohibitam inter eos ipsarum diuisionem, Quasi inter eos rei litigiosæ alienatio facta dici possit. In quo tamen ratio dubitandi alia non erat, quàm quòd diuisio sine alienatione fieri non possit: Sed decidendi hæc fuit, quòd diuisio rei litigiosæ non possit videri alienatio rei litigiosæ cùm per eam non mutentur personæ possessorum. Ideò namque duntaxat prohibita est rei litigiosæ alienatio ne facto & dolo possessoris nouus actori obijciatur aduersarius, quæ res non fit sine damno & incommodo magno actoris, tùm quoque cùm nec in potentiorem facta est alienatio, nec iudicij mutandi causa, vt *in 7 tt. Cod. ne lic. poten. & Tit. De alien. iudic. mut. caus. fact.* Cæterum inter cohæredes ipsos diuisio fieri non potest quin fiat alienatio, id est quin alter in alterum partem suam alienet, quam in re communi habebat. Neque bona nostrorum fide sponsio illa est quam afferunt ex Pauli Castrensi *in l. cum hi* 8. *§. si vnus D. de transact.* quòd in diuisione portio vnius succedat in locum alterius. Non enim ideò minus verum est partem quæ erat vnius factam esse partem alterius, quod sufficit vt alienatio verè facta dici possit. Alioqui nulla ratio est prohibendæ diuisionis inter pupillos eorúmve tutores cùm non sit pauperior pupillus qui partem suam diuisam habet quæ antea erat indiuisa Quòd verò idem nostri addunt, Diuisionem esse alienationem necessariam, minùs ad rem pertinet, Cùm sicor nemo inuitus manere in communione cogitur, vt diximus, Ita neque ad diuisionem socium prouocare quisquam cogatur. Nulla igitur necessitas subest faciendæ diuisionis saltem ex parte prouocantis. Qua de causa sunt qui distinguant inter prouocantem & prouocatum, Vt prouocans ad diuisionem debeat laudimium quia ex eius parte non sit alienatio necessaria, prouocatus verò non debeat, quòd ex eius parte alienatio necessaria sit. Quod tamen ridiculum est. Cùm enim par & æqualis fiat inter diuidentes translatio dominij, dicendum est aut vtrumque ad laudimij præstationem obligatum esse, aut neutrum: Nec refert vnquam vter prouocauerit nihil cum de hoc ipso quæritur an prouocandi ius habuerit is qui prouocauit putà an pupillus aut minor annis viginti quinque fuerit, an maior *d. l. si pupillorum.* Quæ igitur afferri ratio poterit ob quam dicendum sit, Ex diuisione laudimium nullum deberi? illa ipsa, ni fallor, propter quam diximus, res litigiosæ diuisionem non esse interdictam, quamuis verè sit alienatio. Nempe quòd per eius-

eiusmodi alienationem licèt mutetur causa dominij, attamen neque mutantur personæ possessorum, neque pristinum dominium noui accessione vlla ex parte augetur, sed tantùm partes quæ anteà non nisi iuris intellectu consistebant, diuisione corpore consistere incipiunt, vt Papinianus loquitur *in l. Maximus 66. §. duorum de legat.* 2. Porrò mutatio possessionis sola illa est quæ laudimij obligationem inducit, vt hoc commodum habeat dominus pro eo incommodo quod sentit, hoc ipso quo alium possessorem ac emphyteutam admittere cogitur, & quidem etiam inuitus hodie. Cur ergo ex diuisione siue inter cohæredes, siue condiuisores facta laudimium debeatur, cùm iidem prorsus sint domini & possessores qui erant anteà, adeóque pro iisdem dominij partibus? Differentia enim tantùm illa est, quòd ante diuisionem possidebant singuli rem totam & quidem iure dominij, sed pro sua quisque parte indiuisa: Post diuisionem verò regionibus factam, cœpit vnusquisque habere partem suam & dominij & possessionis ab altera diuisam ac separatam. Deniq; facit diuisio vt vnusquisque condiuisorum, licèt non minorem tamen minùs latè patentem habeat portionem in re communi quàm quæ ad eum anteà pertinebat. Cùm igitur nihil noui acquirat, causa nulla est cur ad laodimij præstationem obligetur. Quandoquidem in nullo facit conditionem suam meliorem nisi quòd socium ampliùs nullum habet ac proinde liberiorem de sua parte disponendi potestatem nactus est, cùm anteà prohiberi posset per socium ne quid eo inuito faceret in re communi *l. Sabinus* 28. *D. commun. diuid.* Illa etiam ratio mihi accommodatissima videtur, nec minùs vera & germana, quam tamen ex interpretibus nemo adducit, quòd quæ dominij translatio fit per diuisionem non tam fit potestate traditionis aut aliquo facto condiuisorum, quàm authoritate legis 12. tab. id est per adiudicationem ab arbitrio factam qui vnus est ex modis sex acquirendi iure Quiritium dominij à traditione distinctus & separatus. Nec minùs efficax quàm sic traditio facta ex iusta causa præcedente, aut sæpius iam à nobis suprà dictum est ex Vlpiano *Tit. 19. De acquisit. rer.* & Iustiniano *in §. vltim. Instit. de offic. iudic.* Atqui non debetur laudimium ex qualibet translatione dominij, sed ex ea tantùm, quæ fiat per traditionem, & facto ac voluntate alienantis, atque ita debet accipi quod scriptum est *in dict. l. vlt. C. de iur. emphyt.* Alioqui dicendum esset, Etiam ex acquisitione hæreditatis aut legati per quam dominium acquiritur hæredi aut legatario laudimium soluendum esse: quod tamen nemo verè vnquam dixit, quia licèt in ea acquisitione factum aliquod legatarij vel hæredis interuenire necesse sit, ad declarandam voluntatem extra causam suorum vel necessariorum hæredum, lex tamen illa est quæ dominium quod fuit defuncti transfert recta via in hæredem & legatarium nulla interposita persona, nullaque possessionis apprehensione *l. 1. D. de public. in rem actio. l. cum hæredes 23. D. de acquir. possess. leg. cum pater 77. § surdo l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titia 64. ad fin. D. de furt.* Nec ad rem pertinet si quis subtilior obiiciat, Legem non minùs esse proprium modum transferendi iure Quiritium dominij à traditione distinctum ac separatum quàm sit adiudicatio, ac proinde non esse potestati legis tribuendum quod fiat vi & potestate adiudicationis, non magis quàm quod fiat vi & potestate traditionis. Cùm in cæteris omnibus modis per quos dominium ex iure Quiritium transfertur, legis quoque auxilium necessarium sit, tanquam quæ ipsa existat domina & regina omnium rerum quæ sunt in republica *l. 2. D. de leg.* Nam illud quidem verum est, tùm dici dominium transferri per legem, cùm persona nulla interuenit ad illud transferendum, vt accidit in hæreditate & legato. Interuenit enim voluntas hæredis aut legatarij non ad transferendum dominium sed ad acquirendum, Ne scilicet acquiratur hæreditas aut legatum inuito: At in adiudicatione præter potestatem legis interuenit etiam factum iudicis adiudicationem facientis, ideóque nimirum constituit adiudicatio distinctum & separatum à lege modum transferendi dominij, sed qui tamen legis potiùs quàm hominis factum & potestatem habet pro causa. Iudex enim & arbiter diuisorius siue in iudicio Familiæ erciscundæ, siue in iudicio Communi diuidundo datus sit, non hominis factum supplet, id est condiuisorum sed legis duodecim tabularum quæ duo illa iudicia induxit, ne quis inuitus in communione manere cogeretur, quòd ea res maximè ad publicam vtilitatem pertinere videretur, cuius potissimùm interest, nullam si fieri posset, inter ciues relinqui materiam litium & discordiarum, quæ tamen ex communione non infrequenter nascuntur. Supplet aliquando lex & repræsentat factum hominis, vt cùm seruum qui intra certum tempus manumitti debuit si non sit manumissus habet pro manumisso, vt *in l. 2. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien. l. 3. D. qui sine manum. ad libert. peruen.* [illegible] *ed si* 10. *D. de in ius voc.* aut consensum qui præstari debuit, pro præstito, vt *in l. si ego 9. §. si res D. de iur. dot.* si tamen is locus Triboniani non est potiùs quàm Vlpiani, vt alio loco monuimus. Aut denique traditionem pro facta, vt *in l. eius rei 46. cum seq. D. de rei vindic.* Sed interdum etiam accidit vt homo suppleat factum, vt ita dicam & potestatem legis, Vt euenit in adiudicatione quæ fit per arbitrium Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo, quia cùm adiudicatio nulla fieri possit aut debeat, nisi præcedente & interueniente arbitrio, (quod quoniam ex facti circumstantiis pendet semper incertum est, ideóque per legem fieri nunquam potest,) cogitur lex ob eam causam factum arbitri requirere & implorare, vt quod lex ipsa facere non potest, faceret tamen si posset, arbiter faciat, authoritate tamen legis quoque interueniente sine qua nullum certè ius habere posset arbiter transferendi in vnum ex condiuisoribus dominium quod esset alterius, & quod ipse non haberet. Vnde fit vt extra hunc casum adiudicationis faciendæ per iudicem in tribus illis iudiciis Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum de quibus solis agitur *in d. §. vlt. Inst. de offic. iud.* nunquam verum esse possit, quod volunt interpretes, Ex sententia iudicis, dominium ipso iure transferri, vt hac ipsa Decade ostendemus.

ERROR V.

De diuisione per licitationem facta.

QVæ proximo capite diximus ostendunt quàm imperitè faciant interpretes nostri, cùm in illa quæstione, An ex diuisione laudimia debeantur distinguunt diuisionem ab adiudicatione. Sic enim ratiocinantur, vt ex diuisione laudimium minimè debeatur, At ex adiudicatione debeatur. Ideò, inquiunt, quòd diuisio sit alienatio necessaria: At non sit necessaria adiudicatio. Ita Gabriel. *cons. 84. num 4. & 10.* quem refert & sequitur Amedeus à Ponte *quæst. 25.* vbi ex hoc infert, si adiudicatio non sit voluntaria sed necessaria, vt puta in re quæ commodam diuisionem non patiatur, laudimium ex ea adiudicis

iudicatione nullum deberi ab eo cui adiudicata sit res indiuidua, & qui ex licitatione partem condiuisoris emerit, vt *in l. ad officium 3. Cod. commun. diuid.* quòd hoc casu necessaria adiudicatio sit. Quomodo à Senatu Parisiensi iudicatum fuisse idem refert *quæst. 26. in fin.* post Ioannem Paponium in syntagmate Arrestorum *lib. 13. Tit. 2. §. 22.* ex Paul. Castr. *cons. 144. incip. Dubium videtur facere vol. 1.* Ego verò neque sententiam hanc, neque sententiæ rationem probare possum. Etsi enim cùm diuisio per licitationem fit, necesse est subesse necessitatem aliquam quæ impediat ne aliter diuidi commodè res possit, quoniam licitationis remedium extraordinarium est & habet in se aliquid iniqui *l. nam ad licitationem 6. D. famil. erciscund.* Vel ob id maximè quod per hoc remedium is qui præ inopia fortassis non potest licitatione vincere, partem suam inuitus quodammodo vendere, qui verò vincit, partem socij emere cogitur, contra iuris communis regulas *l. nec emere 16. Cod. de iur. delib. l. sicut 5. Cod. de obli. & action.* Non est tamen bona ratio, vt eo minùs laudimium debeatur, quod necessaria sit alienatio, quemadmodum superiore capite probauimus. At neque verum est magis necessariam esse hanc alienationem quàm quæ in qualibet diuisione fit per adiudicationem siue licitatione: Est enim necessaria ex parte tantùm iudicis, qui aliter facere non potest quam quod eum facere lex iubet, id est ad diuisionem procedere, Sed non ex parte licitantium, cùm in licitatione nec vincat, nec vincatur, nisi qui aut vinci velit, aut vincere. Quod enim licitari coguntur, parum est, cùm possit licitatio vel ab vno nummo incipere *l. si vsusfructus 66. D. iur. dot.* nec sicut licitari ita & vincere quisquam ex condiuisoribus cogatur. Atque ita esse vt diuisio quæ fit per licitationem non eò magis sit alienatio necessaria, ex eo manifestè apparet, quod cùm ad licitationem peruenitur, etiam extraneus ad licitandum admittitur *dict. l. ad officium 3. Commun. diuid.* in postremis illis verbis *nonnunquam ad licitationem etiam extraneo emptore admisso maximè si se non sufficere ab iusta pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licitantem profiteatur.* Cui simile est quod *in l. 1. eod. tit.* scribitur in hæc verba *& ea actione aut vniuersum prædium si licitatione viceris, exsoluta socio parte pretij obtinebis. aut pretij portionem si meliorem alius conditionem obtulerit consequeris.* Non enim dixit, *si meliorem socius conditionem obtulerit*, sed *si alius*, vt intelligamus pretij quidem partem non nisi socio qui licitatione victus est præstari posse. Sed eum qui licitatione vicerit, quamuis extraneus sit, totum pretium iis debere quibus res communis fuit. Atqui nemo dixerit, admisso ad licitationem extraneo qui vicerit, necessariam esse acquisitionem. Quis enim cogebat eum ad licitationem accedere, tantùmque pretium offerre. Nec igitur negari potest obligatum eum esse ad præstandum laudimium: neque, vt puto, hoc quisquam negat, cùm nouus emphyteuta sit is, qui hodie rem feudalem, vel emphyteuticam possidet, nec possit videri ex diuisione rem possidere extraneus qui non fuit ex condiuisoribus, quique ex sola licitatione rem habet, quamuis diuisio licitationi causam dederit. Porrò si admittas ex huiusmodi licitatione deberi laudimium ab extraneo. Quæro cur non debeatur etiam ab vno ex condiuisoribus, qui in licitatione victor fuerit, siue is condiuisorem solum, siue etiam extraneus vicerit? Quid enim refert domini vt euincat, an vnus ex condiuisoribus, an extraneus aliquis? An ob id fortasse minus iuris habet ad petendum laudimium, quod condiuisor non extraneus licitatus sit & vicerit: Quasi verò persona emptoris locum facere debeat laudimio, ac non potiùs ipsa alienatio. Hoc verò si ita esset, dicendum foret permittendam non esse licitationem rei communis inter condiuisores solos ignorante domino, multóque minùs eo inuito, vt esset in ipsius arbitrio quærere & inuenire emptorem extraneum qui posset licitatione vincere, ne laudimij consequendi spes ei auferretur. Quidni enim illi concederemus id quod sine condiuisorum dispendio, imò vtriusque compendio futurum esset? *arg. l. in creditore 38. D. de euict.* At falsum est exigendum esse consensum domini ad licitationem rei communis: Non enim magis exigitur, quàm ad diuisionem sine licitatione faciendam: Neque verò extraneus hoc casu omnimodo ad licitationé admittendus est etiamsi maximè dominus velit, sed tunc tantùm cùm alter ex condiuisoribus profitetur se non sufficere ad iustum pretium offerendum, vt scriptum est *in dict. l. 3. Cod. commun. diuid.* Qua de causa non improbabiliter meo iudicio quis dixerit, Postquàm extraneus postulante vno ex condiuisoribus ad licitationem admissus est, non esse ferendum eum qui extraneum admitti petiit, si rursum licitari velit vt vincat extraneum, sed relinquenda licitationis æmulatio est inter alterum condiuisorem, & extraneum, Nisi quòd cessante victóque extraneo non est prohibendus condiuisor qui extraneo admittendo causam dedit, quominùs licitetur adhuc, & condiuisorem vincat, si possit: Cùm vtriusque condiuisoris intersit crescere pretium rei per licitationem, vt tantò plus eorum quisque pro sua parte ferat. Vtcumque sit, certum est extraneum qui ad rei communis diuidendæ licitationem admissus sit si vicerit laudimium præstare domino debere. Idem igitur & in condiuisore qui per licitationem vicerit, dicendum est, cùm vtroque casu eadem ratio locum habeat, pro domino, quòd is qui per licitationem vicit, verè emptor sit, neque ex diuisionis, sed ex emptionis causa rem possideat. Quòd si ad laudimium impediendum ratio illa esset bona, quam interpretes afferunt, quòd licitatio, & adiudicatio quæ ex licitatione fit, ex necessitate fiat, eáque alienatio necessaria sit magis quàm voluntaria, Dicendum esset eâdem penitus ratione, Nec laudimium vllum peti posse ex venditione quæ facta sit in executione iudicati per iudicem postulante actore qui vicit. Cùm hæc quoque venditio ex vtraque parte tam eius qui vicit quàm qui victus est perinde necessaria videri possit, Non volente eo qui victus est victori satisfacere ac parère iudicato, Et vicissim non valente eo qui in lite superior fuit, exequi iudicatum nisi captis distractísque pignoribus. Attamen hoc etiam casu laudimia deberi iam suprà diximus & probauimus, eóque iure nos vti nemo est ex pragmaticis nostris qui nesciat. Neque tantùm si extraneus ille sit qui emit, qui casus nullam penitus habet dubitationem cùm ex eius parte emptio sit merè voluntaria, sed etiamsi creditor ipse quo postulante fit executio iudicati. Hoc enim sæpius euenit, vt pro quantitate debiti quæ iusti pretij vice oblata sit, victori res addicatur, nullo alio existente emptore qui aut tantundem, aut plus auferat *l. 2. Cod. si in caus. iudic. pign. capt. sit* iunct. *l. cùm bona 16. De reb. author. iudic. possid.* aliàs *l. 3. De priuileg. credit.* Et tamen multò magis necessaria videri deberet hæc alienatio, Cùm victor idémque creditor qui iudicati executionem vrget, alio nullo emptore existente aut existente quidem, sed minus pretium offerente, non solùm ad licitationem admitti possit, sed etiam alterius cuiuslibet emptoris vice & *ex offic.* pignus in causa iudicati captũ emere debeat, Vt habet verba *dict. l. 2. Cod. si in caus. iud. pign. cap. sit.* Ex quibus inferri posse videtur, esse hanc non modò alienationem, sed etiam acquisitionem necessariam, quòd non possit victor recusare quominùs hanc

ipsam viam sequatur quam elegit ad debiti sui solutionem consequendam, vt *in l. similiter 21. §. vlt. D. quod met. caus.* Præsertim ne alioqui maneat inanis & elusoria sententia cuius vigor totus in iudicati executione consistit *l. pen. Cod. de execut. rei iudic.* Aut ut fiunt de lite lites, si non in executione iudicati capta pignora omnimodo distrahantur *l. 4. §. ait Prætor l. a Diuo Pio 15. §. si pignore & pass. D. de re iudic.* Neque tamen quod hæc & alienatio & acquisitio necessaria sit, facere potest vt eo minùs laudimium debeatur, siue extraneus emerit, siue ipse creditor, quia emit, ex officio quidem, id est vt ego interpretor ex necessitate, sed vice tamen extranei emptoris. Ergo & laudimium debet quisquis rem communem quæ diuidi commodè non poterat per licitationem emit, non magis si sit ille vnus ex conduisoribus, quàm si extraneus, Nulla namque inter hos casus differentia est, Nisi quòd cùm rei rei communis licitatio pro diuisione fit extraneus non nisi ex necessitate ad licitationem admittendus est, & ita demùm si vnus ex conduisoribus diffidens suis facultatibus extranei auxilium implorare cogatur, ne alioqui aduersarius vincat viliore quàm par sit pretio *dict. l. ad officium 3. Cod. commun. diuid.* In distractione verò pignoris quod in causa iudicati captum sit, extraneus prior ad licitationem admittitur. Victor verò non aliter quàm si vel nullus se offerat extraneus ad licitandum, vel se quidem aliquis offerat, sed qui iustum pretium offerre nolit *dict. leg. 2. Cod. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Sed hæc differentia diuersitatem iuris inducere non potest quominùs æquè vno casu atque altero laudimium debeatur domino, cuius fuit res feudalis vel emphyteuticaria, quæ per licitationem distracta est. Maiórque ratio subesse videtur vt dicamus deberi ab eo ex conduisoribus qui licitando vicit, quàm vt à creditore, qui in iudicati executione comparauit, nullo se offerente extraneo emptore aut offerente se quidem sed viliore pretio rem ambiente: Debetur sanè certiùs & efficaciùs priore illo nostro casu quàm posteriore. Qui enim ex conduisoribus in licitatione vicit is rem communem acquirit sibi non modò in solidum sed etiam irreuocabiliter: Qui verò in executione iudicati, habet quidem rei dominium statim & ex instanti ipso addictionis quã pragmatici nostri expeditionem vocant, idque authoritate Statuti quod ex ea causa luctum fructuum à die illo expeditionis emptori tribuit, sed tamen reuocabilitee, cùm siue luendi pignoris siue redimendæ rei venditæ ius superfit debitori restituto emptori quisquis ille sit pretio subhastationis & veditionis publicæ contra sex menses. Et quidem ob hoc ipsum ne laudimia priùs debeantur quam semestre illud præterierit, ne miset debitor eorum præstatione ac restitutione oneretur si paratus sit pretium reddere intra tempus constitutum cum legitimis accessionibus. Quod si qua esset ratio, propter quam dici oporteret nullum ex diuisione per licitationem facta laudimium deberi. Petenda illa esset non ex necessitate licitationis, sed ex eo, quod licitatione facta, fit adiudicatio res ei qui licitatione vicerit vt constat *ex l. item Lab. 22. §. 1. & l. 55. D fam. ercisc.* Semper. n. adiudicatio necessaria est cùm agitur inter conduisores solos. Ex adiudicatione autem vt diximus, quoniam legis potestate dominium transfertur nulla laudimia debeantur: Sed neque ratio hæc satis bona esse videtur, quia cum ad licitationem deuenitur etsi fit adiudicatio tamen ex emptionis potiùs quam ex diuisionis causa rem totam sibi possidet qui vicit licitatione, quisquis ille sit, hoc est siue conduisor, siue extraneus, Maximè verò si extraneus. Quis enim dicat extraneo qui ad licitationem admissus fuerit & viceris faciendam esse aliquam adiudicationem ab arbitrio qui neque ab eo petitus, neque pro eo datus sit sed inter solos conduisores? Neque verò negari potest, quin factum aliquod interueniat hominis quoties per licitationem res expeditur, Nec sola legis potestas transfert hoc casu dominium, sed traditio, quæ post licitationem necessario fieri & sequi debet, vt in qualibet alia emptione. Quid enim aliud licitatio quam vera emptio est? Nimirum si agatur de extraneo. Nam in conduisore aliud est, & in eum transferri potest dominium sine traditione per adiudicationem, quę ad hoc non solùm vtilis, sed etiam necessaria est. Sed non impedit adiudicatio quominus licitatio faciat emptionem etiam in persona conduisoris, in qua mutatur certa causa possessionis, licèt de titulo dubitari magis possit, quasi diuisionis titulus etiam post licitationem durer initio scilicet inspecto, vt *in l. 3. §. sed in fi. De minor. l. si procuratorum 8. in princ. D. mandat. l. 1. § si seruus D. depos. l. si tantum 12. D. de SC. Maced.* Laudimium igitur omni casu debetur ab eo qui licitatione vicit siue extraneus sit siue vnus ex conduisoribus, Sed cum hac tamen differentia quod ab extraneo debetur solidum quia solidam rem acquisiuit, nouúsque pro re solida possessor est. A conduisore verò non debetur nisi pro parte quæ fuerat alterius conduisoris quoniam non nisi eam partem per licitationis victoriam sibi acquisiuisse intelligitur, nec mutatur causa dominij & possessionis nisi pro illa parte cùm antea iam esset idem dominus & possessor suæ portionis. Non potest autem deberi laudimium nisi à nouo possessore & quatenus possessor nouus est.

ERROR VI.

Si diuisio sit facta sit vt vnus totam rem feudalem vel emphyteutam habeat, alius verò totam allodialem.

ALiquando accidit vt arbiter Familiæ erciscundæ aut Communi diuidundo, nequeat sine licitatione diuisionem peragere, Non modò si vna tantum res aliqua sit quæ in diuisionem veniat, & quæ tamen diuidi commodè non possit, quod euenit persæpe in bonis mobilibus quæ non nisi numero diuisionem recipiunt, nonnunquam tamen etiam in immobilibus, vt in specie *l. 1. C. commun. diuid.* (qui casus est à nobis superiore capite tractatus) sed etiam cum plura sunt prædia, quæ singula sine per se indiuisibilia vt *in l. ad officium 3. eod.* Hoc verò cùm accidit facillimè fit vt singula prædia singulos habenc dominos directos, qui laudimium velint consequi, si vni ex cohæredibus aliisve conduisoribus vtraque prædia adiudicentur, facta vt oportet æstimatione cuius partem ii cui adiudicatio fit soluat alteri. Quanquam & in eodem fundo qûantumuis indiuisibili facile potest cótingere vt totus sit feudalis vel emphyteuticarius sed duorum dominorum: Quemadmodum potest etiam euenire, vt pars vna sit feudalis vel emphyteuticaria, & allodialis altera: Quod & in duobus fundis qui alioquin diuidi commodè non possunt, licèt per se non modò diuisibiles sed etiam diuisi iam sint, faciliùs frequentiúsque visuenit. Hæc verò quæstio est quam nunc tractandam suscipimus, si res feudalis vel emphyteutica tota vni adiudicata sit, allodialis aut alteri. An domino laudimium debeat is cui res feudalis, vel emphyteuticaria adiudicata est. Locus autem sit huic quæstioni, non solùm si huiusmodi adiudicatio fiat per licitationem, vt *in dict. l. 3. C. commun. diuid.*

sed

sed etiamsi sine licitatione siue fundi per se singuli commodè diuidi possint, siue non possint, Cùm arbiter ad diuidendum datus illud potissimùm ante oculos habere debeat, quod vtrique condiuisorum magis expedit, vt omnibus æquè consulat *l. item Labeo 22. §. 1. l. si familiæ 55. D. fam. ercisc.* Frequans autẽ nostrorum sententia est, Quoties in diuisione tota emphyteusis vel totum feudum vni ceditur & assignatur (si enim loqui solent pro eo quod prudentes nostri dicerent *adiudicatur*) pro dimidia parte soluendum esse laudimium si modò emphyteusis sit noua, vel feudum nouum. Ita Ferrariens. *in form. libell. pro hæred. vel re singul. diuid.* in verb. *domum vnam.* Aufrer. *ad Decis. Tholos. 75.* Steph. Bertr. *cons. 88. incip. ex casu vol. 1. part.* Tiraq. *De retract. gentilit. §. 1. gloss. 14. num. 77.* Guid. Pap. *quæstio. 46.* quos refert ac sequitur Amedeus noster *dicta question. 25.* vbi rationem huius sententiæ affert, quòd sicuti noua emphyteusis est, quæ à fratribus ipsis acquisita fuit, Ita quòd ad portionem fratris noua est acquisitio. In qua proinde licèt prior consensus domini non sit necessarius ad eiusmodi faciendam diuisionem, cum neque prælationis ius hoc casu locum habere possit, ne alioqui cogantur fratres aut in communione permanere, aut in rem cõmunem domino inuiti vendere quod vtrumque absurdum & iniquum esset *l. vltim. Cod. commun. diuid. l. non enim 9. D. rer. amot. l. si filiofamilias 25. §. maritum D. solut. matr.* Posterior tamen consensus necessarius est & approbatio domini in nouo emphyteuta retinendo. Quemadmodum, inquit Amedeus, solemus dicere in donatione & permutatione, in quibus tametsi de consensu domini ante contractum exquirendo, & de offerendi iure tractari nihil possit, non eò minùs tamen necessaria est domini approbatio vt nouus possessor retineatur: ideò que etiam ex donatione ac permutatione laudimium deberi placet, vt in sequentibus dicemus. Loquuntur autem supradicti Doctores de noua emphyteusi, quia in paterna aliud iuris esse volunt, quòd ex alienatione in emphyteutam vel vasallum facta laudimium nullum debeatur. De quo postea fortasse latiùs dicendum nobis erit. Idem addunt si totum feudum vel tota emphyteusis vni adiudicaretur mediante pretio, Etiam priorem consensum domini requirendum fore ex Francisc. Rip. *ad l. qui Romæ §. duo fratres num. 86. De verb. oblig.* Steph. Bertr. *cons. 112. vol. 1.* Gabriel. *cons. 84. num 4. & 16.* Huiusque differentiæ rationem illam afferunt, quòd licet diuisio sit alienatio necessaria, non est tamen necessaria adiudicatio. Quod aũt his omnibus casibus deberi laudimium, cùm emphyteusis noua est, & feudum nouum, certè verissimum est, & iis maximè consentaneum quæ superiore capite tractauimus. Nam si eo quoque casu quo adiudicatio est necessaria, vt in re quæ commodam diuisionem non patitur, laudimium deberi tamen defendimus, quantò magis illud deberi dicendum est in ea adiudicatione quam interpretes habent pro voluntaria. Nimirum his omnibus casibus pro parte socij quam acquirit condiuisor, qui totam rem sibi habere incipit cuius non nisi partem ante à, fatendum est esse illum nouum dominum nouúmque possessorem nouæ portionis, Quod vnum maximè inspiciendum esse docuimus quoties de laudimio an debitum sit disputatur. Sed ratio quam afferunt quod huiusmodi adiudicatio sit voluntaria non necessaria, facit vt appareat contigisse iis in hac quæstione, quod in aliis plerisque vt casu magis quàm certa ratione verum dixerint. Sic enim sentire debuerunt. In omni diuisione quæ ab arbitrio fiat siue familiæ erciscundæ arbiter datus sit, siue Communi diuidundo necessarium esse adiudicationem, siue per licitationem fiat adiudicatio, siue absque licitatione *d. l. item Labeo 22. paragrapho 1. & seq. & dict. l. si familia 55. D. famil. ercisc. l. communi 7. in princip. & § 1. & pass. D. commun. diuid. l. 1. & 3. C. eod.* Non ob id solum quòd credendum sit bonum & æquum arbitrium nihil melius aut commodius facere potuisse, Verùm etiam quia fieri aliter non potest vt dominium acquiratur ei cui sit adiudicatio, Quomodo enim acquireretur si adiudicatio nulla fieret? An fortè per traditionem? Vnicum si quidem & ordinarium illud remedium est ad transferendum dominium, quoties neque mancipatio, neque cessio in iure, neque vsucapio, neque adiudicatio, neque lex sola dominium transferre potest. Atqui verũ quidem est, partem certam pro indiuiso sicut possideri & tradi & vsucapi posse *l. locus 26. D. de acq. poss.* Sed illud tamen prius esse oportet vt possideatur, quàm vt tradatur vel vsucapiatur At verò iudicium Familiæ erciscundæ, itémque Communi diuidundo non expectat vt cohęredes vel condiuisores possideant. Nihil enim refert an possideant necne *l. 1. §. 1. l. hæredes 25. §. quantùm verò D. famil. ercisc.* Est igitur adiudicatio semper necessaria vt expectata possessione, aut traditione partis indiuisæ dominium transferri statim possit quod alioqui non posset. Non enim arbitro Familiæ erciscundæ vel Communi diuidundo lex 12. tabul dedit potestatem aut tradendi res communes aut imperandi traditionẽ, sed tantùm adiudicationes & condemnationes faciẽdi. Nihil ergo est quod in his iudiciis de traditione facienda tractari possit, cùm actiones istæ descendant ex lege 12. tabul. quæ de adiudicatione tantùm non etiam de traditione locuta est. Tum verò quid si alter ex cohæredibus, qui rem communem aut in solidum aut saltem pro sua parte possideret, tradere illam nollet? Vtique præcisè cogi ad tradendum non posset, cùm traditio sit facti vt toties disputauimus ex *l. consilio 7. §. vlt. D. de curat. furios.* ad factam autem præcisè cogi nemo possit *l. si quis ab alio 13. in fin D. de re iudic.* Proinde eò tandem deueniendum esset vt eum qui tradere iussus esset, nec obtemperare vellet, condemnari oporteret in id omne quod interesset aduersarij, vt fit in cæteris omnibus tradendi & faciendi obligationibus *l. 1. D. de act. empt. l. traditio 4. Cod. eod. l. quoties quis 81. iunct. l. stipulationes non diuiduntur 72. vers. Celsus l. cum stipulatus 113. § vlt. De verb. oblig.* Atque ita fieret vt contra voluntatem arbitri rem communem haberet ac retineret is quem arbiter tradere iussisset, is verò habere non posset cui arbiter tradi datique eam voluisset. Et consequenter vt ille ex condiuisoribus qui totam rem habere deberet ex arbitrio & officio iudicis è contrario partem suam vel inuitus certo pretio vendere cogeretur, quod iniquissimum esset *l. non enim 9. D. rer. amot. d. l. 25. §. maritum D. solut. matr.* Præsertim cùm etiam ante vllam diuisionem rerum communium, vnusquisque sociorum iam sit dominus suę portionis, nec sit necessaria adiudicatio nisi ad transferendum dominium alterius partis quæ pertinet ad condiuisorem. Quæ translatiò nullo condiuisoris facto impediri potest cùm sit per adiudicationem ab arbitro potestatem legis exequente. Falsissimum igitur est quod interpretes sentiunt, Non esse in his iudiciis necessariam adiudicationem. Nec ad rem pertinet si quis obiiciat, Etiam facta adiudicatione perinde futurum vt is cui adiudicatio rei cõmunis facta est cogatur re sibi adiudicata carere, tamque vendere si condiuisor qui eam possidet pertinacior & & peruicacior esse velit in recusãda traditione. Multùm namque interest, an agat condiuisor aut cohęres factus iã dominus per adiudicationẽ, an verò priusquà dominus effectus sit: quia si agat post acquisitũ dominium directa rei vindicatione quę hoc casu sola

competit, nec ei res sua restituatur, poterit ex iuris ratione admitti ad iurandum in litem quòd non sit cogendus rem suam iusto pretio vendere *dict. l. non enim & dict. §. marinum.* Adeóque ex eo iure quod sub Vlpiani nomine Tribonianus inuexit *in l. qui restituere 68. D. de rei vindic.* impetrare vt manu militari possessio conduisori auferatur quod non similiter facere possit si agat antequàm factus sit dominus quia neque iusiurandum in litem neque auxilium illud extraordinarium manus militaris vnquam datur ei qui alienam rem petit aut repetit, sed ei tantùm qui suam, Excepto, quod iusiurandum attinet, casu *l. in actionibus 5. §. planè De in lit. iur.* vt alibi sæpe docuimus. Denique prouidendum fuit per legem 12. tab. vt coheredes exterique conduisores qui iam erant pro sua quisque parte domini rei communis possent nanci per diuisionem & per officium arbitri dominium alterius partis etiam inuito conduisore, si quando ita arbitro videretur, Quod vtique non alio remedio fieri potuit quàm introductio vsu & iure adiudicationis, vt idem Vlpianus noster testatur *in Instit. Tit. 19. De acquisit. rer.* Imò verò tùm quoque cùm regionibus fundum aliquem diuidere vult & potest arbiter, necessaria perinde est adiudicatio vt suæ quisque portionis pro diuisa fieri possit dominus, quamuis esset iam antea pro indiuiso cùm in parte qualibet vel minima singuli habeant suam portionem iuris intellectu quamuis non diuisione corporum, vt loquitur Papinianus *in l. Manius 66 §. duorum de legat. 2.* Sed tamen inter hos casus differentia illa est, quòd in hoc posteriore nulla debentur laudimia quia non mutantur personæ possessorum, quæ tamen mutantur quoties tota res feudalis vel emphyteoticaria quæ antè fuerat cõmunis fit propria vnius in solidum, Licèt alia vicissim detur cohæredi aut conduisori non tantùm si fit illa libera & allodialis, in quo mihi conuenit cum interpretibus, sed etiamsi sit ex eodem feudo vel ex eadem emphyteusi. Hoc enim addo interpretum sententiæ, qui non putant in hac specie laudimium deberi. Et moueor quoniam hoc casu permutatio quædam, etmetsi per speciem & occasionem diuisionis contrahi videtur inter conduisores, *vt in l. sed & si lege 25. §. consuluit D. de petit. hered.* & apertiùs *in l. si filia 20. §. si pater versic. quasi certa lege per mutationem fecerint D. famil. ercisc.* Ex permutatione autem laudimium debetur, vt infrà tractabimus. Tantò igitur verius est quod volunt interpretes, Esse hoc casu necessarium posteriorem consensum, & approbationem domini ad nouum emphyteutam in solidæ rei possessione restituendum qui anteà non erat emphyteuta nisi portionis in vnaquaque re communi: Quæ portio licèt æqui certa & eadem sit cùm adhuc indiuisa est, quæ cùm diuisa *dict. l. locus 26. D. de acquir. poss.* alia tamen fit cùm vnus ex hæredibus aut conduisoribus pro sua parte totam rem aliquam consequitur, & alius aliam similiter totam: quia singulorum corporum causa & dominium inspici debet, Ne alioqui paulatim dicamus si fundus vnus sit de feudo vel emphyteusi Titij, alius verò de feudo vel emphyteusi Sempronij nulla fore debita laudimia neque Titio neque Sempronio: quod euidenter iniquum esset, cùm eorum quilibet amittat hoc casu veterem suum emphyteutam pro parte quam habebat conduisor in re illa communi, & acquirat nouũ, quod sine laudimij præstatione fieri vix vnquam potest Nec sanè credendũ est aut legis duodecim tabularum si de præstandis laudimiis cogitare iam tùm potuisset, aut arbitrorum qui adiudicationes tales fecerint, voluntatem illam fuisse vt directi domini ius læderent, & laudimiorũ præstationem impedirent eo casu quo ex regulis iuris feudalis vel emphyteutici laudimium deberetur. Aliud enim est de conduisorum, aliud de domini directi iure aliquid constituere. Illud planè verum est quod interpretes volunt non esse hoc casu exigendum priorem consensum domini an diuisionem inter exhæredes aliosve conduisores fieri velit & an vel hoc vel illo modo. Cùm lex duodecim tabularum vel vno ex conduisoribus postulante iubeat fieri omnimodo diuisionem, in eamque eausam arbitrum constitui, cuius arbitrio & æquitati totum negotium committatur: Ne sc. cogatur quispiam inuitus manere in communione, vt diximus, & rixarum materiam pati quàm tolli penitus intereft reipublicæ cuius vtilitas semper spectanda est & præferenda priuatæ, Tùm quoque cùm citra alterius aliquam iniuriam fieri id non potest, *vt in l. ita vulner. 51 §. vlt. D. ad leg. Aquil. Authent. res quæ Ced. commun. de leg.* Diuisionis & arbitrij quod ad diuidendum interponitur causa publica, est, Domini directi, priuata. Quæ ratio me mouet vt non æquè etiam probare possim, quod adducit iidem interpretes, si diuisio per officium arbitri fie fiat vt vnus totam rem communem, sibi propriam habeat per adiudicationem, certo tamen pretio, ad cuius præstationem sit ille vicissim condemnatus, (quod fieri necesse est cùm ad licitationem deuenitur, sit tamen interdum etiam nulla interueniente licitatione *dict. l. item Labeo 22. §. t. & l si fam. 55. D. fam. ercisc.* Non modò laudimium deberi, sed etiam priorem cõsensum domini requiri. Quid enim si nollet dominus consentire vt diuisio sic fieret ac ablato eodem pretio rem sibi retinere vellet? An non rectà impediret potestatem legis duodecim tabularum, quæ vtrũque præcipit, Vt & diuisio fiat rerum communium si alter ex conduisoribus in communione perstare nolit, & vt fiat eo modo quem arbiter commodiorem existimauerit, non vt ex domini directi si quis esset, vel ex alterius arbitrio res pendeat. Atqui certum est nihil posse fieri contra leges, nec priuatorum vtilitates & curiositates legum authoritate censeri *l. vltim. D. de suis & legit. Iuris gentium 7. §. ait Prætor leg. contra 30. D. de pact.* Non igitur consensus domini directi exquirendus est ea in re quæ potest fieri ipso quoque inuito *Ex reg. l. qui potest 26. D. de reg. iur.* Neque verò, quod in huiusmodi adiudicatione pretium interueniat facere debet, vt vel conduisores vel arbitri ad diuidendum dati, animum vendendi & alienandi habuisse videantur: Non equidem conduisores, quia non ex eorum voluntate id pendet, sed ex solius arbitri officio & arbitrio, quod etiam in inuitos pronunciatur, vt in aliis omnibus iudiciis euenit quæ in inuitos redduntur *l. inter stipulantem 83. §. 1. De verbor. obligat.* Non etiam, arbiter diuisorius quia non ad vendendum datus est aut ad imperandam venditionem, sed ad diuidendum, & ad faciendam quantùm commodè fieri possit diuisionem. Nec existimandum est statim atque pecunia pro re datur emptionem esse & venditionem, sed illo primum ac ante omnia exigi vt animus adsit & voluntas contrahendæ venditionis ex vna parte, & emptionis ex altera, & vt venditor rem venalẽ habuerit. Sic enim omnino accipi debet quod scriptum est *in l. natural. 5 § 1. D. de præscript. verb.* vt constat ex *l si voluntate 8. Cod. de rescind. vendit. l. 1. Cod de rer. perm.* Pecunia enim datur hoc casu non pro pretio, sed tanquam alia res qualiber, quoniam pecunia cuiuslibet alterius rei vice fungi potest *l. 1. D. cod. l. 1. D. de contr. empt.* Omne pretium consistere necessariò debet in pecunia numerata, sed non omnis pecunia numerata pretium est, ne tùm quoque cùm pro alia re dator *leg. vltim. D. de condict. cauf. dat.* In summa nunquam diuisio emptio est licet

licèt semper verum sit eam obtinere vicem emptionis *dict. leg. 1. Cod. commun. vtriusq. iudic.* Emptio enim contrahitur nudo consensu, Diuisio verò non nisi per adiudicationem si fiat per arbitrum aut per traditionem. Nudum siquidem pactum diuisionis nullius momenti est ad agendum, nisi vel traditione vel stipulatione munitum sit *leg. diuisionis 45. D. de pact.* Vendi etiam aliena res potest, *leg. rem alienam 28. De contr. empt.* Diuidi nisi res quæ communis est & inter eos inter quos communis est non potest, venditio non transfert dominium nisi secuta demùm traditione quæ à domino facta sit, Diuisio autem transfert si adiudicatio facta sit nulla licèt traditione secuta *§. vlt. Instit. de offic. iudic.* Planè quoties saluo iure diuisionis ius quoque domini directi saluum & integrum conseruari potest, dubitari non oportet quin vtriusque ratio sit habenda, Vt euenit cùm de posteriore tantùm domini consensu & diuisionis approbatione, hoc est de solo laudimio præstando tractatur. Nihil enim vetat & diuisionem stare inuito domino directo ad eum modum quem arbiter constituerit, Et nihilominùs laudimium deberi domino si is ea diuisione nouum emphyteutam vel vasallum aut in solidum, aut pro parte accipere coactus sit, Vt si in solidum etiam laudimium solidum petere possit, si verò pro parte, partem, quamuis verum sit neutrum ea condiuisoribus factum esse ea diuisione locupletiorem. Non enim quis aut in quantum fiat locupletior inspiciendum est cùm de laudimiis quæritur, sed tantùm an nouus solidæ rei vel partis emphyteuta accesserit, necne.

E R R O R VII.

De dominio per sententiam solam transferendo

PRæbuit nostris magni erroris materiam quod scriptum est *in §. vltim. Inst. de offic. iudic.* & à nobis vsurpatam sæpiùs est in præcedentibus, Id quod in tribus istis iudiciis Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum alicui adiudicatum est statim eius fieri cui adiudicatum fuit. Inde namque inferre ac probare vulgo solent, Ea sententia iudicis dominium transferri. Quo falsius dici nihil in iure nostro potest? Nec scio an apertior vlla huius erroris probatio afferri possit quàm ex eo ipso §. *vlt.* vbi cùm Iustinianus scribit, In tribus istis iudiciis quod adiudicatum fuerit statim eius fieri cui adiudicatum est, an non ostendit manifestè quod volumus, In aliis ergo iudiciis omnibus aliud esse, nec tantam posse vim esse & authoritatem sententiæ vt dominium rei in iudicium deductæ in alium transferre queat. Quid enim haberent speciale hac parte tria ista iudicia, si ius idem esset in omnibus cæteris? At neque existimandum est in his tribus iudiciis vi & potestate sententiæ fieri vt dominium in vnum ex collitigantibus transferatur. Totum enim id non sententiæ iudicis acceptoferendum est sed potestati adiudicationis, quam voluit lex duodecim tabularum esse vnum ex modis sex acquirendi iure Quiritium dominij. Vt sæpe retulimus ex Vlpiano *in Instit. Tit. 19. De acquir. rer.* Atqui non est locus adiudicationi præterquam in tribus istis iudiciis. Et in cæteris omnibus dicitur iudex tantùm iudicare non etiam adiudicare. Fieri ergo nequit, vt in aliis iudiciis dominium per sententiam transferatur. Error primus ac præcipuus interpretum in hoc tractatu ille est quòd non pronunciationem quamlibet iudicis quæ pro actore fiat habeant pro adiudicatione, puta si quid iudex declarauerit aut meum esse, aut mihi debitum. Eamque loquendi rationem praxis nostra passim retinet vt quoties pronunciatum est & declaratum per sententiam, aut meum, aut mihi debitum esse quod petij, toties id mihi adiudicatum dicatur. Quasi inter iudicationem & adiudicationem nihil distet, si modò iudicetur pro actore & petitore. Quod tamen non ita est, Nunquam enim videas prudentes nostros eo adiudicationis verbo vsos fuisse, nisi cùm de tribus istis iudiciis tractant Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum: Extra quæ si quando posset pronunciatio facta pro actore dici adiudicatio. Maximè id locum haberet in iudicio vindicationis in quo non de alio quæritur, quàm cuius res sit, Et tamen longè aliter Paulus *in l. & ex diuerso 35. §. 1. D. de rei vindic. Vbi autem* inquit, *alienum fundum petij, & iudex sententia sua declarauit meum esse.* Et *in l. si inter me 15. D. de except. rei iudic.* in illis verbis *interest vtrum meam esse hæreditatem pronunciatum sit, an contra.* Et paulò post, *quia eo ipso quo meam esse pronunciatum est.* Et alibi passim *eod. tit.* vbi frequentissima talium pronunciationum mentio fit, & rei iudicatæ, Nunquam verò adiudicationis aut rei adiudicatæ. Et verò si adiudicatio nihil aliud est quàm modus quidam transferendi dominij quomodo fieri potest vt cùm in iudicio vindicationis iudex super facti quæstione, & ante redditum arbitrium pronunciat, Videri rem esse petitoris, videatur hoc ipso rem petitori adiudicare? An non hoc esset agere vt res quæ iam esset petitoris fieret eius magis ac magis? quod ipsum tamen fieri certè nullomodo potest *§. sic itaque Instit. de action. l. non vt ex pluribus 159. De regul. iur.* Nisi fortè vt hunc errorem interpretum tueamur, in alium incidamus, & adiudicationis nomen vsúmque ad eum casum coangustemus quo iudex pronunciauerit petitoris esse fundum, qui re vera erat alienus, vt *in dict. l. 35. §. 1. De rei vind.* Hoc verò nunquam fieri potest nisi per errorem vt constat *ex dict. §. 1.* vbi dicitur debere iudicem in hac specie *eodem errare* de fructibus quoque pronunciare, Et *in l. si per errorem 17. D. de vsucap.* tractat Marcellus de eo, qui per errorem de alienis rebus vt de communibus iudicium Communi diuidundo acceperat, & ea adiudicatione fundum possidere cœperat. Nempe quia, vt superiore capite disputauimus, cùm adiudicatio sit modus transferendi dominij non de alia re fieri potest, quàm de ea cuius dominium transferri in alium possit: quod de re aliena inuito vel ignorante domino nunquam potest contingere. Quis autem admittat, tantam esse debere vim ac potestatem sententiæ per errorem redditæ, vt dominium transferre possit, quod neque per traditionem à vero domino factam si modò per errorem facta esset, transfertur, *l. si ego pecuniam 18. D. de reb. credit. l. 3. § subtilius D. de condict. caus. dat.* Errantis enim voluntas nulla est, nec quicquam consensui tam contrarium quàm error qui imperitiam detegit *l. si per errorem 15. D. de iurisd. l. sed hoc ita 20. D. de aqua & aqua pluu. arcend.* Non sum nescius tantam esse authoritatem rerum iudicatarũ vt etiamsi non modò per errorem & imprudentiam sed etiam quod indignius & intolerabilius est per sordes, aut per gratiam male ac perperam iudicatarũ sit, executioni tamen mandanda sit sententia ne nullus sit litium finis si à rebus quoquomodo dum rite iudicatis sub eo erroris aut iniquitatis prætextu recedere liceat *l. seruo 65. §. cùm Prætor D. ad SC. Trebell. l. si per imprudentiam 51. D. de euict. l. 2. & tot. tit. Cod. de re iudic.* Sed longè aliud est tractare de iudicato exequendo quod per errorem iudicatum sit, Aliud verò eam sententiæ erroneæ vim

tribuere vt dominium statim & ipso iure transferre possit, quod neque iudex habeat, neque is contra quē iudex pronunciat. Idque ita esse apparet euidenter *ex d. l. per errorem 17. De vsucap.* vbi tractans Marcellus de facta per errorem adiudicatione rei alienæ quæ communis esse credebatur in iudicio Communi diuidundo, negat translatum esse dominium, quamuis adiudicatio esset non tam titulus quàm modus habilis ad dominium transferendum, sed per eiusmodi adiudicationem erroneam vult translatam esse duntaxat vsucapiendi causam & conditionem. Vt adiudicatio ex modo transferendi dominij fiat titulus ad vsucapiendum. Ne vsucapio sine titulo procedere videatur *l. Celsus 27. l. penult. D. de vsucap.* alias *l. 3. pro solut.* Quòd si sententia quæ adiudicationem erroneam continet & hanc vim non habet vt dominium transferre possit, Quantò minùs habebit sententia quælibet alia quæ nullam faciat adiudicationem? At statim replicabunt interpretes, Ex quibus causis vsucapiendi tantùm conditio per sententiā acquiritur si res sit aliena, ex iisdem transferri dominium per sententiam si contra dominum pronunciatum sit. Quomodo cùm de traditione tractamus, solemus dicere, Ex quibus causis re à nō domino tradita vsucapiendi conditio quæritur ex iisdē si res à vero domino tradatur, dominium acquiri *l. clamibus 64 D. de contr. empt. l. trad. 20. D. de acquir. rer. domin.* Atqui vsucapiendi conditio per sententiam acquiritur si aliena res per errorem adiudicetur *d. l. si per error. 17. De vsucap.* iunct. *l. Pompon. 13. §. si iussu D. de acquir. poss.* Ergo, inquiunt, si res adiudicetur eius qui sit dominus transfertur dominium Nos verò totam ratiocinationem admittimus dummodò adiudicationis nomen retineatur. Certissimum enim est, eo casu quo facta sit & fieri potuerit adiudicatio dominium ex ea transferri statim & ipso iure si dominus rei fuerit is contra quem facta est adiudicatio, solam verò vsucapiendi conditionem si dominus non fuerit. Sed negamus posse tractari de adiudicatione nisi in supradictis tribus iudiciis, in quibus sunt & alia pleraque singularia *l. in tribus 13. D. de iud.* Negamus in aliis iudiciis sententiam quæ adiudicationem nullam contineat posse transferre dominium si res eius contra quem fertur sententia, quia non potest hoc casu sententia non esse erronea, Nec proinde vsucapiendi conditionem si res non sit condemnati, nisi alius anterior & iustior præcedat titulus ex quo sequi vsucapio possit. Finge possedisse quem bona fide fundum Titij quasi suum ex causa emptionis vel alterius tituli: quem tu siue iustè, siue iniustè cœperis possidere. Nemo dubitat quin potuerit eum vsucapere, & eo nomine Publicianam habere debeat, contra te, si cùm esset in cursu vsucapiendi tu eius possessionem interpellaueris *§. namque Instit. De act. l. 1. & tot. tit. D. de Publ. in rem action.* Quid ergo si iudex datus in actione illa Publiciana, quæ est ex arbitrariis, iusserit te rem illam actori restituere? Arbitrium enim tale præcedere necesse est antequàm ad condemnationem vel absolutionem perueniri possit. Si arbitrio parueris & rem restitueris non quæ adiudicata sit (nec enim magis in Publiciana quam in ciuili & directa vindicatione potest adiudicatio vlla fieri) sed quæ restitui iussa est, victor vsucapionem cœptam proculdubio complebit, proderitque illi possessio tua, vt computetur ei tempus tuæ possessionis ac si semper ille possedisset. Verùm hoc ita non propter potestatem iussus & arbitrij, de quo textu loquitur *in dict. §. si iussu l. Pomponius 13. D. de acquir. possess.* Multò minùs propter sententiam & pronunciationem illam quæ in arbitrariis iudiciis debet semper arbitrium præcedere, de qua nullum ibi verbum, sed propter titulum illum præcedentem cum bona fide coniunctum ex quo cœperat currere vsucapio ante motam Publicianam redditúmque arbitrium de re restituenda. Itaque non sic loquitur Vlpianus *in dict. §. si iussu,* vt dicat *si per sententiam iudicis res aliena quam petebam mihi adiudicata sit.* Sed ita *si iussu iudicis res mihi restituta sit.* Quis verò nescit, Aliud esse rem restitui, aliud verò adiudicari? Nihil ergo is locus contra nos probat. Neque verò ideò fertur sententia vt ius aliquod nouum victori tribuat, aut vt rem alienam eius faciat, sed tantum vt ius quod habebat actor aut reus declaret, siue iustè id faciat, siue per errorem, vt *in dict. l. ex diuerso 35. §. 1. De rei vindic. l. Pomponius 40. § sed & is qui D. de procurat.* Ideóque nec ex sententia nascitur vnquam rei vindicatio quomodo nasceretur sicut ex alio quouis titulo habili ad transferendum dominium si per sententiā transferretur, sed ex sententia & re iudicata nulla vnquam alia nascitur actio quam in factum quæ personalis est *l. actori 8. Cod. de reb. credit. & iureiur.* aut rei iudicatæ exceptio. Cuius non posset esse vsus necessarius, præsertim contra eum qui vindicatione egisset ac victus esset agentem iterum eadem actione si per priorem sententiam dominium translatum fuisset in victorem, Exceptio namque omnis præsupponit actionem præcedentem eamque competentem, cùm nihil aliud sit quàm actionis exclusio *l. 1. & pass. D. de except. rei iud.* Nemo autem agat sine actione *l. si pup. 6. §. vlt. D. de neg. gest. l. quoties 9. §. & general. D. de admin. & peric. tut.* Atquin actio vindicationis competere non posset domino qui in priore iudicio victus fuisset, Imo competere desiisset ipso iure ei qui per sententiam dominus esse desiisset translato nimirum in victorem dominio quod penes duos in solidum esse non posset *vulg. l. 5. §. vlt. commod. l. de her. 19. §. pat. D. de castrens. pec.* Et tamen verissimum est, Eum qui vindicatione egit & succubuit nihilominus iterū agere posse de eadem re eámque vindicari, nec alio modo prospici posse reo quàm per exceptionem rei iudicatæ *l. 3. & 5. l. si quis 7. per tot. l. si à te 9. §. 1. l. si mater 11. in prin. & pass. D. de except. rei iud.* Exceptio enim iusti dominij de qua in *l. pen. D. de publ. in rem act.* potest quidem opponi cōtra Publicianam in qua actor non intendit se habere iustum dominium sed tantummodo quasi dominium. At contra directam & ciuilem vindicationem opponi non potest, cùm directa vindicatio non alij possit competere quam ei qui se probet dominum aut iure gentium, aut ciuili *l. in rem 23. in prin. D. de rei vind.* quique intentionem suam impleat *l. vlt. C. eod.* Alioquin actore non planè probante absolui reus debet etiamsi nihil præstiterit *vulg. l. qui accus. 4. C. de edend.* nec de exceptione quærendum est priusquam fundata sit actio & intentio actoris. Neque rursus in exceptionem illud ipsū deduci vnquam potest quod deducitur in petitionem cùm in eam rē sufficiat reo negare ad elidendam intentionem actoris quousque probata illa sit *l. vlt. C. quib. ad lib. procl. non lic.* Cùm ergo in directa rei vindicatione non alia sit intentio actoris quàm intentio dominij *l. 1. §. cùm prad. D. de pign.* non potest reo etiamsi iam viderit eadem intentio iusti dominij competere, & iustam exceptionem ei præbere quia duo in solidum eiusdem rei domini admittantur à Prætore cuius est & actionem dare, & exceptionem. E contrariò is qui in iudicio vindicationis obtinuit per iniuriam iudicis tanquam dominus cùm dominus non esset, non ideò potest fieri dominus, & tanquam dominus agere postcà vindicatione, ne quidem contra eum qui in priore vindicationis iudicio victus est, nullamque ex ea sententia propriam actionem habere potest, vt eleganter ac disertè Papinianus scribit *in l. 5. §. eod. tit. De pignor.* Vbi quod magis est

ait

ait, Eum qui per iniuriam iudicis victus est in directa rei vindicatione non eò minùs posse rem illam quasi suam dare pignori, quamuis res aliena pignori dari non possit, sed ea tantùm quam creditor probare possit in dominio bonisve debitoris fuisse eo tempore quo dabatur pignoris *dict. l. 3. in princip. l. & quanondum 15. §. quod dicitur eodem tit.* Ideòque non posse Prætorem huic creditori tanquam pignoratitio denegare quasi Seruianam actionem, sed tamen futurum vt si agat contra victorem qui per restitutionem factam ex arbitrio iudicis post pronunciationem reddito possessor factus sit, summoueri debeat exceptione rei iudicatæ, quemadmodum & debitor ipse iam victus si rem vindicare pergeret eàdem exceptione summoueretur. Nec enim creditor pignoratitius plus iuris habere potest quã habet debitor qui pignus dedit vt benè Papin. ratiocinatur. Debitor autem posset quidem adhuc vindicationem exercere ipso iure, tanquam qui reuera dominus manserit etiam post iniuriosam sententiam iudicis, sed tamen exceptione rei iudicatæ si ageret summouendus esset, cùm in eo iudicio fuerit superatus. Similiter igitur & creditor qui ab eo post sentẽtiam pignus accepit, habet quidem ipso iure quasi Seruianam eamque mouere potest, Tanquam cui pignus rectè & à vero domino constitutum fuerit. Sed si agat summouendus est exceptione rei iudicatæ, quippe quæ ab authoris persona transire soleat contra successorem etiam singularem *d. l. si à te 9. §. vlt. De except. rei iudic.* Cùm negari non possit quin successerit in ius victi qui post sententiam pignus accepit. Diuersum enim esset si ante sententiam pignus accepisset ab eo qui posteà in quæstione dominij victus fuisset *l. iudicata 29. §. vlt. eod.* quamuis non per iniuriam iudicis sed ob non plenè probatam intentionem dominij, vt *in d. l. 3. in princip. De pignor.* Nam tametsi maximè, inquit Papinianus, nullam propriam actionem qui vicit exercere possit, Non tamen quid ille non habuit, sed quid in ea re quæ pignori data est debitor habuerit considerandum est. Debitor autem habuit quidem ius dominij, sed tamen quale quod ei prodesse non poterat propter exceptionem rei iudicatæ partam possessori ex authoritate sententiæ quantumuis iniuriosæ. Ergo nec in persona creditoris potest esse vtilis & cum effectu intentio pignoris, quæ ius & intentionem dominij præsupponit. cùm eandem rei iudicatæ exceptionem pati debeat is qui in ius victi successit. Vincet igitur hoc casu creditorem iustè, idem ille possessor qui dominum iam vicerat per iniuriam, Sed non tam ob proprium aliquod ius quod in ea re habeat, Aut quòd post sententiam nullum victo ius superfuerit quàm quòd ius agentis infirmum factum sit & inefficax per sententiam contra debitorem latam. Quæ omnia falsa essent tam in creditoris, quàm in possessoris persona si per sententiam dominium transferretur, aut aliquod ius victori acquireretur præter exceptionẽ rei iudicatæ.

ERROR VIII.

De distinctionibus variis quas afferunt interpretes cùm tractant de dominio per sententiam transferendo. Et ad l. vlt. C. de fideic. libert.

SOlemne est Bartolo vt de omnibus ferè dubitare ita in omnibus ferè dubitationibus & quæstionibus distinguere maximè cùm Accursium quoque dubium & nutantem videt, vt euenit in proposita quæstione De domino per sententiam transferendo. Idẽ enim ille Accursius qui ad *§. vlt. Inst. de offic. iud.* scripserat per sententiam dominium transferri. Contra sensit *ad l. exceptione D. de excep. rei indic.* imò verò non transferri. Bartolus autem *ad l. ex hoc iure §. Di. de iust. & iur.* vbi tractari solet hæc questio ab interpretibus, distinguit subtiliter si Diis placet actionem personalem à reali. In actione personali, inquit, dominium transfertur per sententiam si ad hoc tendat sententia vna cum actione instituta. In reali verò subdistinguit, vt non transferatur dominium per sententiam si secundum reum pronuncietur. Transferatur verò si pro actore qui dominus non sit. Alij verò vt Bartolo subtiliores videantur non actionem personalem à reali distinguunt, sed vniuersalia iudicia à particularib. (sic enim vocant ea quæ potiùs specialia, vel singularia dicere deberent) Vt in vniuersalib. dominium per sententiam transferatur, in particularibus verò non item. Ita Hostiens. & Io. Andr. *ad cap. proposuit. Extr. De concess. preb.* Quibus omnibus distinctionibus error ille perpetuus causam dedit, vt in præcedentibus diximus, quòd sententiam pro actore latam adiudicationem esse crediderunt, nec in quo adiudicatio à sententia differat, intellexerunt. Certis enim casibus dominium per sententiam transferri viderunt, In iis scilicet in quibus adiudicatio fit. In aliis verò aliud obseruari, Proinde distinctionibus hanc difficultatem expediendam esse existimarunt. Ego sicuti per adiudicationem dominium transferri affirmo, Ita si adiudicatio nulla fiat nego constantissimè transferri posse dominium per sententiam indistinctè, hoc est siue realis, siue personalis actio sit, & siue vniuersale iudicium sit, siue singulare. Nam quod putat Bartolus in actione personali faciliùs admitti posse vt dominium per sententiam transferatur, quàm in actione reali prorsus absurdum & improbabile est, cùm in actionibus personalibus non de dominio quæratur, vt in realibus, sed tantùm de iure obligationis quæ dicitur causa esse & mater institutæ actionis *l. licet 42. §. ea obligat. D. de procurat.* Est enim illa propria & germana diffinitio actionis personalis quæ à Iustiniano traditur initio *Tit. Inst. de action.* post Celsum *in l. nihil aliud 51. De obligat. & action.* vt sit ius persequendi in iudicio id quod sibi debetur. Qua ratione moti nonnulli putarunt addendum *fuúmve esse*, vt ea definitione reales quoque actiones comprehenderentur, quæ alioqui non comprehenduntur cùm nemo possit intendere rem suam sibi deberi non magis quàm illud fieri vt quod iam meum est magis fiat meum *§. sic itaque Inst. iur. de action. l. non vt ex plurib. 159. De regul. iur.* Ideoque nec facilè possum intelligere quid sibi velit Bart. cùm requirit vt sententia vna cum actione instituta tendit ad translationem dominij ad hoc vt per sententiam dominium transferatur. Nec enim possit vlla esse actio personalis quæ magis tendat ad translationem dominij quàm ea per cuius formulam intendit actor sibi dari rem oportere, vt puta ex stipulatione *fund. dari* quæ alium sensum non habet quàm vt dominium omnimodo transferatur *l. vbi autem 75. §. vlt. D. de verb. obligat.* Aut si agatur condictione certi ex mutuo vt merx credita reddatur. quandoquidem in mutuo & contrahendo & dissoluendo transferri dominium necesse est *l. 2. §. appellata & pass. D. de reb. credit.* Aut denique si agatur condictione triticaria per quam res ipsa petitur, quæ debetur, quæcunque tandem illa sit extra pecuniam numeratam non eius æstimatio *l. 1. D. de condict. tritic.* Atqui nullo istorum casuum fieri potest, vt sententia vlla proferatur quæ ad dominij translationem tendat, Nempe quia siue agat quis conductione certi ex stipulatu aut ex mutuo

rum quoque cùm seruus legatus per actionem personalem ex testamento petitur, necessariò debeat ipse non ipsius æstimatio in condemnationem. Quasi parum interesse debeat quod ad implendam voluntatem testatoris, qua actione res legata petatur. Quod ipsum quoque tamen à iuris ratione alienum est, quia eligere legatarius debet quia potiùs actione expediri velit, & quam elegerit viam sequi *l. cùm filius 76. §. varius de leg. 1. iunct. l. quod in heredem 9. §. eligere D. de tribut. act. l. si mulier 21. §. vltim. D. quod met. caus.* Et sanè quid absurdius est dicere quàm nihil referre an personali actione legatum petatur, an directa vel vindicatione? aut vtriusque actionis cuius tam diuersa sint iura, támque discrepantes causæ easdem esse præstationes? Esset tamen tolerabilius vt dixi, hoc admittere in legato, quàm in alia re qualibet, quæ per solam actionem strictam peti posset, non per arbitrariam. Sed non tam facit hoc mihi stomachum, quàm quod video stomachari Tribonianum in miserum iudicem, qui tam benè peritéque & ex arte pronunciauerat. Verùm hæc contra Tribonianum disputasse sufficiat, vt redeamus ad interpretes, Et concludamus fieri non posse quod vult Bartolus, vt & actio & sententia eò tendat vt dominium in actorem transferatur. Nam etsi supradictam Iustiniani constitutionem *in dict. l. vlt. C. de fideicommiss. libert.* tam generaliter quis velit accipere, vt nunquam hodie lis æstimanda sit per sententiam, sed omnimodo condemnari reus debeat ad rem ipsam dandam quam intendit actor dari sibi oportere, Non ideò tamen statim fiet vt per eiusmodi sententiam dominium transferri possit in actorem sed tantùm vt in executione iudicati cogendus sit reus qui victus & condemnatus est vt rem ipsam det, id est rei dominium transferat. Nec enim aliud in iudicati executionem venire potest quàm quod in sententiam deductum est. Quomodo autem dabit & dominium transferet, si non tradat? At verò præcisè cogi ad tradendum non potest cùm sit hoc meri facti. Nisi fortè hîc quoque nouam pro Triboniano iurisprudentiam volumus inducere quæ debitorem facti etiam ad faciendum præcisè cogat contra omnes omnino iuris regulas. Illud enim militaris manus auxilium quod implorauit Tribonianus *in d. l. qui restituere*, vt omnium arbitrariarum actionum naturã destrueret ad possessionem à possessore victo in dominum transferendam, inutile & inefficax est hoc casu in quo non sufficeret cogi possessorem vt pateretur à se transferri possessionem, nisi etiam cogeretur aliquid facere, id est rem tradere ad dominium quoque transferendum quod multò difficilius est quia sine vi & impressione id fieri non posset: Longéque odiosior esset manus militaris aduocatio vt dominus etiam qui victus esset dominium rei suæ in alium transferre, rémque suam inuitus tradere cogeretur, quàm vt vero domino qui iam vicisset, rei suæ possessio restitueretur. Sicut è contrario fauorabilior ille est qui iam est dominus, quàm qui dominus fieri vult, minúsque odiosa vis quæ infertur, vt quis pati tantùm cogatur, quàm quæ inuitum aliquem aut faciendum compellit. Denique noua lege opus esset vt is qui fundum, aut quid aliud dare condemnatus esset cogeretur in executione iudicati rem tradere. Nihil enim tale adhuc constitutum est, neque *in d. l. vlt. C. de fideic. libert* neque alio vllo iuris loco. Quod etsi maximè verum esset, inde tamen tantò clariùs appareret falsum esse quod vult Bartolus in huiusmodi actionibus personalibus quæ tendunt ad dandum & dominium transferendum si sententia eódem tendat, transferri dominium ipso iure per sententiam. Quid enim esset opus traditione, si iam per sententiam dominium translatum esset? Imò si verum amamus cùm iudicis sententia sic concipitur, vt reus condemnetur ad rem ipsam dandam & eius dominium in actorem transferendum, an non apertissimè declarat iudex non id se agere vt dominium per sententiam suam transferat. Sed vt per reum ipsum transferri curet Qui vtique non nisi frustrà & ineptè condemnaretur ad dandum & ad transferendum dominium quod per solam sententiam ipso iure iam translatum esset.

ERROR IX.

De iisdem distinctionibus Bartoli & aliorum interpretum. Et ad l. 3. §. item quæri potest D. de reb. eor. qui sub tutel.

ALtera pars distinctionis Bartoli est de actionibus realibus in quibus subdistinguit quemadmodum superiore capite diximus, vt si pro actore pronuncietur sententia transferat ipso iure dominium, sin pro reo non transferat. Cuius subdistinctionis sicuti pars posterior vera est, quia cùm in actione in rem pro reo pronunciatur, actor tantum summouetur, nec idcircò tamen res adiudicatur reo adeóque nec pronunciatur rem esse rei sed tantùm non esse petitoris *l. si inter 15. in fin. De excep. rei indic.* Ita prior pars euidenter falsa est & ex iis quæ in *Error. 7.* disputauimus satis supérque confutata. Nam quoties pro actore pronunciatur, nulla tamen ipsi adiudicatio fit, sed tantùm declaratur rem ipsius esse *l. & ex diuerso 35. § 1. D. de rei vindic. l. Pomponius 40. §. sed & is qui D. de procurat.* Quod si verè iustéque pronunciatum est non potest sententia magis facere dominum eum qui iam sit dominus *§. sic itaque Inst. De action.* Sin malè ac per errorem, vt *in d. l. 35. §. 1.* non potest quod non per errorem factum est effectum illum habere, vt prosit ad dominium transferendum cùm errantis voluntas nulla sit *l. si per errorem 15. D. de iurisd. l. sed hoc ita 20. De aqua & aqua pluu. arc.* quamuis non eo minùs vim suam & authoritatem habeat res iudicata, hactenus scilicet vt pareat exceptionem rei iudicatæ *l. seruo 65. §. cùm Prætor D. ad SC. Trebellian.* adeóque iudicem obliget vt eodem errore de fructibus quoque pronunciet *dict. l. 35. §. 1. De rei vindic.* Adeò autem verum est per huiusmodi sententiam erroneam non transferri dominium, vt neque vsucapiendi conditio transferatur si non etiam adiudicatio facta sit & quidem in vno ex tribus illis iudiciis in quibus voluit lex 12. tab. fieri posse adiudicationem & per eam dominium transferri, id est in iudiciis Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo. & Finium regundorum, vt constat *ex l. si per errorem 17. D. de vsucap.* Confutata itaque distinctione Bartoli, iam ad aliam veniamus, illorum qui in quæstione ista distinguunt vniuersalia iudicia à singularibus quæ vocant particularia, Vt in vniuersalibus quidem dominium per sententiam transferatur, In singularibus verò nõ item. Cui distinctioni causã illud dedisse videtur quòd in aliis plerisque iuris partibus alia vniuersalium alia singularium iudiciorum ratio est. In vniuersalibus non putabat Proculus iustum esse vt fatum rerum quæ post litem contestatam perierunt possessor præstare teneatur, quod tamen in specialibus iustum esse admittebat, licèt Cassio reluctante & benè quod ad personam bonæ fidei possessoris, quem æquum non est propter metum huius periculi temerè ius suum indefensum relinquere *l. illud. 40. D. de hæred. petit.* In vniuersalibus dictæ

ctin *leg. per procurat. 8. C. de acquiren. possess.* Qua de-causa factam fuisse fundi pupillaris restitutionem Vlpianus ait. Et similiter *in l. Pompon. 13. §. si iussu D. eod. tit.* ponit idem Vlpianus non tantùm præcessisse iussum iudicis, sed etiam secutam fuisse restitutionem, vt locum facere possit quæstioni D accessione possessionis, & de vsucapione. Quamquam nec bona consecutio est, vt per restitutionem quæ possessionem transtulit, translatum etiam sit dominium cùm nihil vetet proprietatem esse penes vnum, Possessionem verò penes alterum quia nihil commune habet proprietas cum possessione, Vulgat *l. naturaliter 12. §. nihil commune leg. penultim. eod. tit.* Vt in proposita specie post restitutionem fundi pupillaris à tutoribus factam possessio eius penes victorem reperitur, Dominium autem penes pupillum, qui neque per sententiam, neque per restitutionem quamuis ex iudicato à tutoribus factam dominium suum amittere potuit, quemadmodum in præcedentibus probauimus ex Papiniano *in lege 3. paragrapho 2. D. de pig.* eum qui per iniuriam iudicis vicit in iudicio vindicationis, tametsi res ei restituta sit nullam tamen pro illa re habere propriam actionem, qui tamen haberet vtique vindicationem tanquam alius quilibet dominus, si per eam restitutionem dominium nactus esset. Tantò magis autem in proposita specie id obtinet, quod fieri nequit vt non sit erronea sententia quæ fundum pupillarem declarauerit esse alterius *d. l. & ex diuer. 35. §. 5. De rei vindic.* Illi autem ipsi interpretes qui dominium per sententiam transferri volunt, excipiunt sententiam quæ per errorem lata sit vt videre est apud Andr. Fachin. *lib. 1. Contr. c. 61. in fin.* Quod si vt hunc obicem declines, malis ponere victum fuisse pupillum per iniuriam iudicis, Quæro cur plus valere debeat iniuria, quàm error iudicis, Aut cur deterioris conditionis debeat esse pupillus, qui per iniuriam quàm qui per errorem iudicis victus est, vt facilius vno casu quàm alio dominiū amittat rei suæ? An non dignior est pupillus cui succurratur aduersus iniuriam, quàm aduersus errorem iudicis? Denique non fuisse apud Vlpianum rei pupillaria translatum dominium per sententiam vt interpretes volunt, ex eo quoque apparet, quod licèt Vlpianus dicat pronunciatum fuisse contra pupillum, & factam pupillaris fundi restitutionem, Attamen non ponit neque ponere potuit, factam esse restitutionem authoritate sententiæ & in executione iudicati, quia prius iudicatum in iudicio vindicationis nihil aliud continet nisi hoc vnum *Videri fundum esse petitoris.* De restituendo autem fundo nihil eiusmodi pronunciatione continetur. Sed post eam sequitur arbitrium iudicis de re restituenda habetque semper arbitrium illud pro comite iussum & imperium restituendi, cuius arbitrij & iussus potestate restitutionem posteà fieri necesse est. si non malit is qui victus est offerre æstimationem & præstare quanti actor sua interesse in litem iurauerit, quasi pœnæ nomine ob id quod iussui & arbitrio iudicis paritum non sit *dict. l. qui restituere l. si cum dos 8. §. 1. & l. seq. D. rer. amot. l. vltim. D. de fideiuss.* Ergo etsi tam verum esset quam falsum est dominium rei petitæ in iudicio vindicationis transferri in petitorem. Adhuc tamen falsum esset translationem eam fieri per sententiam. Fieret enim potiùs per restitutionem Restitutio autem non tam in executionem iudicati per quod nihil de facienda restitutione dictum fuerat, quàm vi & potestate arbitrij quod subsequi necesse est vt tandem possit iudex aut absoluere reum si arbitrio pareat, aut, si non pareat, condemnare *d. l. Pomponius 9 § si iussu De acquir possess.* In eo namque iudicio vindicationis vt in exteris omnibus arbitrariis, etia hæc diligenter distinguenda sunt quoties pro pro actore pronunciatur, iudicatum *Videri rem petitoris esse* Arbitrium & iussus de re restituenda. Postremò absolutio aut condemnatio quæ litem terminat. Quid ergo sibi vult Vlpianus cùm ait *in d. vers. idemque erit dicendum, nam & hic valebit alienatio propter rei iudicatæ authoritatem.* Hæc enim verba sunt quæ interpretes omnes fefellerunt, quasi Vlpianus senserit fieri hoc casu alienationem & consequenter translationem dominij per solam sententiam & rem iudicatam. Respōdeo nihil hic Vlp. dicere aut sentire de translatione dominij quamuis de alienatione loquatur & separanda hæc esse si proprie ac [illegible] loqui velimus. Trāslatio quælibet dominij al[illegible]st, quomodo accipi debet quod scriptum est in [illegible] *C. de fund. dotal* Sed non omnis alienatio etiā trāslatio dominij est. Facent solā omissionem adeoque translationem possessionis non esse alienationē *l. non alien. 119 De reg. iur.* Sed tamē fieri potest vt quis transferat in aliū non modò possessionem, sed præterea etiā ius aliquod & quidē aliud quàm dominij. Vt puta si quis rem aliquam pignori dederit aut in feudum vel emphyteusim concesserit. Hæc enim omnia placet etiam alienationis appellatione contineri quamuis per huiusmodi contractus dominium nullomodo transferatur, ne bonitarium quidem *l. vltim C. de reb. alien. non alienand.* iunct. *l. pignor. D. de vsucap. l. 1. D. si ager vectig.* Nempe quia his casibus desinit dominus posse de re sua pro arbitrio disponere quamdiu durat ius possessoris, *d. l. 1. l. debitorem 15. C. de pignor.* in quo tamen dominij præcipua vtilitas consistit vulg. *l. in re mandata 21. C. mandat. leg. qua ratione 9 § hæ quoque res De acquir. rer. domin.* Sed & aliquando dicitur alienare is quoque qui id facit per quod ad alienationem perueniri possit & quidem in hoc ipso tractatu *De reb. eor. qui sub tutel. vel car. sunt sine decret. non alienāue suppon.* Tam enim contra orationem Seueri facit tutor qui fundum pupillarem obligat quàm qui vendit, Cùm eādem oratione Seueri vtrumque prohibitum sit. Sed pignus ob hanc tantùm rationem quòd per mediam causam pignoris tandem ad distractionem perueniatur, siue de conuentionali pignore agatur *Tit. De distract. pign. D. & C.* siue de pretorio *Tit. De reb. author. iudic. possid. ser. venund.* aut de iudiciali *l. 2. C. si in caus. iudic. pign. capt sit l. à Diuo Pio 15. § an venditione & pass. l. debitoribus 51. D. de re iudic.* In proposita autem quæstione, multò maior ratio est vt restitutionem fundi pupillaris à tutoribus factam qui in iudicio vindicationis succubuerint, pro alienatione accipiamus. Quoniam licèt dominium translatum nō sit in victorem vt (ex eo constat quod adhuc vindicatio eiusdem fundi superest pupillo ipso iure, etiam contra victorem, quamuis si vind[illegible]cet summoueri possit exceptione rei iudicatæ. Contra alium verò qui à victore ius non habeat sine metu vllius exceptionis) inutile tamen remanet in persona pupilli qui eius rei nomine quandiu penes victorem erit neque actionem efficacem neque exceptionem vllam habere potest. Non actionem propter exceptionem rei iudicatæ quæ victori competit, & elidit actionem, Non item exceptionem quia post restitutionem non possidet: Exceptiones autem dentur possidenti tantùm, sicut actiones non possidenti. Proinde negari non potest, quin pupillus hoc casu licet rei suæ dominium quiritarium retineat, desinat tamen habere rem illam in bonis suis. ex regula *l. rem in bonis 52 De acquir. rer. dom.* Vnde fit vt incipiat res esse in bonis victoris, qui scilicet si eius nomine conueniatur etiam à vero domino, exceptionem vtilem & efficacem contra eum habiturus sit quamuis si possidere desineret nullam propriam actionem habere

bere posset *dict. l. 3. §. 1. De pignor.* Quid verò refert an pupillus post restitutionem iussu iudicis factam actionem nullam ipso iure habeat, an tamen habeat quæ per exceptionem elidatur? *l. nihil interest 112. De reg. iur.* Non abs re igitur alienatus haberi debet fundus pupillaris qui à pupilli victi tutoribus fuit restitutus victori, cum præter iacturam possessionis & commodorum omnium quę possessionem sequuntur, nulla et spes superfit recuperandæ nullaque penitus efficax in eam rem actio. In eoque tota vis & authoritas rei iudicatæ consistit, non vt transferat dominium quemadmodum malè putant interpretes, sed vt præbeat victori ius fundi in perpetuum retinendi, quia parit exceptionem quæ perpetua est. Parit autem tum quoque cùm per errorem aut per iniuriam iudicis contra verum dominum malè pronunciatum est *dict. l. 3. §. 1. De pignor. dict. l. seruo 65. §. cum Prætor D. ad SC. Trebell.* Et consequenter stulta quoque nostrorum in hac quæstione distinctio illa est, An iudex rem actoris esse pronunciauerit per errorem an non. Neutro enim casu transfertur dominium, Vtroque autem nascitur exceptio rei iudicatæ. Sicut & illa quam supradicto loco affert Fachineus an traditio aliqua sententiam secuta sit necne. Nam neque traditio nuda hunc effectum habere potest vt transferat dominium nullo præcedente titulo habili ad dominij translationem, cùm inter titulos habiles non sit sententia iudicis *l. nunquam nuda 31. De acquir. rer. domin.* neque vera esset interpretum opinio quam nos impugnamus, si traditio necessaria esset in executionem sententiæ. Traditioni enim accepto ferenda esset dominij translatio non sententiæ, Vt suprà de restitutione diximus, quæ nihil aliud est quam hæc ipsa traditio quàm Fachineus requirit. Denique si sententia verum debitorem liberare non potest à naturali obligatione *l. Iulianus verum debitorem 60. D. De condict. indeb.* quæ nihil nisi iuris gentium obligatio est *l. cum ampl. 84. §. is natura debet De reg. iur.* Quomodo fieri obsecro potest vt per sententiam adimatur, & transferatur dominium quod æquè est iuris gentium *l. ex hoc iur. 5. De iust. & iur.* quódque non facilius tollitur quàm obligatio iuris gentium. Nam neque dominia neque obligationes acquiruntur aut amittuntur, aut transferuntur nisi certis & legitimis modis, inter quos nemo vnquam ex prudentibus numerauit sententiam iudicis. At neque Tribonianus ipse in *l. si fundus 16. §. si pluris D. de pig.* vbi concludit debitorē sub pignore condemnatū in maiorem quantitatem, quàm quæ debebatur, liberare nihilominùs hypothecam si soluat id omne quod reuera debet quamuis non omne id, in quod fuit condemnatus. Totum enim illum §. Triboniani esse non Iureconsulti alio loco probauimus.

ERROR X.

De sententia & lectione l. statu liberi a cæteris 29. §. Quintus D. de statulib.

Alter hic, & ferè præcipuus locus est quo mouentur interpretes, vt putent, ex sola sententia transferri dominium. Textus aliequin difficilis est & dignus de cuius lectione ac sententia separatim dicamus. Tractat ibi Pomponius ex Quinto Mucio quæstionem huiusmodi, Paterfamilias in testamento ita scripserat *si Andronicus seruus meus hæredi meo dederit viginti*) (sic enim legendum esse, non vt vulgo, *dicem* bene Cuiacius ex sequentibus obseruauit, nec frequentior in libris nostri quàm ex numerorum notis error occurrit.) Deinde de his bonis cœperat controuersia esse inter hæredem testamentarium & eum qui dicebat legitimum. Qui se lege hæredem aiebat esse, is eam hæreditatem ad se pertinere contendendebat, Alter qui hæreditatem possidebat aiebat se testamento hæredem esse. Bene omnia huc usque. Sequitur apud Pomponium *secundum sum sententia dicta erat, qui testamento aiebat se hæredem esse.* Hic verò prima occurrit difficultas quoniam sequentia ostendūt, imò verò in eo centumuirali iudicio victum fuisse hæredem testamentarium, eundémque possessorem. Indéque dubitandi causa nascebatur, cùm Andronicus ea vigioti millia quæ hæredis dare iussus erat putaret se non nisi testamentario dare debere tanquam possessori & ei de quo solo poterat videri sensisse testator cùm in testamento conditionem adscripserat. Et pro hærede legitimo non pro scripto dictā fuisse sententiam, apertè Pomponius exprimit, cum ait *Labeo hoc quod Quintus Mucius scribit ita putat verum esse si reuera lege ab intestato heres fuit is qui vicit.* Et cùm statim postsubiicit. *Nam si iniuria iudicis victus esset scriptus hæres ex testamento.* Et rursum in illis sequentibus *sed verissimum est quod & Aristo Celso rescrip. Posse dari pecun. heredi ab intestato secund. quem sententia dicta est.* Non potest igitur verum esse quod in præcedentibus legitur secundum eum dictam fuisse sententiam qui testamento aiebat se hæredem esse. Et ideò Iacob. Cuiac. *lib. 2. Obseru. c. 7.* emendandum ait esse hunc locum, & pro ea dictione *testamento* reponendum *lege*, vt appareat secundum eum dictam fuisse sententiam, qui se aiebat lege hæredem esse, Testamentarium verò hæredem victum fuisse. Verè quidem vt fatendum necessariò est sed non satis probabiliter. Quis enim sibi fingat tā imperitum librarium vt pro *lege* scripserit *testamento*. Librario enim error hic omnino imputandus est, non interpreti, cùm neque color aliquis iuris, neque reliquus contextus verborum huic errori suffragetur. Conuenientius ergo est vt pro *testamento* legamus *intestato*. Idem enim sensus est vtriusque dictionis, & vtraque coniungitur *in dict. versic. Labeo.* Procliuior tamen librario errandi occasio fuit, vt pro *intestato* legeret aut scriberet *testamento*, vt passim solet scribentibus in antitheris error facile occurrere. Quanquam & librario & imperito etiam interpreti nonnullam erroris causam præbere illud potuit quod scriptum vidit *in versic. quaprop. si vigin. her. scripto dedisset & res contra possess. iudic. esset illum in seruitute fore.* Nam cum in præcedentibus dixisset Pomponius Andronicum voluisset pecuniam ei dare secundum quem dicta fuisset sententia, hic verò ponitur data pecunia hæredi scripto, Videbatur consequens vt ponendum esset vicisse illum qui testamento scriptus hæres fuisset. Verùm animaduertere debuit, quisque ille fuit qui textum corrupit, mutari speciem in *versic. quapropter.* Vt ex noua hypothesi & contraria quid in proposita respondendum esset clariùs Intelligeretur. Idque ita esse apparet ex eo quòd in hac secunda hypothesi ponebat Quintus Mucius datam fuisse pecuniam hæredi testamentario, Cùm tamen ab Andronico consultus fuisset cuinam potiùs dare pecuniam deberet quam adhuc neutri dederat an hæredi scripto de quo solo sensisse testator videbatur, quamuis in iudicio centumuirali victus fuisset, An potius hæredis legitimo & ab intestato, qui pro se sententiam obtinuisset: Quæ res me mouet, vt putem mutil messe Quinti Mucij responsum, cùm sequentia ostendant, non reliquisse Mucium indecisam quæstionem, sed ad eam a parte in fauorem legitimi hæredis, secundum quem sententia dicta fuerat, respondisse, se pro responsi sui confirmatione, vt doceret quantum in hac quæstione

quæstione putaret tribuendum authoritati rei iudicatæ, subiunxisse in *verſ. quapropter*, Adeò verum esse quod dixerat, soluendam esse pecuniam hæredi legitimo secundum quem sententia dicta erat, vt si fortè festinantius eam soluisset Andronicus hæredi scripto eidémque possessori hæreditatis, contra quem posteà pronunciatum esset, dici oporteret manere nihilominùs eum in seruitute tanquam qui conditioni non paruisset. Et tamen si nihil addas aut suppleas, videntur præcedentia indicare quod negant sequentia, Quinimo Mucium in id magis inclinasse, vt crederet nihil hac in re valere sententiam per quam legitimus hæres vicerit. Sic enim Andronici quæstio concepta erat. *Deinde Andronicus quærebat, si ipsi viginti dedisſ.* (hoc est legitimo hæredi quem posuerat vicisse) *quoniam secundum eum ſentent. dicta eſt ſententiáne esset liber an nihil videatur ſent. qua vic. in eam rem val.* Qua loquendi formula solent prudentes vti quoties in posteriorem quæstionis partem magis inclinant, quam in priorem, si aliud nihil respondeant. Quomodo hic nihil aliud à Q. Mucio responsum legimus, cùm immediate subijciatur *verſ. quaprop* quo vel suo articulo demonstratur illationem eam esse ex eo quod proximè dictum & responsum fuerat. Quid enim possis verbo inferre ex eo quod non dixeris, quamuis cogitaueris: Et vero manifestum est in eo *verſ. quapropter* mutari & inuerti ex parte casum propositum. Tantùm abest vt ad quæstionem Andronici respondeatur. Certè quod sequitur apud Pomponium de nota Labeonis ad Q. Mucium his verbis *Labeo hoc quod Q. Mucius ſcribit, ita putat verum eſſe, ſi re vera lege ab inteſtato hær. fuit is, qui vicit*, non ad responsum Q. Mucij super Andronici dubitatione referendum est, sed ad illationem de qua proximius *in d. verſ. quapropter.* quod & denotat articulus *hoc* semper ad proximiorem clausulam referendus. Sequitur enim *nam ſi iniuria iudicis victus eſſet ſcriptus hæres ex teſtamento, nihilominus eum paruiſſe condit. ei dando & liberum fore.* Quæ verba, cùm præsupponant datam fuisse à statulibero pecuniam hæredi scripto, quod in Andronici persona non contigerat qui de hoc solo dubitabat vtri potius dare deberet, impugnant aut saltem limitant euidenter illationem illam Q. Mucij per quam probare volebat, Non aliter conditioni parere posse Andronicum quàm si pecuniam hæredi legitimo daret secundum quem sententia dicta esset: Nempe, quia etiamsi pecuniam dedisset hæredi scripto antequàm fuisset ille condemnatus, quo casu videbatur statuliber magis excusandus quasi bona fide & ex testamento ei soluere interim debuisset quem testator hæredem scripserat, quique possessor hæreditatis erat, Attamen non ideò conditionis paruisset, ideóque in seruitute nihilominus maneret. Quale sit hic casus vnus ex iis in quibus ex postfacto apparet, quid antè fuerit, vt in *l. quæd.* 15. *D. de reb. dub. l. qui res* 98 §. 1. *verſ. rem aut D. de ſolut.* Cùm per sententiam posteà contra scriptum hæredem redditam constet nunquam fuisse illum hæredem, ne tùm quidem cùm pecuniã accipiebat. Quantò magis igitur, inquiebat Mucius, dicendum est non posse Andronicũ parere conditioni si det pecuniam hæredi scripto iam victo? Sic enim Mucius ratiocinabatur. Quid verò cõtra Mucium, Labeo Impugnat non tam illationem ipsam, id est ratiocinationem & modum inferendi quàm illationis substantiam. id est quod in illatione continetur, Negat quod Q. Mucius dicebat, Non paruisse conditioni statuliberum qui scripto hæredi pecuniam soluerit antequam victus esset, si modò non nisi per iniuriam iudicis victum posteà eum fuisse constet. Ideóque contendit, nihilominus liberum fore, Nimirum quia soluit bona fide possessori hæreditatis, & hæredi scripto qui non modò hæreditatis possessor erat sed etiam verè hæres, Qui licèt posteà per iniuriam iudicis victus fuerit, non tamen debet ea iniuria statulibero nocere, cui nihil potest imputari *l. si ſeruus plurium* 50. §. 1. *de leg.* 1. vbi pessimè Cuiacius tollit negationem quæ omnimodo retinenda est, vt vel ea hoc maximè loco constat. Nam quod contra scriptum videtur *in d. l.* 3. *in prin. De pig.* sententiam contra hæredem latam nocere legatariis & libertatis quamuis non noceat creditoribus, ad eum casum pertinet quo iustè nec per iniuriam iudicis victus hæres sit, vt ratio illa Papiniani probat *cùm legata quidem aliter valere non poſſunt quam ſi teſt. ratũ eſſe conſtaret.* quomodo haud dubiè testamentum ratum est quod ipso iure valet. Valere autem necessariò ponendum est quoties ponimus hæredem qui in eo scriptus fuerat victum per iniuriam iudicis fuisse. Benè igitur Labeo Mucium notauit, quod indistinctè dixisset, Nihilomagis liberum fore illum qui hæredi scripto posteà condemnato pecuniam dedisset: Cùm adhibere distinctionem illam debuisset. An iustè, an per iniuriam iudicis victus hæres fuisset. Sed an ideò totam Mucij sententiã Labeo improbauit, hoc est, id quod ad propositam ab Andronico dubitationem respondisse Mucium credendum est, & in texto necessariò supplendum, Non alij quàm hæredi legitimo qui vicit, dari pecuniam debere? Minimè verò Manet enim certa veráque illa Mucij responsio in fauorem hæredis legitimi secundum quem pronunciatum est: Adeò vt neque adhibenda sit hac parte distinctio illa Labeonis, an iustè, an per iudicis iniuriam scriptus hæres victus proponatur. Semper enim posset imputari statulibero qui pecuniam hæredi scripto iam victo soluisset quantumuis per iniuriam pronunciatum fuisset: Solaque illa quæstio superesse posset, An qui hæredi testamentario dare iussus fuerat possit soluere legitimo. Quod significare videtur Pomponius cùm ad Labeonis notam subiungit *ſed eſt veriſſimum quod & Ariſto Celſo reſpondit, poſſe dari pecuniam hæredi ab inteſtato ſecundum quem ſententia dicta eſt.* Sed tamen vt liberè fatear quidnam & quale hoc sit, non possum intelligere. Nam cùm dicimus posse statuliberum dare pecuniam hæredi legitimo, supponendum necessariò est ratam manere ac validam dationem libertatis, quam tamen certum est non aliter valere posse quàm si testamentum quod libertas data est ratum sit *d. l.* 3. *in pr. De pig.* Quod porrò ratum nec esse, nec videri potest si hæres scriptus iustè nec per iniuriam victus sit. Quid ergo superest obsecro, quod de libertate tractari possit, & de danda per statuliberum pecunia ad consequendam ea testamento irrito libertatem? Erit igitur illa distinctio hic quoque adhibẽda, Vtrum scriptus hæres per iudicis iniuriam victus fuerit, an iustè, non sit dubitandum quin debeat sententiam nocere libertati *d. l.* 3. *in pr. De pig. d. l. ſi ſeruus plurium* 50. §. 1. *de leg.* 1. Nisi per hæredis scripti contumaciam & quia se non defendit, fuerit ille condemnatus *l. ſi perluſorio* 14. §. 1. *De appell.* aut si colluserit cum hærede legitimo qui vicit, Quo casu nocet quidem libertatibus & legatis sententia si transeat in rem iudicatam, sed tamen permittitur illis appellare si velint *d. l. ſi perluſorio in pr. l. à ſent.* 5. §. 3. *eod. tit.* Nam & liti adesse possent si mallent quòd hæc fidem aut diligentiam suspectam haberent *d. l. ſi perluſorio l. ſi ſuſp.* 29. *D. de inoff. teſt.* Extra quos casus nulla superesse potest quæstio de pecunia per statulib. danda cui dari possit aut debeat, cũ libertas nulla amplius sit quam ea pecuniæ datione consequi statulib. possit. Si verò per iniuriam iudicis hæres testament. victus sit, quoniam non nocet talis sententia libertatibus neque legatariis, vt diximus. Eo demũ casu quærendum superest, An statulib. permittendũ sit vt pecuniæ

pecuniæ dandę condicionem, quam testator in persona scripti hæredis impleri voluerat, implere possit in persona legitimi hæredis qui in hæreditatis petitione vicit, An potius dicendum sit irritam esse libertatem: non tam vi & authoritate sententiæ contra hæredem scriptum latæ, quàm quod implendæ conditionis ratio nulla superesse videatur, cum in persona victi iam hæredis testamentarij impleri amplius non possit. Et hoc certè verius est. Conditiones enim omnes etiam quæ in dando consistunt adeò personales sunt, vt impleri non possint in alterius persona, quàm eius cui dandum est, licet proponas esse personam serui, aut eius qui omnino sit incapax nec testamenti factionem passiuam habeat. Id enim est quod solemus dicere, Implendas esse conditiones in forma specifica *l. quis hær. 44. De condic. & demonstr.* vbi dicitur, cum qui hæredi dare iussus est seruo alieno instituto, non domino dare debere, sed ipsi seruo, quoniam ea quæ facti sunt non transeunt ad dominum. Sicut è contrario qui domino dare iussus est, seruo dare non potest, nisi dominus cōsentiat. Et *in l. Meuius 57. eod. tit.* vbi ponit Iauolenus, Mæuio fundum legatum esse si Callimacho cum quo testamenti factionem non habebat testator, ducenta dedisset. Et ait conditioni parère illum debere & ducenta dare, vt ad eum legatus fundus pertineat licèt nummos non faciat accipientis. Quid enim interest, inquit, vtrum tali conditioni parère iubeatur an aliquo loco ponere, vel in mare deiicere? Neque enim illud quod ad talem personam peruenturum est, testamenti iure capitur, sed mortis causa. Imò quod magis est, nec hæredi permittitur implere conditionem, nec in persona hæredis illius, de quo in conditione actum fuerat *l. a testatore 109. eod. tit. l. qui Romæ 122 §. Agerius De verbor. obligat.* nisi id expressim actum sit, vt hæredi quoque liceat implere conditionem, vt *in l. 2. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Denique qui vni dare iussus est, nunquam alteri dare potest. Ob eamque nimirum causam necesse fuit lege 12. tabul. fauore conseruandarum libertatum nominatim constitui, vt statuliber qui pecuniam aliquam domino dare iussus esset si à domino alienaretur, etiam emptori dare posset, eique dando ad libertatem peruenire, quemadmodum Vlp. noster in Fragmentis testatur *Tit. 2. De statulib.* quod & hic locus de cuius interpretatione tractamus significat, cùm ait *quoniam lex. 12. tabul. emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur, nec interesset quo genere quisque dominus eius fieret.* Est enim hic locus ex illo Vlp. textu necessariò explicandus, Quod à vulgaribus interpretibus ignoratum, à viro doctissimo quam optimè explicatum est. Ergo si is qui seruo alieno dare iussus est, domino darę non potest, adeóque nec si hæredi dare iussus sit, quamuis seruus hæres ipse nunquam esse possit, sed dominus per seruum *dict. l. quis hæredi.* Iténique si in persona quoque illius cum quo testamenti factio non est dandi condicio impleri debet *dict. l. Meuius*, Quis credat eum qui hæredi scripto dare iussus est posse implere conditionem dando hæredi legitimo de quo dici non potest cogitasse vnquam testatorem? Nisi fortè proponas in eo testamento adiectam esse clausulam codicillarem ad tuendam etiam ab intestato testatoris voluntatem, vt *in l. 1. D. de iur. codic. l. vlt. Cod. eod. l. Lucius pen. §. vltim. de legat. 2.* De quo tamen verbum nullum apud Pomponium. Atqui, replicat Cuiacius, hæres quoque legitimus verè hæres est non minus quàm testamentarius *l. leg. obuenire 130. De verbor. signific. l. 1. & 2. D. de hæred. petit.* Andronicus autem iussus fuerat dare hæredi. Verùm facilis responsio est, conditiones omnes testamentarias semper ex voluntate testatoris interpretandas esse *l. in conditionib. 19. l. pater Seuer 101. De cond. & de monstr.* Testatorem verò qui aliū hæredem scripsit, quàm quem legitimum habiturus fuisset, & conditionem adscripsit libertati Andronici *si hæredi viginti daret*, non de hærede legitimo sed de testamentario solo & sensisse & sentire potuisse. In cuius tamen persona inutilis sit conditio cùm per sententiam victus est, quia hæredi pecuniam dari testator voluit. Hic autem hæres non est cùm res iudicata pro veritate habeatur, Nisi pones per iniuriam iudicis victum eum fuisse. Quo casu cum sententia non debeat nocere libertati vt diximus, quid impedit quominus pecunia ei dari possit etiam posteà quā victus est, si modo verè hæres esse probetur? An ob id fortè deterioris cōditionis esse debet, quòd victus sit quàm si factionem testamenti nullam habuisset? vt *in d. l. Meuius.* Non igitur verum esse potest, quod hîc ex Pomponio concluditur, *& ideo hunc quoque ea lege contineri secundum quem sententia dicta est, & liberum futurum eum qui ei dedisset pecun.* Neque enim lex duodecim tabularum emptoris nomine hunc hæredem legitimum complecti potuit, licèt emptionis verbo alienationem omnem complexa sit. Alienationem namque intellexit, quæ ab hærede ipso facta esset. Ne alioqui in eius potestate maneret facere alienando statuliberum, vt libertas intercideret ablata ei potestate implendæ conditionis. Et in persona emptoris qui hæres non esset ac de quo testator non cogitasset, & in persona hæredis qui dominus non mansisset. Quare non ad iuris recepti rationem, sed ad ius illud per duodecim tabularum legem constitutum referri debet quod scriptum est *in l. si statulibera 6. §. statuliber. D. de statulib.* Statuliberum decem dare & liberum esse iussum si quinque dans distractus sit residua quinque emptori dare debere. Idémq; quod *in §. seq.* si seruus tuus statuliberum emerit tibi debere dari quod hæredibus dare iussus est, Nempe cùm emit ab omnibus hæredibus, quomodo emisse illum necesse est, vt totum emerit & acquisiuerit. Nam si duobus hæredibus institutis seruus liber esse iussus sit *si decem hæredibus dederit*, & ab altero ex hæredibus venierit & traditus fuerit, pro parte tantùm alteri ex hæredibus à quo non venierit, dando pecuniam liber erit *l. si duobus 32. eod. tit.* vbi nil necesse est addi quod plerique addunt *& alia parte emptori.* Nam cum supersit persona cohæredis qui nec vendidit, nec venditioni consensit cui possit dari pecunia conditionis implendæ causa, licèt non debeat ei dari nisi pro parte, quia pro parte tantùm hæres est, & dandæ pecuniæ conditio inter cohæredes ipso iure scinditur per legem 12. tabul. nil necesse est vt det emptori, quia sufficit vt per eum non stet quominùs totam pecuniam iis det quibus à testatore iussus fuerat dare: Et quamuis non dederit nisi partem pecuniæ, plenam tamen & intergram, libertatem consequitur, quæ pro parte acquiri ei non potest. Vt intelligamus nequidem per legem 12. tabul. factum esse vt emptori omnimodo pecuniam dare statulibet debeat, Sed eo tantùm casu quo non aliter conditionem implere & ad libertatem peruenire statulibet possit. Non enim id egit lex 12. tabul. vt emptori consuleret sed vt statulibero, & libertati. At verò in ea specie quam Pomponius ex Mucio & Labeone tractat, omnia sunt dissimilia An enim potest videri hæres scriptus alienasse seruum & hæreditatem totam ab id solùm, quòd de hæreditate victus sit per iniuriam iudicis. An vicissim pro emptore habendus est hæres legitimus qui vicit inuitum & reluctantem hæredem institutum? An fortè ius aliquod & causam aliquam habere potest ab hærede scripto, quem pronunciatum sit nullum ius in hæreditate habere, aut vnquam habuisse An non

potiùs

potius à lege ſi iuſtè vicerit, & quia legitimus hæres ab inteſtato reuera fuit, aut quodammodo à iudice ſi per iniuriam iudicis victus fuerit, aut per errorem? Fateor legem 12. tab. emptionis appellatione omnem alienationem compleam fuiſſe, Sed nego alienationem vllam fieri cum à legitimo hærede ſcriptus vincitur. Neque legitimum hæredem ſuccedere in ius & in locum inſtituti ſiue iure, ſiue iniuria vicerit. Nego in ipſius ergo perſona impleri poſſe dandæ pecuniæ conditionem, quæ in perſona ſcripti hæredis ex teſtatoris voluntate impleri debuerat. Neque verò poſſum mihi perſuadere aut Q. Mucium, aut Labeonem, aut denique Pomponium contrà ſenſiſſe. Nam quod ad Q. Mucium pertinet, nihil eſt apud Pomponium quod facere debeat, vt putemus hæredi legitimo pecuniam dari eum voluiſſe. Imo potiùs, vt iam attigi, cùm poſteriorem quæſtionis propoſitæ partem ita conceperit *an nihil videat. ſenteus. qua vicit, in eam rem valere*, oſtendit ſatis in id ſe procliuiorem eſſe, vt putet hac in re, id eſt quod ad cauſam ſpectat implendæ conditionis nihil ei prodeſſe debere quod vicerit, ſiue iuſtè, ſiue per iniuriam iudicis. Et cùm addit *quapropter ſi viginti hæredi ſcripto dediſſet & res contra poſſeſſorem iudicata eſſet illum in ſeruitute fore*. Non id ſibi vult quod vulgò creditur, Potiorem legitimi hæredis qui vicit, quàm inſtituti qui victus eſt conditionem eſſe debere. Sed vt tantò magis probet ſtatuliberum hunc libertatem conſequi nullomodo poſſe, Ait nihilomagis liberum fore illum, etiamſi hæredi ſcripto pecuniam dediſſet quamuis ante ſententiam: Non quaſi pecunia hæredi legitimo dari potuerit aut debuerit ad conditionem implendam (quod ſi eſſet, facillimè Andronicus libertatem conſequeretur, ſaltem ſoluendo iterùm legitimo hæredi) ſed vt clariùs appareat intercidere libertatem cùm neutri pecuniam dare Andronicus poſſit, Non hæredi legitimo, quia in eius perſona conditio adſcripta non eſt, ſed in perſona hæredis ſcripti. Non etiam hæredi ſcripto quia licèt per ſententiam hæres eſſe non deſinat, niſi ſi fortè in querela inofficioſi victus eſſet *l. ex facto 49. §. vltim. D. de hered. inſtit. l. in ſubſtitutione 31. De vulg. & pupil. ſubſtit. l. circa 19. De inoff. teſt.* cùm tamen iuſtè victus eſt, apparet eum neque hæredem, neque dominum vnquam fuiſſe ac proinde in eius perſona conditionem impleri nunquam potuiſſe. Nec dubitandum eſt, quin idem ſenſerit Mucius, quod Labeo, Ita hoc accipiendum ſi reuera legitimus & ab inteſtato hæres fuerit is qui vicit. Nam ſi per iniuriam iudicis, nulla ratio eſt cur ei non poſſit dari pecunia, qui reuera hæres fuit, quique etiam poſt ſententiã hæres manet: Idque ſiue pecunia data ſit ante ſententiam, ſiue poſt, cùm ſententia hoc caſu non noceat libertati, adeò vt nec ſtatulibero neceſſe ſit appellare. Tunc enim appellatio neceſſaria eſt, cùm alioqui ſententia paritura eſſet exceptionem rei iudicatæ, vt *in dict. l. à ſententia 5. §. 1. l. ſi perluſoria 14. in princ. D. de appellat.* Sed tamen probare debet hæredem ſcriptum per iniuriam iudicis victum fuiſſe. Quod in dubio præſumendum non eſt. Ideóque nec valde ſuccenſendum arbitror Mucio qui hanc Labeonis diſtinctionem prætermiſerit quam nec Papinianus adiecit *in dict. l. 3. in princip. D. de pignor.* quaſi ſufficiat dixiſſe, Victum eſſe hæredem ſcriptum, vt præſupponatur iuſtè victum fuiſſe. Videturque Papinianus hanc ipſam Mucij ſententiam inſinuare cùm ſcribit, *Atquin aliud in legatis, & in libertatibus dictum eſt.* Scilicet à veteribus, inter quos fuit nobiliſſimus Q. Mucius Scæuola, ex cuius vnius ſcriptis fragmenta nobis aliqua ſuperſunt, eáque perpauca. Quominus videri mirum debet, quod ſuprà diximus intelligendum Papinianum de eo caſu quo ſcriptus hæres victus ſit iure, non iniuria. Cur non enim liceat nobis ad Papinianum notare illud ipſum quod Labeo ad Q. Mucium? Sed & quod per aduerſatiuam ſcriptum eſt in verſ. *Sed veriſſimum eſt quod & Ariſto Celſo reſcripſit poſſe dari pecuniam hæredi ab inteſtato ſecundum quem ſententia dicta eſt*, non obſcurè innuit aliud exiſtimaſſe Quintum Mucium, itémque Labeonem, ſcilicet non poſſe dari pecuniam hæredi legitimo, nec ſi iure vicerit. An ergo dicemus in iure tam aperto diſſentiiſſe Pomponium à cæteris? At ſi ita eſt, Exiſtimauit igitur Pomponius Et valere poſſe libertatem ex teſtamento nullo vel irrito, Et præſuppoſita libertatis validitate, In alterius perſona dandi conditionem impleri poſſe quàm de quo teſtator dixerit & ſenſerit. Quod vtrumque falſiſſimum eſt, & à iuris ratione alienum. Dicam igitur, quod res eſt, ab illo verſic. *ſed veriſſimum eſt*, ad finem vſque legis, omnia eſſe Triboniani, ſuam in iure noſtro inſcitiam ſi quo alio vnquam loco, manifeſtiſſimè hic prodentis, & argumento legis 12. tabul. ſtolidiſſimè abutentis, vt hæredem legitimum in comparationem victi teſtamentarij. h... ret pro eo qui à vero herede emiſſet, Quaſi alienari videri poſſit hæreditas quam pronunciatum eſt ad legitimum hæredem pertinere non ad teſtamẽtarium qui antea ipſam poſſederat. Eandémque Triboniani infantiam illud etiam detegit, quod in fine legis ſubiicit, *hunc autem, id eſt poſſeſſorem hæreditatis, cui data eſſet ſumma, ſi victus eſſet hæreditatis petitione cum cæteris eam quoque pecuniam victori reſtituere debere.* Nam neque hoc ea ratione iuris defendi poteſt, vt hæres ſcriptus teneatur hæredi legitimo qui vicerit reſtituere, quod à ſtatulibero accepit implendæ conditionis cauſa, cùm non tam iure teſtamenti & ex iudicio teſtatoris, quàm mortis cauſa id cœpiſſe dicatur *d. l. Mouius 55. D. de cond. & demonſtr. l. ſi quis ſub conditione 8. in fin. D. ſi quis emiſſ. cauſ. teſtam. l. qui pretio 8. D. de mort. cauſ. donat. & capion. l. nec vllam 13. §. ſed etſi retenta D. de hæred. petit.* Et quamuis accepiſſet iudicio teſtatoris, Non tamen neceſſaria eſſet conſecutio, vt ideò cogeretur eam pecuniam reddere legitimo hæredi. Quid enim aliud cogendus ſit hæres ſcriptus, idémque victus reſtituere legitimo, niſi quòd habiturus fuiſſet legitimus ſi teſtamentum nullum cõditum fuiſſet, aut ex eo teſtamento hæres nemo? Atqui ſi teſtator nullum teſtamentum feciſſet, aut ſi ſcriptus hæres non adiiſſet, nihilomagis pecunia ſtatuliberi ad legitimum hæredem perueniret, quia non potuiſſet, vt diximus, in eius perſona ſtatuliber implere conditionem, imò nec teſtamentariam vllam ſperare & directam libertatem *dict. l. 3. in princip. D. de pign. l. 2. §. 1. D. de iur. codicill. l. ſi nemo 9. D. de teſtam. tutel.* Nulla ergo iniuria fiet legitimo hæredi, quamuis non cogatur hæres inſtitutus, idémque victus pecuniam ei reddere quam à ſtatulibero accepit. E contrario fiet iniuria hæredi ſcripto ſi cogatur id reddere quod habuit implendæ conditionis cauſa & mortis cauſa potius quàm iure teſtamenti. Nec tam iure hæreditatis, quàm occaſione hæreditatis, & quidem non quatenus hæreditas eſſet, ſed quatenus teſtamentaria. Adeóque ſi verum amamus non tam occaſione hæreditatis, quàm per errorem & imperitiam cùm valere teſtamentum crederetur, vt in *l. debitor 59. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* qui textus in hanc rem accommodatiſſimus eſt. Nam licet non quicquid venit in petitionem hæreditatis veniat etiam in reſtitutionem fideicommiſſi, vt in fructibus cernere eſt *l. item veniunt 20. & paſſ. D. de hæred. petit.* iunct. *l. in fideicommiſſ. 18. ad SC. Trebell.* Difficilius tamen eſt vt legitimo hæredi reſtituere debeat teſtamentarius id quod occaſione teſtamenti acceperit, quam vt hæres grauatus reſtituat

fideicommissario. Tam enim grauatus hæres quàm fideicommissarius succedunt ex eodem iure, id est ex eodem testamentu & ex eiusdem testatoris voluntate. Hæres verò legitimus & testamentarius diuerso penitus iure, & ita diuerso vt nec simul possint vnquam succedere, nec vnus post alium cùm causa testati semper impediat causam intestati & contra, Excepto singulari casu *l. si quis ita 82. D. her. inst.* Quamuis si statuliber implendæ conditionis causa soluerit pecuniam hæreditariam, possit ea res inducere petitionem hæreditatis, quia pecunia hæreditaria est, vt contra Papinianum pro Sabino disputat Vlpianus *in dict. §. sed et si retenta.* Hæc cum ita sint, non est, quod ij qui contra nos defendunt. Ex sententia transferri dominium ipso iure, locum hunc Pomponij nobis obiiciant, in illis verbis *nec interesset quo genere quisque dominus eius fieret*, quasi sensus sit nihil interesse, an dominus quis fiat per hæreditatem, an per sententiam, & quasi eadem sit potestas sententiæ quæ hæreditatis ad faciendum hæredem & dominum. Nam præter id quòd ostendimus, totam hanc sententiam Triboniani esse non Pomponij, Etiamsi maximè Pomponij esset, nihil tamé authoritas eius nobis noceret. Sensus enim esset, Nihil interesse non ad per hæreditatem, an per sententiam quis fiat hæres, quem certum est nisi per hæreditatem fieri non posse *l. filiusf.* 18. *D. ad leg. Falcid. l. 1. & 2. D. de castr. pec.* Sed an ex testamento, an ab intestato quis hæres fit, quia tam hicquàm ille hæres est: sed tamen neuter per viam alienationis, qui casus est quem lex duodecim tabularum de emptione locuta demonstrauerat: Denique cùm Pomponius ex Q. Mucio & Labeone tractet casum illum quo scriptus hæres iure victus sit à legitimo, Non potest fieri, vt in legitimum hæredem per sententiã dominiũ aliquod transferatur [illegible] ripto hærede, qui nullum vnquã habuit. Sed habet legitimus hæres totũ ius suum à lege quæ cùm detulerit ei hæreditatem, quam ipse adeundo sibi acquisiuit. Vt quę tam fuit hæres & dominus antesententiam quàm post victoriam, nec adiicere quicquam potuit sententia etiam quæ transierit in rem iudicatam, nisi vt hæreditatis controuersiam pati amplius non possit à scripto hærede. Quamuis libertatibus & legatariis integrum sit probare si possint scriptum hæredem per iniuriam iudicis victum fuisse, vt non noceat eis res iudicata. *Ex d. l. si seruus plur. 50. §. 1. De leg. 1.* Longiores equidem in huius loci interpretatione fuimus, ne partem interpretationis in Decadem sequent. reiicere cogeremor. Sed non potuit tam obscura & elegans quæstio, tam malè à veteribus & quæ tãta luce indigebat, paucioribus explicari, ne quis dubitãdi scrupulus superesset.

ANTONII FABRI I.C.

Decas nonagesimanona.

ERROR PRIMVS.

De laudimiis ex datione in dotem debitis.

VARIÆ sunt nostrorum distinctiones & sententiæ in quæstione illa sæpius in foro & scholis agitata, Vtrum pro ea re quæ in dotem fiue à patre, siue ab alio data sit, laudimium aliquod debeatur. Etsi enim stricti iuris ratio repugnare videtur quominùs feudum vel emphyteusis in dotem dari possit dominu præsertim irrequisitu vel non consentiente *Cap. 1. §. donare Qualit. olim. poter. feud. alie. in vsib. Feudor. lib. 2.* Iam tamen obtinuit fauore dotium, vt possit, Non solùm apud nos qui ex generali consuetudine bona omnia feudalia & emphyteoticaria pro allodialibus habemus sed etiam apud cæteros qui iuris feudalis & emphyteutici naturam & regulas retinuerunt. Eo saltem casu quo alia bona allodialia nulla sint, quæ in dotem dari possint: Quo casu etiam statutum apud nos extat, De feudalibus quoque bonis ex hac causa obligandis & alienandis. Sed etsi consensus domini, vt vocant directi exigendus esset, ac ante omnia requirendus ex Iustiniani constitutione *in l. vltim. Cod. de iur. emphyt.* adhuc tamen fieri possetloeus propositæ quæstioni de laudimio. Solet enim domini saluis iuribus suis cæteris consentire, vt *in l. 4. §. 1. quib. mod. pign. vel hypot. soluit.* nec consensum domini interuenisse ad aliud proficit, nisi vti ne commisso locus esse possit. Prima opinio est distinguentium, An feudum detur æstimatum & quidem tali æstimatione quæ faciat emptionem an verò inæstimatum, Vt hoc posteriore casu & requirendus sit consensus domini & solui debeat laudimium, Priore verò contrà, neque requiri consensum domini, neque laudimium ei solui oporteat. Ita Specul. ex quorundam veterum quos refert sententia, in *Titul. de locat. §. nunc aliqua versic.* 10. Hostiens. in summa eiusd. *Titul. de locat. §. quid sit de natura, vers. nunquid. ego.* Guid. Pap. *quæst.* 40. Aufrer. *ad Deci. Capell. Tholos.* 278. Eamque communiorem esse interpretum opinionem testatur Amed. à Pont. *quæst.* 19. post Stephan. Bert. *consil.* 380. incip. *Duo sunt volum.* 2. & Andr. Tiraquell. *De retract. gentilit. §. 1. glos.* 14. *num* 95. & 108. Alij magis probant vt indistinctè dicendum sit, Pro re in dotem data laudimium nullum deberi. Quam sententiam mordicus defendit Iason. *ad dict. l. fin. num.* 49. *Cod. de iur. emphyt.* & rationem affert quòd alienatio hæc sit necessaria, Cùm necesse sit dotes dari, vt possint mulieres nubere ad propagandã & replendam liberis hominibus ciuitatem. In quo præcipuus quidam reipublicæ fauor elucet *l. 2. D. de iur. dot. l. 1. D. solut. matrim. l. interest.* 18. *D. de reb. author. iudic. possid.* alias *l. 3. de priuil. credit.* Sunt & qui aliam rationem afferant. Quod dos succedat loco legitimæ, quam potest filia capere in corporibus hæreditariis *l. scimus* 36. *§. repletionem Cod. de inoffic. testam.* Sieque ratiocinatur Io. Paponius *in syntagm. lib.* 13. *Titul.* 2. *§.* 24. & 33. Addunt alij distinguendum esse an bona alia sint allodialia, quæ in dotem dari poterint, vt si nulla sint, procedat eo casu sententia Iasonis si verò sint aliqua, secus dicendum sit quod necessaria videri non possit alienatio bonorum feudalium vel emphyteuticorum quoties alia supersunt, in quibus constitui dos possit, ita Crauet. *consil.* 215. *num.* 6. & *seqq. Ex not. per DD. in cap. potuit.*

Exte.

Extr. de locat. Per. text. in § emphyteusim. Nau 7. De non alien. & parmius. rib eccles. Exemplo eius quod alias dici solet de bonis fideicommisso subiectis non posse dotem constitui, si ex aliis possit, vt tractat Corneus *consil. 3. lib. 3.* post nostros ad *Auth. res qua Cod commun. de legat. ex l. mulier. 22. §. cùm præponeretur D. ad SC. Treb.* Addit ibidem Crauet. *n. 8.* Interdum tamen etiamsi alia bona sint allodialia, permittendum esse patri, vt de bonis feudalibus vel emphyteuticis filiam dotet, Nimirum quoties filia est ex personis in inuestitura comprehensis, & ad quam post mortem vasalli vel emphyteutæ res erat peruentura. *Et tradit.* per Ias. *in l. fin. col. 12. vers. Secundà iuxta proximam quæstionem quæro,* & Rip. *in l. qui Romæ §. duo fratres De verb. obl.* Adeò vt nec aliud hoc casu dicendum existimer, etiamsi alienatio sit voluntaria. Sunt denique qui distinguant, Vtrum dos detur ab eo qui dotare tenebatur an ab alio, vt priore tantùm casu procedat eorum sententia qui pro re in dotem data laudimium deberi negant, non etiam posteriore, quia non tantùm fauore dotis nitatur communis sententia, sed illa etiam potissimum ratione quàm diximus, quòd ex causa omnino necessaria fieri videatur, cùm neque frater, neque alius quilibet extraneus dotem dare prohibeatur si velit, quamuis vt det, inuitus cogi non possit. Fuitque olim hæc vna ex differentiis dictæ & promissæ vel datæ dotis. Dotem enim dicere, certis tantùm personis concessum erat, Promittere verò vel dare dotem cuilibet licebat, eáque dos aduentitia dicebatur, & specialiori nomine receptitia si eam extraneus sibi reddi stipulatus esset, vt Vlpianus in Fragmentis testatur *Tit. de dotib.* eiúsque veteris iuris vestigium extat *in l. promittendo 41 D. de iur. dot.* Nec desunt rursum qui in ea quoque dote quam pater dederit, distinguendum existiment, an dederit eam filiæ, an genero, vt si filiæ laudimium nullum debeatur, secus si genero, quia tunc supra dicta distinctio adhibenda sit, An res in dotem data fuerit æstimata, an inæstimata. Et ita sentit Amedeus à Ponte *d. quæst. 29.* quamuis Crauetta supradicto *consil. 215. n. 2.* hanc distinctionem nolit admittere. Quasi ex causa dotis omnimodo transferatur dominium, siue dotem pater det filiæ *ex l. Pomponius Philadelphus 35 D. famil. ercisc.* siue genero, vt *in l. doce 9. C. de rei vind.* Miror ego nec satis mirari possum in tanta opinionum & Doctorum varietate, neminem dixisse quod meo equidem iudicio dicere oportuit, Ex omni contractu dotali si modò res dotales traditæ sint, translatúmque earum dominium, perinde atque ex alia qualibet dominij translatione, laudimium deberi. Mouet me perpetua illa ratio quæ in superioribus Decadibus tam sæpe à nobis repetita, & inculcata est, quòd ex omni translatione dominij per quam nouus vasallus aut emphyteuta constituatur, laudimium deberi certum est, Non inspecto eo, An consensus domini ad transferendum dominium requirendus fuerit, necne: Aut an alienatio necessaria fuerit, an voluntaria, Quòd huiusmodi distinctiones ad commissi potiùs, quàm ad laudimij causam pertineant. Atqui certum est ex causa dotis quæ benè constituta sit traditione rei dotalis secuta dominium transferri in maritum qui dotem accipit, vt habeat vnde ferat onera matrimonij *d. l. doce* iunct. *l. pro oneribus 20. C. de iur. dat. & Tit. quib. alien. licet vel non Instit. in princip.* Etsi enim soluto matrimonio dos data & tradita ad eum qui dedit plerunque reuertitur, puta ad patrem si dos profectitia sit *l. iure succursum 6. D. de iur. dat. à patre 4. C. eod.* aut etiam ad extraneum si sit receptitia, aut denique extra hos casus ad mulierem ipsam, siue ex stipulatione expressa, siue ex tacita quam ei Iustinianus dedit *in l. vnic. C. de rei vxor. act.* dotis tamen causa perpetua est, quia datur eo animo & voto, & penes maritum perpetuò remaneat, inquit Paulus *in l. 1. D. de iur. dot.* quod non aliam ob causam monitum Paulus voluit, quàm ne dubitari posset quin dominium rei dotalis in maritum transferretur, quod transferri non solet ex causa temporali, vt ex illo Pauli loco bene Iacob. Cuiacius notauit. Ac quamuis plerisque iuris locis scriptum sit dotem esse mulieris non mariti *l. quamuis 75. eod. tit. l. si constante 24. §. si maritus D. solut. matr.* Id tamen ita accipiendum esse cōnstat, vt dominium rei dotalis si quod est mulieris, sit nudum Quiritiarium, Bonitarium verò ad maritum solum pertineat, ita vt si quando in vindicatione cum eo mulier velit concurrere, sit ille mulieri præferendus *d. l. quamuis & d. l. doce*, quemadmodum alio loco explicauimus, aut vt rem dotalem à dote distingui oporteat, & res quidem dotalis in dominio sit mariti, Dos tamen ipsa sit mulieris, quæ sola dotata dici potest, non maritus. Est enim dos ius quoddam vniuersale, quod penes mulierem residere nihil vetat ne alioqui dicendum esset mulierem quæ dotem marito date hoc ipso indotatam fore, quod esset ridiculum *l. apud Celsum 4. § sed etsi 21. D. de doli mal. except.* Nam quod sequitur in *§ apud Iulianum 22. ead. lege*, repelli posse maritum exceptione doli ex persona mulieris. Propterea quòd dos quam ab hærede soceri petit, intelligatur quæri filiæ quæ per hoc dotem sit habitura, quasi nullum mariti ius sit in dote, sed mulieris duntaxat, ad eum casum omnino restringendum est quo maritus agat de dote post diuortium, aut aliter solutum matrimonium, vt *in l. purè 5. §. si eum ead. tit.* Ne alioqui obstet quod scriptum est *in d. l. sed etsi & d. §. si eum*. Nulla exceptione repelli posse maritum ex persona mulieris, cùm is petendo dotem non tam mulieris, quàm suum negotium gerat, qui non fuerat indotatam vxorem ducturus. Quod & satis apertè Iulianus expressisse mihi videtur, cùm duobus locis tractat de muliere subiunxit *cui pecunia quæreretur*. Non enim mulieri sed marito acquireretur pecuniam quàm ex causa dotis maritus peteret constante matrimonio, ideóque nec doli exceptione repelli posset ex persona mulieris. Quamuis tùm quoque cùm agit post diuortium proprij doli exceptione repellendus sit *dict. §. apud Iulianum in fi.* vbi quod additur *licèt videatur nulla dos filia vt ait quæri*, euidenter mendosum est legendumque *illa* pro *nulla*, vt constat ex præcedentibus in quibus eadem Iuliani sententia relata fuerat illo loco *intelligetur inquit filiæ acquiri*. Quo verbo *intelligetur* & sequenti illo *videatur*, satis innuit Vlpianus, acquiri reuera pecuniam marito, mulieri verò minus propriè ac non nisi velut in consequentiam, & ex causa quadam lucratiua, cùm tamen ad maritum pertineat ex causa onerosa *l. vlt. §. si a socero D. quæ in fraud. credit. l. ex permissione 19. D. de oblig. & act.* Vnde fit vt in omnibus de dote quæstionibus magis spectanda sit persona mariti quàm mulieris *d. l. doce lege Titia 62. D. de iur. dot.* Planéque peruersa est Triboniani Iurisprudentia *in l. in rebus 30. C. eod. tit.* cùm ait dominium rerum dotalium, mera quidem iuris subtilitate transire in maritum, sed tamen reuera esse mulieris. Cùm è contrario debuisset potius dicere, Earum dominium, esse reuera solius mariti, Iuris verò subtilitate esse mulieris quæ habet nudum quiritium, tenente marito bonitarium, Adeò vt etiam post solutum matrimonium esset olim necessaria mulieri actio de dote ad repetendam dotem, nec posset authoritate propria nancisci possessionem rerum dotalium inuito marito si matrimonium diuortio solutum fuisset, aut inuitis vel ignorantibus mariti hæredibus si morte

mariti, Multò minùs hæredes mulieris si ea marito prædecessisset *l. dotis act. 9. & pass. C. solut. matr.* Tantùm aberat vt posset mulier res dotales vindicare tanquam suas priusquàm fuissent ei restitutæ, & per retrotraditionem à marito vel mariti hæredibus factam acquisitæ. Vt proinde dubitari non possit, quin à iuris ratione omnino alienum sit quod sub Iustiniani nomine Tribonianus induxit *in d. l. in rebus*, vt rerum dotalium vindicationem habeat mulier quasi suarum propriarum soluto matrimonio citra vllam dotis restitutionem: sicut & illud quod cùm directa dominij vindicatione vult concurrere posse hypothecariam. Vt si quis velit admittere dominium esse mulieris, det ei vindicationem, si negare, saltem hypothecariam ei concedat. Id enim est quòd lex ait *vt siue ex naturali iure eius d. mul. res esse intellig. siue secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam peruenisse videntur.* Quibus verbis ostendit planè se nescire vtrum potiùs dicendum sit, & tamen quasi vtrumque simul dici possit, Et mulieris esse & non esse, quæ sunt contradictoria. Vtramque dat ei actionem & vindicationẽ dominij & hypothecariam, sed tanquam optimo ad contradictionem euitandam tẽperamento, diuersis respectibus. Vindicationem scilicet tanquam dominæ & hypothecariam tanquam non dominæ cùm nemini res sua possit esse obligata *l neque pignus 45. De regul. iur.* Nec videt contradictionem in eo semper manere quod hoc ipso vult, Eam rerum dotalium dominam & manere, & non manere. Nam si manet, quomodo potest habere hypothecariam, si non manet, quomodo vindicationem? Denique quomodo manere, & non manere? Hic nimirum applicanda esset diuersorum respectuum distinctio, ne viderentur possent ista contradictoria, qualia certè sunt. Nec debuit Tribonianus hac parte opponere ius naturale rationi iuris ciuilis, quam ille subtilitatem legum vocat, Cùm si ius naturale illud intellexit, quod distinctum sit à iure gentium, defendi ea propositio non possit quia iure naturali erant omnia communia, nec nisi à iure gentium cœpit distinctio dominiorum *l. ex hoc iure 5. De iust. & iur.* si verò ius naturale dixit pro iure gentium, æquè falsum est iure naturali manere res vxoris quæ siue à muliere ipsa, siue ab alio pro muliere traditæ sint marito. Quid enim tam rationi naturali conueniens est ex qua vna ius gentium æstimatur, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res De acquir. rer. domin.* Rursum quî fieri obsecro potest vt rerum dotalium dominium habeat mulier quas aut pater aut alius extraneus quilibet rectà tradiderit marito, non interposita mulieris persona, Nam & ita plerunque fit, & quòd magis est, ita fieri omnino necesse est cùm dos à patre datur, quippe qui si dotem tradat ipsi filiæ ac non prius genero nomine filiæ nihil agit propterea quòd ius patriæ potestatis impediat ne aut obligatio aliqua inter patrem, & filiam contrahi possit *l. imperator 50. D. ad SC. Trebell.* aut dominium à patre in filiam transire *l. 2. Cod. de inoffic. donat. l. siue emancipatis 17. Cod. de donat. l. donationes 31. §. pater D. eod. famil.* Idque omnium optimè probat Papiniani responsum illud elegans quod extat *in dict. l. Pomponius 35. ercis.* licèt eo passim nostri abutantur, vt defendant donationem & traditionem inter patrem & filiam ex causa dotis valere, quod nos in secunda Chiliadis huius parte ex professo confutauimus pluribus, & verum Papiniani sensum aperuimus. Debuerat igitur Tribonianus ad eum saltem casum restringere constitutionem, quod res dotales aliquando & ab initio, vt ipse loquitur, mulieris fuissent, id est cùm mulier ipsa dotem dedisset ac res suas dotis nomine marito tradidisset. Nunquam enim mulieris fuisse dici possunt eæ res quas aut pater aut alius marito primum tradiderit, non per mediam filiæ personam, Nisi fortè hoc quoque priuilegium mulieribus ac dotibus dare volumus, vt dominium quod ex causa dotis per traditionem marito factam marito acquisitum est ipsi etiam mulieri acquisitum intelligatur: Quod etiamsi maximè quis sine lege ac ratione facere velit, nunquam tamen persuadebit posse hoc admitti cùm pater nomine filiæ dotem genero dedit & tradidit, vt in *dict. l. Pomponius*, Ne alioqui traditio marito facta quam fingeremus factam mulieri plus posset ficta, quàm posset vera quæ si à patre f[illegible] fiet filiæ, nullum vt diximus in eam dominium transferret. Ex quo etiam intelligimus quàm verum sit quod supra dicebamus, separandam esse in hac dominij quæstione causam dotis à rebus dotalibus. Nam cùm pater nomine filiæ dotem genero dedit, & tradidit filia quidem ipsa est quæ habet dotem (quis enim hoc casu eam indotatam dicat?) & tamen dotalium rerum dominium ad solum maritum pertinet, quod in mulierem à patre etiam volente transire nullomodo potest. Vnde petenda videtur elegans dubitandi ratio ad *l. etiamsi 8. Cod. de iur. dot.* vbi mater quæ dotem pro filia dederat, pacta erat, Moriente in matrimonio filia, non dotem sibi reddi, quomodo stipulari debuerat, sed vt ea quæ in dotem dederat matrem sequerentur & ad eam pertinerent. Quæ stipulatio inutilis videbatur cùm de dote ipsa restituenda non de rebus dotalibus interponi debuisset. Itaque non nisi ex æquitate stipulationem hanc Gordianus valere rescribit. His igitur ita constitutis, concludimus, Ex dotis constitutione ac traditione marito facta per eum qui dominus fuerit, sicuti dominium transfertur in maritum, ita & laudimium à marito deberi domino directo. Sed si fundus dotalis à patre traditus esset ipsi filiæ, non genero, aliud probarem quia cùm nulla hoc casu fiat translatio dominij neque in filiam obstante Iuris potestate, neque in maritum qui traditio ei facta non sit à patre, licèt maritus etiam ex voluntate & mandato soceri eius fundi fructus & reditus exegerit, vt *in dict. lege Pomponius*, Nullum quoque laudimium deberi consequens est. Et in hoc solo casu cum interpretibus sentio, sed alia quàm ipsi mouentur, ratione.

ERROR II.

De fundo dotali æstimato vel inæstimato.

PRima illa est distinctio interpretum, vt diximus, cùm quærunt de laudimio quod pro re in dotem constituta & tradita petatur; An res dotalis tradita fuerit æstimata, an inæstimata, Vt si quidem æstimata sit dummodò tali æstimatione quæ faciat emptionem, laudimium omnimodo debeatur, Non etiam si inæstimata. Quam distinctionem qui non probant, defendunt indistinctè laudimium pro fundo in dotem dato nunquam deberi, ne tùm quidem cùm fundus fuit æstimatus, etiam ad contrahendam emptionem dotis causa. Omnes, meo iudicio æquè malè. Sic enim sentio, semper pro dotali fundo cuius dominium ex ea causa siue in maritum, siue mulierem translatum sit, laudimium deberi, tùm quoque cùm æstimatus non fuit. Sed grauiùs errant posteriores quàm priores, quoniam longè maior ratio est, vt pro fundo æstimato, quàm vt pro inæstimato laudimium debeatur. Vtroque qui-

dem

dem casu fundus dotalis sit mariti nec minùs is qui æstimatus non fuit, quàm qui fuit, adeo vt quod magis est, fundus dotalis propriè is dicatur qui æstimatus non est, vt Iustinianus scribit *in l. unic. §. cùmque ex stipulatu C. de rei vxor. act.* Verumtamen in fundo æstimato duplex ratio est propter quam dicendum sit laudimium pro eo deberi. Vna, quæ inæstimato quoque fundo communis est quod sit dotalis, & consequenter factus mariti: Altera quòd sit venditus marito & extra periculum restitutionis, si quando contingat soluto matrimonio restitui dotem oportere. Ideoque & periculum omne ad maritum hoc casu pertinet, quod alioqui melius æquius esset, ad mulierem pertinere *l. plerunque 10. D. de iur. dot.* Nisi cùm conuenit vt fundus ipse redderetur habita ratione augmenti & diminutionis, vt *in l. æstimatio 50. D. solut. matr. l. vlt. D. de pact. dotal.* ob eàmque causam æstimatio facta est vt sciri posset fundo perempto vel deteriore aut meliore facto quid & quantum reddi oporteret, vt *in l. si inter 21. C. de iur. dot.* ideoque bene interpretes, cùm de fundo dotali æstimato loquuntur, adiiciunt *tali æstimatione quæ faciat emptionem*, quia non omnis æstimatio facit emptionem, sed ea tantùm quæ fit eo animo contrahendæ emptionis *l. 1. D. de æstimat. act. l. cùm post 69. §. rùm res D. de iur. dot.* Etsi autem æstimatio fundi dotalis non facit emptionem simplicem sed secundum quid, id est dotis causa, cuius longè diuersa ratio est ab emptione simplici, vt constat *ex l. quoties 16. eod. tit.* eandem tamen vim & potestatem habet quam simplex emptio ad acquirendum irreuocabiliter marito dominium fundi dotalis. Et idcirco nulla ratio est, cur pro eiusmodi fundo laudimium deberi quis neget, quod alia qualibet facta venditione deberetur. Quid enim refert an dotalem rem vel emphyteuticam maritus emat, an alius quilibet? Aut quis dicat necessariam esse hanc alienationem quæ per viam venditionis & emptionis fiat? Etsi enim maximè concederem, quod nego constitutionem dotis esse alienationem necessariam, cùm & matrimonium possit esse sine dote *l. 3. D. de iur. dot.* & quantulacunque summa dotis nomine data possit dotem facere, nec alius quàm pater dotem filiæ dare teneatur *l. capite 19. De rit. nupt. l. vltim. Cod. de dot. promiss. l. cùm plures 12. §. vltim. D. de administr. tutor.* ita vt dicatur mulier habere dotem ex causa lucratiua *l. vlt. §. 1. D. quæ in fraud. credit.* Nunquam tamen patiar, vt alienatio quæ fit per constitutionem dotis æstimatæ dicatur necessaria, cùm mera emptio & venditio sit sine qua constitutionem dotis inæstimatæ fieri non modò nihil prohibebat, sed etiam naturæ dotalis contractus magis conueniebat. Nec me mouet quod Amedeus respondet *dict. quæst. 19.* Posse etiam in dote constituenda æstimationem esse necessariam propter modum constitutionis, cùm non liceat vasallo totum feudum in dotem dare, vt neque grauato hæredi, totum fideicommissum si de parte dotari congruè filia possit. Ex Paris. *cons. 16. num. 52. vol. 1.* Purpur. *cons. 343.* Nam hæc ratio concludit duntaxat æstimationem totius feudi esse faciendam, non autem rei solius dotalis quæ ex feudo in dotem datur. Alioqui si ex tribus aut quatuor fundis feudalibus, vnus tantùm in dotem datus sit, quid proderit æstimatum esse dotalem, vt sciatur an dos tanta dari potuerit, si non cæteri quoque æstimentur, ex quorum scilicet comparatione congruæ dotis proportio sumenda sit? Sed & cùm totum feudum simul, & confusè vno pretio æstimatum est, si vnus fundus ex tribus aut quatuor in dotem detur, quid necesse est eum æstimari separatim, cùm nihilominùs sciri facilè non fore constitutionem supra modum congruæ dotis? Finge quatuor esse fundos æquè bonos & fertiles, nec tamen æstimatos. Quis non videat nulla etiam facta, siue omnium, siue singulorum æstimatione posse vnum ex iis in dotem dari, nec idcircò immodicam dotem fore? Denique talem æstimationem satis esset fieri quandocunque postulante domino directo qui dotis constitutionem immodicam vellet dicere, idque sumptibus domini qui eam constitutionem immodicam esse contenderet. At æstimatio illa de qua nunc tractamus planè alterius conditionis est. Fit enim inter solos coniuges ac pro ipsorum arbitrio, & ob id nec domino directo nocere potest tanquam res inter alios acta & eo inaudito, Alioqui vocandus esset ad ineundam æstimationem si ad eos fines fieret vt sciretur quatenus diminutio feudi fieri deberet per dotis constitutionem *l. de vnoquoque 47. D. de re iudic. l. nam ita 39. D. de adopt.* Ergo tametsi necessitas alienationis ad hanc rem aliquid pertineret, quod nos in præcedenti Decade falsum esse ostendimus, non esset tamen hæc bona ratio propter quam dici deberet, Pro dotali fundo æstimato laudimium non deberi. Cùm hæc non solùm dotis constitutio sit, sed etiam venditio ac emptio & consequenter voluntaria. Nec enim aut emere aut vendere quisquam cogitur *l. non enim 9. D. rer. amot. l. nec emere 19. C. de iur. delib.* Neque illorum etiam distinctio recipi potest qui existimant pro dote quidem æstimata deberi laudimium sed non statim cùm facta emptio est, at eo demùm tempore quo fundus remaneat penes maritum ex illa emptione. Accidit enim aliquando vt restituatur mulieri si maritus id eligat tanquam debitor, aut etiam mulier ipsa si mulieris fuit electio *l. plerunque 10. § vltim. D. de iur. dot.* Etsi namque facultas eligendi semper differtur in tempus vsque soluti matrimonij, tamen dominij translatio non idcircò dilata videri potest, Cùm per traditionem ex dotis simul & emptionis causa factam dominium statim transferatur in maritum, Cuius & periculum est tanquam domini si ante factam electionem siue constante siue soluto matrimonio res perierit, aut deterior facta sit *d. §. vlt. iunct. l. seq.* iuxta eam lectionem & emendationem quam nos docuimus *lib. 7. Coniect. cap. 5.* Nam facultas electionis in fundo restituenda non tollit intellectum traditionis, vt verbis vtar Papiniani *in l. si patroni 55. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* quippe quam potiùs præsupponit quandoquidem non alia de causa fundus restituendus est quàm quia traditus marito fuit. Statim ergo laudimium debetur, nec tam inspiciendum est, qui in restitutionē venire possit quod in dubio euentu positum est, quàm quid translatum fuerit & alienatum quod ab initio certum est: Non enim ideò minùs quid nostrum est, quod eius dominium à nobis abire aliquo casu speretur *l. non ideo 66 D. de rei vindic.* Illa tantùm dubitatio potest incurrere, An si mulieri fundus restituatur ex electione siue mariti, siue mulieris, laudimium ab ea restituendum sit quod maritus soluerit. Et quidem si mariti electio fuit, non puto laudimij restitutione onerandam mulierem ne in mariti potestate sit facere conditionem eius deteriorem, cùm debeat ille sibi potiùs imputare cur fundi restitutionem elegerit, Quandoquidem si pretium restituere maluisset, de laudimij restitutione quærendum hodie nihil esset. At si mulieris electio fuit, eadem ratio facere videtur vt condemnari debeat ad laudimij restitutionem quasi imputandum ei sit, cur fundum habere maluerit, quàm pretium. Verùm cùm eligendo fundum vtatur iure suo nec quicquam in conuentione dictum sit de laudimio in eum casum vicissim reddendo. Non puto facilè permittendum vt huius laudimij restitutione mulier one-

retur eiúsque dos minuatur, non magis quàm si dotem æstimatam maritus simpliciter accepisset: Quo casu sicuti nihil nisi pretium soluto matrimonio reddere debuisset, Ita nemo dubitat quin eorum laudimiorum onus sibi retinere deberet, perinde ac si rem aliam quamlibet extra dotis causam emisset. Nã & cùm inæstimatum fundum vir accepit in dotem, idem dicendum arbitror, Et laudimium deberi domino à marito, & ad onus mariti sic spectare, vt cùm dotem restituet, nihil possit ex dote pro laudimij indemnitate retinere. Nec simile est quod cùm venditio facta est sub pacto de retrouendendo, emptor cùm venditori retrouendit, & pretium totum, & simul cum pretio laudimium consequitur quod soluit, ad eóque tametsi nondum soluerit, cùm sufficiat quod ad soluendum sit obligatus, hactenus saltem vt à venditore indemnitas repromittatur, si quando fortè à domino directo pro laudimio conuenietur, Vt solent pragmatici nostri dicere, Seruitiorum petitionem esse in rem laudimiorum in personã. Nam cùm intercessit pactum de retrouendendo, secuta quandocunque retrouenditio fit ex contractus præcedentis necessitate, ideóque mirum non est venditorem laudimium restituere emptori cui rem aufert pro qua laudimium solutum est. Quasi id actum sit vt neque lucri neque damni quicquam ex ea venditione penes emptorem remaneat, quemadmodum solemus dicere cùm resoluitur venditio quæ facta fuerat sub lege commissoria vel sub pacto addictionis in diem, Licèt ex his causis quamdiu resolui ipso iure venditio potest, & fundus inemptus fieri laudimium non debeatur, vt sequentibus fortasse dicemus. At dotis causa perpetua est vt superiore capite docuimus, quoniam datus eo animo & voto vt sit perpetuò penes maritum. *d. l. 1. D. de iur. dot.* Et quod posteà contingit aliquando vt eam restitui oporteat fit ex accidenti & non tantùm præter sed etiam contra votum contrahentium, ideóque attendi non debet *l. nam etsi 15. in princip. D. de inoff. testam. l. scripto 7. §. 1. D. vnd. liber. l. Iulianus 26. vers. denique D. si quis omiss. caus. testam. l. cùm tale 72. in princip. De condic. & demonstr.* Sed & dici potest, Facta retrouenditione restitui à venditore laudimium emptori non tam ex iuris ratione quàm ex conuentione quæ ea de re passim solet interponi, & quæ si nulla interueniret, aliud fortasse probandum foret, Quandoquidem nihil nisi venditionis pretium quod ab emptore accepit venditor, ei reddere cogitur retrouendenti, vt *in l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Constat autem laudimium quod pro re empta debetur, pretij partem nullam facere, nec pretio imputari ●omodo posse, cùm licèt ex causa venditionis proficiscatur debitum laudimij, sit tamen extra causam ipsam venditionis, & tale quid quod extrinsecus accidit, in consequentiam perfectæ iam emptionis, vt & sumptus qui ab emptore fiunt ad confectionem instrumenti, quos nemo diceret venditorem redimentem cogendum emptori reddere si de eo nulla pactio interuenisset. Imputare namque si deberet emptor qui legem apertius non dixisset *ex reg. l. veteribus 39 D. de pact.* sibique meliùs non prospexisset, quod hodie passim facere prouidi emptores solent. Et benè vel ob hoc maximè ne quis dubitationi locus relinquatur. Argumento est, quòd facta venditione certo vt fieri necesse est pretio, si posteà venditor velit eam rescindere ex causa læsionis immodicæ beneficio *l. 2. C. de rescind. vendit.* non potest emptor ad excludendam læsionem intendere laudimij quod soluerit ac sumptuum in venditionem & instrumentum venditionis factorum rationem haberi oportere, Non alia vtique de causa quàm quòd nihil ista ad pretium pertineant & extranea sunt venditioni, licèt iis venditio causam dederit, Vt in Codice nostr... euimus.

ERROR III.

Si dos siue per patrem siue per extraneum constituta sit, & tradita marito, siue æstimata, siue inæstimata. Et ad l. vnic. C. de inoffic. dotib.

NOn valere dotis constitutionem & traditionem à patre factam ipsi familiæ iam diximus ex ea ipse lege qua mouentur interpretes vt contrà sentiant, id est *ex l. Pomponius Philadelphus 35. D. famil. ercisc.* Ideóque nec vllum ex ea laudimium deberi posse siue æstimata siue inæstimata dos proponatur. Nullus ergo supradictæ distinctioni locus relinquitur, nisi cùm dos à patre data & tradita est marito, filiæ nomine. Quo casu valere constitutionem & traditionem nemo dubitat, quamuis per eam fiat vt filia familias dotem à patre habere incipiat, & quidem veluti ex causa quadam donationis, vt scriptum est *in l. vlt. §. 1. D. quæ in fraud. credit.* Fit enim hoc per consequentiam, nec repugnante iuris ratione quæ non solet impedire id quod fit per consequentias *l. 1. D. de author. & consens. tutor.* & ex quodam iuris ordine *l. cùm vnus 12. in princ. D. de reb. author. iudic. possid.* Sed si dos ab extraneo non à patre constituta sit, non distinguimus an mulieri ipsi data sit an marito, nec an mulier sit filiafamilias & in potestate, an sui iuris, cùm hodie filia quoque familias sit capax acquisitionis etiam inuito patre. *ex l. cùm oportet 6. & l. vltim. C. de bon. quæ liber.* Solo vsufructu ad patrem spectante, sed ita demùm hoc ipsum, Nisi ea lege datum sit ab extraneo filiæ, ne ad patrem vsusfructus perueniret. Hoc enim Iustinianus tandem ad priores suas leges addidit *Nouell. 117. c. 1.* vnde sumpta est *Auth. excipitur C. eod. tit. De bon. quæ liber.* Satis autem voluntatem suam declarat is qui dotem dat filiæ familias quòd nolit ad patrem vsumfructum pertinere, cùm dat ei vt habeat ipsa in dotem, si quidem dotis fructus ad maritum spectare conuenit pro ferendis oneribus matrimonij *l. pro oneribus 20. C. de iur. dot.* nec vnquam capienda est ea interpretatio quæ fructus dotis ab oneribus matrimonij separet *l. cum pater 11. D. de pact. dotal.* Olim sanè aliud iuris erat: Nam si extraneus dotem dedisset ac tradidisset filiæfamilias nõ marito, dominium per filiam acquirebatur patri, cùm iure vetere essent filijfamilias acquisitionis incapaces patre volente sibi acquiri, adeò vt ne momento quidem temporis acquisitio consisteret in persona filij aut filiæ *l. placet 79. D. de acquir. hered. leg. 1. D. si à parent. quis manum. sit.* Acquisitum autem patri dominium non potuisset ignorante ac multò minùs inuito patre transire in maritum *l. si ego 9. §. si res D. de iur. dot.* fuissétque necessaria noua traditio quam pater ipse marito facere debuisset. Ob eámque causam passim videas prudentes nostros cùm de dote constituta & tradita tractant, semper ita loqui vt dicant dotem marito traditam fuisse non filiæ familias, aut promissam si de promissa dote disputent: Idémque obseruant etiam cùm de alia muliere loquuntur quæ sit sui iuris, quia licèt mulier quælibet sit capax dotis habendæ etiam filiafamilias *d. l. Pomponius*, non tamen capax est acquirendi dominij ex causa dotis, sed necesse transferri dominium rei dotalis in maritum, vt mulier dotem habere existimetur. Et quemadmodum non potest

dos

dos esse sine matrimonio, quamuis matrimonium possit esse sine dote *l.* 3. *D. de iur. dot.* adeò vt stipulatio dotis tacitam illam conditionem habere intelligatur, si nuptiæ sequantur *l. stipulationem* 21. *eod. l. cùm multa* 20. *C. de donat. ant. nupt.* ita neque potest esse dos sine marito, id est tam citò verum esse debet maritum factum fuisse dominum fundi dotalis, quàm citò verum est mulierem habere dotem. Quinimò debet ius mariti ordine naturæ & intellectus præcedere, quia prius est vt maritus sit dominus rei dotalis quàm vt dotem mulier habeat. Sicuti dicimus, legatum quidem tam citò facere rem legatam legatarij quàm hereditas facit heredis res singulas, *l. legatum* 80. *de leg.* 2. sed tamen priùs esse ordine intellectus, vt heres aliquis factus sit per aditionem, quàm de legato legatique dominio & acquisitione tractari oporteat *l. si nemo* 9. *D de test. tutel. l. si tibi homo* 86. *§ cùm seruus de legat.* 1. *l. ea quam* 14. *C. de fideicom.* Proinde quamuis titulus dotis sit iustus & habilis ad transferendum dominium, vel ob hoc ipsum, quòd causam habet perpetuam *d. l.* 1. *De iur. dot* iunct. *l. doce* 9. *C. de rei vindic.* Si tamen ex causa dotis tradat quis rem mulieri, nuda traditio esse intelligitur, & consequenter inefficax ad dominium transferendum *l. nunquam nuda* 31. *De acqu. rer. domin.* quia sine ante matrimonium traditio facta est, dos esse nondum potest, sine post contractas nuptias, penes maritum debet esse dominium dotis, non penes mulierem *dict. l.* 1. *d. l.* 3. *si ego §. si res De iur. dot.* Penes maritum autem non aliter esse potest, quàm si traditio illi ipsi facta sit *l. traditio* 20. *De acquir. rer. domin.* Vnde fit, vt quemadmodum querela inofficiosi testamenti non exercetur nisi contra heredem & adita demùm hereditate *l. Papinianus* 8. 1. *vnde si quis D. de inoffic. testam.* (in quo differt à bonorum possessione contra tabulas quæ ideò dicitur esse contra lignum *l. quod vulgo* 19. *De bon. poss. contr. tabul.*) nec querela inofficiosæ donationis nisi contra donatarium *l.* 1. *tet. tit. C. de inoff. donat.* Ita nec querela inofficiosæ dotis nisi contra maritum, tanquam qui dotis remaneat dominus perpetuus, etiam soluto matrimonio cùm morte mulieris quæ dotem dederat, solutum fuit *l. vnic. C. de inoffic. dotib.* in cuius specie mater proponebatur bona sua omnia dedisse posteriori viro in dotem, déque eo conquestos filios prioris thori quòd eo modo fraus iis facta fuisset in legitima, de qua nullus quærendi aut conquerendi locus viua matre esse potuisset *l.* 1. *§. si impubere D. de collat. bonor.* Rescribit verò Constantinus, audiendos esse filios, & admittendos ad querelam inofficiosæ dotis, non vt tota dotis constitutio infirmetur, quemadmodum in aliis querelis inofficiosi testamenti & inofficiosa donationis euenit, vt alibi disputauimus, sed ad portionem vsque legitimam: quod apertè significant verba illa, *& filiis conquerentibus emolumenta debita conferantur.* Nam & ratio diuersitatis euidens est, quod hereditatis & donationis tituli sint lucratiui, quorum vtilitatem & fructum heredibus ac legatariis eripi minùs iniquum sit. Dotis autem titulus onerosus quantum ad maritum propter onera matrimonij, *dict. l. vltim.* §. 1. *D. qua in fraud. credit. l. ex promissione* 19. *D. de oblig. & action.* quamuis veteres dotis dationem etiã inter donationes annumerarent, vt Iustin. refert *in l. cùm multa* 20. *C. de don. ant. nupt.* scilicet ex parte dantis, non ex parte mariti accipientis, ideóque, minùs ex dote quàm fieri possit marito auferendum est, qui non aliter vxorem duct... fuit *l. Titia* 62. *fin. D. de iur. dot.* Nisi cùm dos à tutore constituta est ex liberalitate, quæ arbitrio pupilli sanè seruanda est *l. cùm plures* 12. *in fin. D. de admin. tuter.*

Idque est, quod ait Constantinus leges legibus concordare promptum esse. Leges enim volunt ex vna parte non auferri dotem marito qui ea lege vxorem duxit non aliter ducturus *l. purè* 5. *§. penultim. D. de dolo mal. except. l. si donaturus* 9. *§* 1. *De cond. caus. dat.* Ex alia verò parte volunt etiam leges, vt certa portio quæ ob eam causam legitima dicitur, ex bonis parentum liberis relinquatur *l. vltim. D. de bon. damnat.* Sic ergo leges legibus concordandæ sunt, vt dotis constitutio quæ vim iustiorum bonorum fuit (nulla enim lege prohibitum est mulieri bona sua omnia in dotem marito dare *l. nulla* 4. *C. de iur. dot. l. mulier* 61. *D. eod*) non quidem tota infirmetur, sed hactenus tamen vt saluam legitimam liberi habeant. Vt aliàs cauetur, cum parens ipse qui donationem fecit, vult liberis suis prospicere ne debita successione fraudentur, vt præueniat potestatem querelæ inofficiosæ donationis quæ donationis totam rescinderet *l. si totas* 5. *Cod. de inoff. donat.* In quo tamen obseruandum est, quod nemo obseruat vix hodie locum esse vllum posse huic querelæ inofficiosæ dotis, & legi Constantinianæ, cùm ex Iustinianæ constitutione *in l. vnic. Cod. de rei. vxor. action.* siue mulier ipsa dotem det, siue pro ea extraneus quilibet, intelligatur stipulatio tacita interuenisse de dote mulieri eiusve heredibus etiam extraneis soluto quandocumque matrimonio reddenda. Quæ res facit vt non sit liberis prioris matrimonij necessaria querela inofficiosæ dotis, quia nec mariti lucro eos vnquam cedit siue ex matrimonio suo liberos aliquos habeat, siue nullus, nisi ponas expressum pactum intercessisse de lucranda tota dote. Cuiusmodi pactum valere certum est etiam in dote profectitia, quæ alioqui ratione miserationis semper ad patrem reuerteretur *l. si pater* 12. *in princip. D. de pact. dotal.* iunct. *l.* 5. *& 6. D. de iur. dot.* Nullum enim hoc casu liberis auxilium superesset nisi in querela inofficiosæ dotis, in qua illud ipsum temperamentum sequendum esset quod supradicta Constantini lex probauit, ac fortasse induxit, Vt liberi saluam legitimam habeant, & præterea nihil, si non alia Iustiniani constitutione prohibitum esset matri liberos ex alio matrimonio habenti plus in dotem secundo viro date quàm ei dederit ex lliberis cui minùs reliquit *l. hac edictali* 6. *Cod. de secun. nupt.* Post quam legem concludendum est Constantini legem non solùm superuacuam esse hodie, vt Cuiac. eloquitur *in Parat. ad Cod.* sed etiam abrogatam. Nec minùs quantum ad liberos naturales quorum scilicet ratio nulla haberi potest viuo marito, vt nec superstite coniuge, nisi hactenus vt boni viri arbitrio pascet eos oporteat, *Aut. licèt, C. de natur. liber.* Scilicet ex bonis quæ in hereditate matris defunctæ reperiantur, si quæ sint non etiam vt querelam inofficiosæ dotis contra maritum habere debeat. Quidni enim mulieri liceat etiam naturales liberos habenti dare omnia bona in dotem marito ex quo sperare possit legitimos? Quare ad rem non pertinet quod habeant etiam tales liberi querelam inofficiosi testamenti *l. si suspecta* 19. §. 1. *D. de inoffic. testam.* Est enim fauorabilior querela inofficiosi testamenti quàm inofficiosæ dotis, vt ex eo constat quod rescindit testamentum in totum, hæc verò non vsque ad legitimam, In proposito autem etiamsi locum habebere deberet pro naturalibus liberis, non posset tamen rescindere nisi vsque ad alimenta *dict. Authent. licèt.* Cur enim deterior conditio sit mariti superstitis quàm vxoris, nam nec Authent. illa loquitur de matre sed tantùm de patre. Non igitur lege opus esset vt ad hunc casum pro alimentis lex Constantini produceretur. Et hæc quidem de illius legis sententia & præiudicia sit: quæ nos dicere oportuit,

non

non solùm vt illius Tituli vim & potestatem nondum satis benè cognitam aperiremus, sed ob id maxime vt ostenderemus quàm verum sit quod volumus dotis titulum habilem esse ad transferendum dominium in maritum non etiam in mulierem, quæ licèt quandiu viuit, dotem habere dicatur, si tamen bona sua in dotem omnia marito dederit, & marito superstite moriatur licèt superstitibus quoque liberis ex alio matrimonio, nulla tamen bona reliquisse intelligitur, ex quibus citra querelam inofficiosæ dotis legitima liberorum posse detrahi. Ergo vt ad institutam de laudimio quæstionem redeamus, siue à patre qui filiam in potestate habeat, siue ab extraneo dos detur, tradi eam non mulieri oportet, sed marito, vt dominium in eum transferatur: Et consequenter omni casu laudimium à marito deberi fatendum est, tanquam qui dominium nactus sit, & quidem ex causa non necessaria sed merè voluntaria, siue personam mariti inspicias, in cuius arbitrio fuit aut nullam vxorem ducere, aut indotatã penitus, aut saltem minùs dotatam *l. si patre cogente* 21. *D. de rit. nupt.* Siue personam extranei qui dotem dederit, cùm veteres etiam dotem hac ratione inter donationes annumerarent, vt suprà diximus ex Iustiniano *in d. l. cum multæ* 20. *C. de don. ant. nupt.* Siue denique mulieris quæ dotem habere dicitur ex causa lucratiua & quodammodo donationis, tùm quoque cùm à patre illam habet *d. l. vlt. §.1. D. quæ in fraud. cred.* Nec ad rem pertinet quod patri ex officij necessitate incumbit, vt filiam dotet *d. l. vlt. C. de dot. promiss. d. l. capite* 19. *D. de rit. nupt.* Neque enim dotis negotium inter patrem & filiam geritur, sed inter patrem nomine filiæ & maritum cui traditio vt diximus facienda est: quo respectu ex vtrâque parte sunt omnia voluntaria, Illa verò Paponij ratio minùs obstat, licèt ab aliis probata, quòd dos succedat loco legitimæ, cuius tamen debitum voluntarium esse nemo dixerit cùm sit necessarium. Est enim hic alius error vulgaris interpretum quem nos in priore huius Chiliadis parte confutauimus, & ostendimus, dotem quidem quæ à patre vel alio parente data sit imputari debere in legitimam *ex l. quoniam Nou.* 29. *C. de inoffi. testam.* sed non ideò videri posse in locum legitimæ succedere, quæ nulladum debetur, eo tempore quo dos à patre constituitur. Quare illud quoque impertinens est, quod idem Paponius adducit, Posse filiam accipere legitimam portionem in corporibus bonorum, Quo casu nullum vtique pro legitima laudimium deberetur. Legitimam enim haberet filia in vicem portionis hereditariæ quã in hæreditate patris sperare poterat, ideóque laudimium nullum deberet, sicut nec si patri ex parte aliqua heres extitisset. At dotis dominium non acquiritur filiæ cuius nomine dos datur, sed marito cui soli dos traditur & tradenda est vt probauimus, & cui tamen in bonis soceri nulla debetur legitima. Quidni ergo laudimium maritus debebit perinde ac si fundum dotalem ex alia quam ex dotis causa acquisiuisset? Nam etsi mulier quæ iam in bonis defuncti patris legitimam consecuta fuisset, eam subinde nubens in dotem marito dedisset perinde dicerem hoc quoque casu debitum iri laudimium à marito, eâdem penitus ratione. Neque ea res mulieris damno aut dotis diminutioni cedit, cùm debeatur laudimium non à muliere sed à marito nunquam illud ab vxore aut ipsius heredibus repetituro, vt superiore capite docuimus. Cùm igitur placeat interpretibus nostris magis communiter laudimium deberi à marito cui fundus dotalis inæstimatus traditus ab extraneo fuerit, vt Amedeus à Ponte testatur *dict. qu.* 19. post Steph. Bertr. *cons.* 515. *vol.* 3. *part.* 2. *& consil.* 57. *volum.* 7. Brun. *consil.* 44. *in fin.* Nulla prorsus ratio est cur aliud sentire debuerint in dote siue per patrem, siue per mulierem ipsam tradita marito. Quominus omni casu debeat laudimium sicut omni casu fit ille dominus, nouúsque emphyteuta per traditionem. Ex quo etiam responderi potest ad rationem illam quam in contrariũ adducit Crauet. *consil.* 515. *num. vlt.* ex Angel. *ad l. in suis* 11. *De liber. & posthum.* & Decad. *consil.* 526. *colum.* 3. quod dominium à patre in filiam continuetur, ita vt per mortem patris non tam nouum dominium acquiri filiæ videatur, quàm illud ipsum continuari quod iam habuerat viuo patre *d. l. in suis l.* 1. *§. largiùs D. de success. edict.* Nihil enim hic de illa dominij continuatione tractari potest, cùm interrupta fuerit per traditionem à patre factam marito, in quem dominium fundi dotalis ita translatum est, vt moriente patre nec in patris, nec in filiæ bonis esse dici possit.

ERROR IV.

Si aliqua bona sint allodialia, ex quibus constitui dos potuerit quæ constituta fuit ex feudalibus aut fideicommissis.

QVi defendunt pro bonis feudalibus & emphyteuticis in dotem datis nullum deberi laudimiũ siue æstimata tradita sint, siue non æstimata, siue mulieri, siue marito, dum à patre non ab extraneo, quam sententiam mordicus tuetur Crauet. *cons.* 215. vt supra retulimus, Iidem addunt exceptionem hanc & limitationem vnicam, si modò pater non habebat alia bona allodialia ex quibus dotare filiam posset. Nam si pater, inquit idem Crauet. *num.* 7. haberet alia bona, non posset filiam dotare de bonis feudalibus aut emphyteuticis sine consensu domini, quòd hæc alienatio non posset necessaria dici aliis bonis existentibus, quemadmodum dici solet de bonis fideicommisso subiectis. *Ex notat. in Authent. res quæ C. commun. de legat.* Sed huiusmodi exceptio neque accommodata est, neque bonam habet rationem: Dico non esse accommodatam, quia si verum est quod isti volunt, si bona nulla sint allodialia, laudimium nullum pro feudalibus & emphyteuticis in dotem datis deberi, Multò magis dicendum esset nulla deberi si essent aliqua bona allodialia, Et illa præsuppositio, quòd existentibus aliquibus bonis allodialibus, non possit pater ex reliquis dotem constituere, facit potiùs vt nullus huic quæstioni locus fieri possit: Stulta enim quæstio est, An ex dotis constitutione quæ ipso iure non tenuerit laudimium aliquod debeatur: Aut si ponas dominum directum ex tali quoque constitutione laudimium petere, Stultior erit ratio quam affert Craueta in contrarium, quòd hoc casu bona feudalia in dotem dari nequeant, Cùm alienationi & dationi in dotem satis hoc ipso consentiat dominus directus cùm ex ea laudimium petit, quæ expressa contractus approbatio est *l. cùm pater* 77. *§. qui dotale De legat.* 2. *l. cùm vir* 41. *D. de vsurp. & vsucap. l. seruum Titij* 49. *D. mandat.* Nam & fatetur Craueta valere hanc constitutionem accedente consensu domini directi. Quidni verò, cùm liceat cuilibet iuri suo & pro se introducto renunciare? *l. si iudex circumuento* 58. *D. de minor. l. pen. C. de pact.* Quid porrò interest an præcedat consensus domini, an sequatur, Nam & in eo iuris interpretes omnes consentiunt, sufficere etiam ad euitandam pœnam caducitatis, vt dominus consentiat alienationi quandocunque & eam sciens prudénsque approbet, vt omnes notant *ad l. vlt. Cod. de iur.*

de iur.emphyt. Imò & quantum ad petitionem laudimij interdum, & iuxta eas distinctiones quas in hanc rem affert Amed. à Ponte *quæst. laudim.* 15. quibus tamen nullus potest esse locus, cùm approbatiu contractus ex ipsa laudimij petitione inducitur. At neque verum esse puto quod vulgò creditur, si aliqua sint bona allodialia quæ ad congruam dotem constituendam sint sufficientia, ex aliis bonis aut feudalibus, aut emphyteuticis factam constitutionem ipso iure non valere: Cùm enim hæc res habeat implicitam quæstionem facti, An alia sint bona allodialia necne, de qua necessariò ante omnia cognoscendum & pronunciandum est, nec tam iuris sit quàm iurisdictionis, vt Papinianus loquitur *in d.l. super tutores* 36. *D.de administr.tutor.* fieri nequit, vt talia constitutio ipso iure nulla esse videatur: quomodo eleganter ac subtiliter Claudius Tryphoninus ratiocinatur in sua ad Scæuolam nota *in l.filia* 88. *D.de solut.* Maximè verò hoc apud nos obtinet ex veteribus statutis Sabaudiæ, quæ feuda etiã in dotem dari posse volunt & pro dotibus obligari, & alienari quoties bona alia nulla sunt, tùm quoque cùm etiam fideicommisso subiecta inueniuntur, quamuis eo casu duplex prohibitio legis concurrat quæ solet efficacior esse ad impediendam alienationem aut obligationem *l.vlt.* vbi omnes annotant *Cod. de reb. alien. non alien.* Et *ad filiusfamilias* 114. *§. Diui* 2. *de leg.* 1. & *ad l. vlt.§.penult.Cod.commun.de legat.* Cur enim aut maritum fatuum, aut nupturam mulierem in eas velimus conijcere angustias vt non priùs matrimonium contrahere, & de dote danda conuenire possint, an nulla. Quamquam neque sufficeret id benè explorasse, nisi post alia bona reperta illud etiam exploraretur, an essent illa idonea ad dotem congruam constituendam: Quod ipsum vix aliter sciri potest quàm si omnium bonorum & feudalium & allodialium iusta æstimatio ineatur, quæ porrò nisi scientibus & vocatis omnibus quorum interest, ac proinde ipso etiam domino directo initi non potest, Ex regula *l.de vnoquoque* 47. *D.de re iudic.* Quod si ita est, quis non videt, quantas hæc sententia moras & perplexitates obijciat contrahendo matrimonio, ad quod inuitari potiùs contrahentes deberent, & matrimonij quodammodo libertatem, quod magis est restringat? *l. cùm ita* 63. *l.Titio centum* 71. *§.*1. *De condic. & demonstr.* Quotus enim quisque est qui tam duris & incommodis legibus vxorem ambire & expectare velit? ac litium priùs quàm matrimonij fastidia experiri? Verius igitur est huiusmodi constitutiones ex bonis feudalibus & emphyteuticis factas valere ipso iure, tum quoque cùm alia bona sunt allodialia, etiam quæ congruæ doti constituendæ forent idonea. Sed tamen posteà reuocandas esse dummodò ex allodialibus satisfieri commode marito possit *argument. l. Titia* 62. *D. de iur.dot.* Et reuocandas quidem tanquam in fraudem domini directi factas. Quemadmodum solemus dicere de dote constituta ex bonis fideicommissarijs, reuocari eam debere quasi factam in fraudem fideicommissi, nisi cùm species talis occurrit qualis *in leg mulier* 52. *§. cùm proponeretur ad SC. Trebell.* in qua possis dicere cum Vlpiano, Non posse videri in euersionem fideicommissi factum quod & maliciis pudicitiæ & patris voto congruebat. Porrò cùm in alicuius fraudem alienatio facta est, constat non eò minùs valere ipso iure alienationem, ex eaque transferri dominium. Propter quam etiam comparatum est iure Prætorio interdictum fraudatorium, & actio fraudatoria, quæ alio & elegantiore nomine dicitur reuocatoria, & ab inuentore Pauliana, de *in tit. Quæ in fraud. credit. D.& C.*

Neque tamen ea actione aliud consequitur actor nisi vt rescindatur per Prætorem traditio quæ in fraudem facta fuerat, & per quam translatum erat dominium Quiritiarium quod per traditionem alienatum fuerat in acquirentem, licèt fraudis participem ei auferatur, & ad pristinum dominum recurrat. (Prætor enim sicuti non potuit facere legem neque legi similem constitutionem, ita nec dominium quiritiarium aut dare, aut adimere *paragrapho quos autem Institut. de bonor. poss.*) sed vt rescissa traditione ac pro eo habita quasi nunquam facta esset, res alienata perinde habeatur ac si in bonis debitoris mansisset, vt possit venire in venditionem vniuersalem bonorum debitoris, à quibus per alienationem discesserat, quemadmodum explicat Iustinianus *in §.item si fraudem Inst.de act.* Denique per hanc actionem fit debitor inuitus dominus bonitarius eius rei cuius anteà erat quiritarius: idque in fauorem actoris duntaxat, de fraude sibi facta conquerentis: Quinimò nonnunquam euenit vt fraus alienantis impunita sit, putà si emptor aut alius acquisitor fraudem non participauerit *l.1.& tot.ill.tit.D qua in fraud.credit.* Aut si pater in fraudem fideicommissi quod post mortem suam filio suo restituere rogatus est, multa ex bonis fideicommissis alienauerit, vt *in l. Imperator* 50. *D.ad SC.Treb.* vbi dicitur patrem hoc casu eam suæ fraudis pœnam pati ex rescripto Diui Hadriani, vt damnum conditionis ei infligatur, id est vt fideicommissum quod fuit in diem incertum atque ita conditionale, habendum sit pro puro, statimque restituendum filio, non quasi emancipato, sed potiùs quasi militi, Ita vt quandiu filius viuat, nihil in iis bonis pater iuris habeat. Nec aliud est si hæres rogatus de restituendo eo quod ex hæreditate supererit, alienet omnia aut maiorem hæreditatis partem in fraudem fideicommissarij. Nam & hoc casu alienationes valere constat adeò vt nec rescindi possint, quia ad hunc casum neque interdictum fraudatorium, neque actio Pauliana pertinet. Solàque superest eo nomine personalis actio fideicommissario contra hæredem qui alienauit si dolo malo in ea re versatus probetur, quia supradictis fideicommissi verbis, De restituendo eo tantùm quod superfuerit, bonam fidem inesse constat, vt Papinianus ait *in l. Tutor* 54. *D.ad SC.Treb.* quod quia olim minùs vagum & incertum erat tanquam quod totum in arbitrio boni viri positum esset, sic tandem à Iustiniano restrictum & temperatum est, vt hæres ita grauatus nihil supra dodrantem alienare possit, quartam autem fideicommissario seruare teneatur nisi ex certis casibus *Nouell.* 108. *De restit.cap.*1. vnde sumpta est *Auth.contra rogatus C. ad Trebell.* Alia sanè ratio est hodie bonorum quæ ex fideicommisso restitui debuerunt si interim alienata sint per hæredem. Etsi enim quandiu pendet dies aut conditio fideicommissi valet interim & tenet ipso iure alienatio non minùs quam olim *ex l. si hæres* 70 *§* 1. *D.eod.* Attamen eueniente quandocunque die vel conditione alienatio incipit ipso iure non valere propter authoritatem constitutionis Iustinianeæ quæ fideicommissi alienationem fieri hoc casu prohibuit, & alienationes omnes irritas fecit *in d.l vlt.§.pen. C.commun.de legat.* Alienationis enim prohibitio præsertim facta per legem, quæ rerum omnium diuina & & regina est, omnem impedit translationem dominij *leg.vltim. C de reb. alien. non alienand.* Sed cùm Iustiniani *Nouell.* 39. *De restitut. & ea quæ parit* 11. *mens.* vnde sumpta est *Auth. res quæ C. commun. de legat.* sic ab interpretibus ferè omnibus accepta sit, vt pro dote ac donatione propter nuptias, siue

consti

constituenda, siue restituenda possint bona fideicommisso subiecta & alienari & obligari, eo saltem casu, quo alia bona nulla sint, quæ sufficere queant, quod vetere statuto Sabaudiæ apertius expressum est, cùm quoque cùm eadem bona quæ fideicommisso sunt obnoxia etiam feudalia reperiuntur (id enim plerumque in nobilioribus familiis accidit) Apparet hîc euenire necessariò quod suprà diximus, vt propter implicitam facti quæstionem, quæ non iuris sed iurisdictionis est, An alia bona sint, extra causam fideicommissi quæ doti congruæ sufficiant necne, Non possit dici, Nullam esse ipso iure alienationem quæ aliquo casu potest esse valida *arg. dict. l. filia 88. De solut.* Sufficit enim vt aliquem casum vtilem habere possit *l. Stichus 19. in fi. D. de testam. manum. l. heres à debitore 21. §. cùm tu & Titius D. de fideiuss.* Quòd si non ipso iure nulla est, fateri statim oportet, Ex ea igitur transferri dominium, cùm alienatio nihil aliud sit, quàm dominij translatio *l. 1. C. de fund. dotal. l. alienatio 28. l. alienatum 67. De verbor signific.* Porrò quoties dominium transfertur, & per consequens nouus aliquis emphyteuta constituitur, laudimium domino directo debetur, qui nouum hunc emphyteutam admittit. Ergo ex dotis quoque constitutione, quæ ex bonis aut feudalibus, aut emphyteuticis, aut fideicommissariis facta sit, laudimij petitio omnimodo competet, etiamsi proponas alia esse bona, ex quibus æquè congrua dos constitui potuerit, quia etiamsi maximè id verum probaretur, nihil tamen aliud ex eo inferri posset, nisi quòd reuocanda esset dotis constitutio tanquam facta in fraudem domini directi aut fideicommissarij, & ex aliis bonis supplenda ne maritus damno adficiatur, vt *in l. Titia. 62. D. de iur. dot.* Sed non faceret ea res quominùs verum maneret translatum semel fuisse dominium, quod sufficit vt laudimium debeatur. Alioqui dicendum esset, Nullum quoque laudimium deberi posse ex alienationibus quæ per Paulianam posteà reuocatæ sint, aut reuocari quandoque possint, quòd tamen esset ridiculum. Quid enim domini directi interest, an alienatio in fraudem facta sit, an non, aut an reuocata sit, necne. Nam neque de fraude tractandum est, nisi cùm tenet alienatio, neque de reuocatione si alienatio non teneat ipso iure. Aut si quis contrà sentire velit, fateri eum oportebit. In omnibus huiusmodi actionibus reuocatoriis ita obseruandum, vt nihil inaudito domino directo constituatur, Ne ipsius inauditi & ignorantis ius lædatur, & quod iam ei quæsitum est auferatur contra *l. vlt. D. de pact. iunct. l. de vnoquoque 47. D. de re iudic. l. nam ita 39. D. de adopt.* Multum tamen interest, an de iis bonis tractemus, quæ in fideicommissi fraudem alienata, sit an de iis quæ in fraudem domini directi cùm essent feudalia vel emphyteuticaria. Nam in iis quæ fideicommisso sint obnoxia, vtrumque procedit quod diximus, Vt & laudimium domino directo debeatur, & nihilominùs alienatio in fraudem fideicommissi facta reuocetur si appareat ex aliis bonis allodialibus æquè congruam dotem constitui marito potuisse, quia scilicet nihil commune habet ius domini directi laudimium ex dotis constitutione petentis, cùm iure fideicommissarij nihil nisi fideicommissum, & alienationis reuocationem persequentis. At in bonis feudalibus aut emphyteuticis, non possunt hæc simul stare, vt & dominium quod per dotis constitutionem translatum fuerat in maritum dominus directus reuocet tanquam in fraudem suam alienatum, & nihilominùs laudimium petat, Quandoquidem laudimij petitio manifestam approbationem induerit, quæ reuocandi ius & facultatem omnino extinguit. Est igitur hæc quæstio & Cranetæ traditio *dict. cons. 215. num. 7.* inutilis & otiosa prorsus in bonis feudalibus & emphyteuticis. Vtilis tamen & digna quæ à nobis tractata sit in bonis fideicommissariis dotis causa traditis, si dotis constitutio & traditio in fraudem fideicommissarij facta probetur. Nec enim dotis fauor Paulianæ & reuocatoriæ actionis potestatem tollit si maritus quoque fraudem participauerit *d. l. vlt. §. 1. D. quæ in fraud. credit.*

ERROR V.

Si domino ignorante maritus pactus sit de lucranda dote quæ fuerit constituta ex bonis feudalibus vel emphyteuticis. Et de augmento dotali consuetudinario.

STatuta pleraque sunt in Italia de lucranda per maritum in multis casibus vel tota dote vel saltem parte dotis, Præsertim verò in casum, quo mulierem prædecedere cótingat nullis ex matrimonio superstitibus liberis. Nec quisquam dubitat quin eiusmodi statuta valeant, quia & per pactum id fieri posset etiam in dote profectitia quæ alioquin ad patrem ratione miserationis reuerteretur, nullis maximè liberis interuenientibus *l. si pater 12. D. de pact. dotal.* quamuis in eum casum, quo maritus prædecederet, tale pactum seruari non oporteret *l. 2. eod. tit.* Ne scilicet mulier aut indotata penitus eo pacto, aut minùs dotata efficeretur. Vulgare autem nostrorum brocardicum est. Ea omnia quæ per pactum fieri possunt, etiam per statutum fieri posse, & contrà, Ex Bart. & aliis *ad l. vlt. §. 1. D. ad SC. Tertyll.* quod an verè dicatur in secunda huius Chiliadis parte disputauimus, neque huius est loci. Sed hæc quidem statuta & pacta indubitatè valent, cùm dos in bonis allodialibus constituta est, de quibus liberè ac pro arbitrio disponere contrahentes potuerint: At cùm de bonis feudalibus, vel emphyteuticis agitur in quibus dos fuerit constituta, Dubitari sæpe solet an ex iis bonis lucrum dotis consenserit non etiam pacto de lucranda dote, siue lucrum hoc sibi maritus vindicet ex pacto, siue ex statuto. In qua dubitatione statim occurrit interpretibus vulgaris illa distinctio, An dos constituta sit ex necessitate, id est à patre vel ab alio ex ascendentibus qui dotare tenentur, an ab extraneo, & ex mera voluntate. Nam priore casu volunt nullum deberi laudimium non magis pro lucro dotis, eueniente casu lucri, quàm pro ipsa constitutione dotis, Posteriore verò admittunt laudimium deberi. Sed exigunt tamen vtroque casu vt in tali pacto de lucranda dote consensus domini directi interueniat. Ex *not. in §. donare Tit. qualit. olim poter. feud. alien.* Adeò, inquiunt, vt etiamsi dominus consentiret quod feudum daretur in dotem, si tamen expressim non consentiret pacto de lucro dotis, non posset maritus lucrari dotem ex pacto, Ne quidem stante statuto quòd maritus dotem lucrari debeat aut partem dotis. Sic enim Bart. *cons. 346.* incip. *puncta volum. 1.* & Brun. *consil. 286. in fin. volum. 3.* quos refert & sequitur Amedeus à Ponte *dict. quæst. 29.* Nisi quòd in casu statuti dubitat, Propterea quòd is qui vult antecedens, velit etiam omne id quod est consequens ab eo. Ex Cravet. *consil. 79. numer. 4.* præsertim si dominus statuta non ignorabat. Ego nihil horum omnium probare possum. Non illud primùm, quod aiunt, Alienationem quæ fit per pactum de lucranda dote eueniente casu lucri esse necessariam quoties apponitur in ea dote quæ ex necessitate constituta fuerit, hoc est ab eo qui dotare tenebatur. Nam vt maximè

verùm

verum esset quod nos in præcedentibus negauimus, necessariam esse alienationem quæ fit ex causa dotis per patrem constitutæ, quia dos in filiam alienatur, quæ dotanda est, sed in meritum cuiusrespectu sunt omnia voluntaria. Non esset tamen bona consecutio vt ea quoque alienatio quæ pactum de lucranda dote casu lucri eueniente consequeretur, æquè dici deberet necessaria, cùm nil necesse sit tale pactum adiici, nihilque prohibeat & filiam nubere, & ei dotem congruam dari, nec tamen de dote dotisve parte lucranda quicquam paeisci. Est enim hoc pactum ex vtraque parte tam mulieris quàm mariti planè voluntarium longéque illi dissimile, quod apud nos frequentatur de augmento dotis mulieri constituendo, Cuius interponendi necessitatem ex eo intelligimus, quòd tùm quoque cùm interpositum non est siue per incuriam, siue per imperitiam contrahentium, aut notarij, pro interposito tamen habetur, Adeóque si expressa conuentione dictum sit, vt vel nullum mulieri augmentum debeatur, vt vel minus præstandum sit quam faciat dimidia pars dotis pecuniariæ, aut tertia pars dotis in fundis & bonis immobilibus constitutæ Dicimus tale pactum non valere, tanquam quod augmenti dotalis conditionem faciat deteriorem. Perinde acsi dotem ipsam imminueret *ex l. Attilicinus 17. D. de pact. dotal.* ne à dote separetur ea pars dotis quæ additamenti causa datur *l. inter socerum 26. §. cùm inter eod. tit l. etiamsi 8. Cod. de iur. dot.* vt ex Senatus nostri sententia disputauimus in Codice *De pact. conuent. tam sup. dot.*

At pactum de lucranda dote in fauorem mariti, neque interponendum necessariò est, neque verò apud nos interponi ferè vnquam solet, vt pote quod odiosum sit, & mulierum commodis atque vtilitatibus contrarium. Quonam igitur colore posset, obsecro, dici necessarium? Nisi ob id fortasse quòd maritus non aliter fuerat matrimonium contracturus. Sed hoc ad necessitatem pacti nil pertinet, Alioqui dicendum erit nec pacti necessarij commodo priuandum esse maritum, qui in accipienda dote pactus sit de lucranda ea in casum, quo ipse prior, & saltem superstitibus liberis moreretur, quod tamen falsum est. Cõstat enim tale pactum seruandum non esse per quod mulier indotata, vel minùs dotata constitueretur, vt initio huius capitis diximus ex *dict. l. 2. D. de pact. dotal.* Et tamen æquè posset maritus dicere non alia lege contracturum se fuisse, neque pacti sui commodo se defraudendum esse *l. vltim. Cod. de pact. int. empt. & vendit. l. 5 §. penult. De doli except.*

Non igitur pacti necessitas ex eo sumi potest quod maritus non aliter contracturus fuerit, sed ex eo solo æstimanda est quod aliter contrahi matrimonium non potuerit. Quod certè pacto de lucranda dote nullomodo conuenit, quod nunquam nisi ex contrahentium mera voluntate interponitur, Etiam iis in locis in quibus vigent statuta quæ citra vllam conuentionem lucrum dotis addicant marito. Nec enim statutorum huiusmodi mens illa est, vt omnimodo inuitis quoque contrahentibus maritus dotem lucretur, sed ita demùm si aliud nihil in contrarium actum sit. Semper enim sequi nos oportet id quod inter contrahentes actum dictúmque est, nisi vel contra leges sit, vel contra edictum Prætoris, vel contra bonos mores *l. semper in stipulationibus 34. De regul. iur. l. iuris gentium 7. §. ait Prætor D. de pact.*

Qua ratione suspectum mihi semper visum est ius illud quo tamen vti nos modò dixi, De improbandis pactis dotalibus, per quæ augmenti dotalis consuetudinarij quantitas apud nos minuatur. Nam & consuetudo, statuti exemplo, sic interpretanda est, si non aliud conuenerit, Nisi verbis consuetudinis quę fortè scripta esset, vt sunt apud nos consuetudines Augustanorum, talis conuentio esset prohibita. Quo casu dubitandum non esset, quin valere non posset pactum aduersus consuetudinem interpositum, quæ vim legis habet, non magis quàm si contra leges interpositum proponeretur: Largaque videtur esse differentia inter pacta quæ dotis conditionem deteriorem faciant quæ nos admittimus non valere, *ex d. l. Attilicinus 17. De pact. dotal.* Et illa quæ dotalis augmenti quantitatem minuunt, cùm huiusmodi augmentum non sit pars dotis à muliere vel pro muliere marito constitutæ, sed ex mera mariti donatione ac liberalitate proficiscatur, ideóque potius sponsalitiæ largitati æquiparari debeat. De qua Iustin. *Nov. 119. vt sponsal. larg.* aut veteri illi donationi propter nuptias, de qua *in l. cùm multa 20. & tot. tit. Cod. de donat. ant. nupt.* Cui certum est nullum certæ quantitatis modum præscriptum fuisse, in id vsque tempus, quo Iustinianus constituit, vt æqualitas esse debeat inter dotem & donationem propter nuptias *Nouell. 97. De æqualit. dot. & propt. nupt. donat. & augment. dot. cap. 1.* Vnde sumpta est *Auth. æqualitas C. de pact. conuent. tam sup. dot.* quæ tamen constitutio vsu contrario abiit in desuetudinem, fiuntque quotidie pacta in contrarium, de quibus tamen longè probabilius dici posset ea non valere, tanquam facta contra Iustiniani legem cuius authoritate priuatorum cautiones censeri non debeant *l. vlt. D. de suis & legit.* quàm de illo de quo nunc tractamus, cuius nulla in libris nostris mentio fit.

Quod enim de additamento dotis scriptum est *in d. §. cùm inter & d. l. etiamsi & dict. Nov. 97.* ad eam pecuniam pertinet quæ ex parte mulieris datur marito, siue à muliere, siue ab alio qui pro muliere dotem dedit, aut promittitur ad augendam dotem prius datam vel promissam Postquàm placuit etiam constante matrimonio augeri dotem posse *dict. l. cùm multa*, quamuis eo tempore interdictæ sint omnes inter virum & vxorem donationes Neque mirum est quicquid iuris est in dote, id etiam obtinere in ea parte dotis quæ constante matrimonio augendis dotis animo data fuit vel promissa, quoniam & ipsa quoque dos est Non etiam pecunia illa quæ ex parte mariti datur mulieri, quamuis eodem dotalis augmenti nomine apud nos censeatur. Idque ita esse ex eo quoque apparet quod pragmatici etiam nostri admittunt, Mulierem quæ à priore marito augmentum hoc dotale habuit, si nubat iterum non videri hoc augmentum secundo viro in dotem constituisse, quamuis totam primam dotem ei dedisse existimetur. *Ex l. dotem 30. D. de iur. dot.* qua tamen vt hoc quoque obiter adnotemus valde meo iudicio abutuntur nostri, licèt Duce Bartolo *in quæst.* incip. *Mulier. amplum habens patrimonium*, Cùm Paulus *in dict. l. dotem*, de eo matrimonio secundo loquatur quod cum eâdem persona contractum sit, quod sæpissimè olim accidebat in tanta licentia & frequentia diuortiorum, non quod inter alios. Diuersitas enim personarum eam interpretationem recipere non potest, vt eadem dos continuata videri debeat, aut eædem dotis conuentiones, Non magis quàm vt nouus conductor, ab eodem quamuis locatore iisdem legibus & conditionibus quibus prior reconduxisse intelligatur. Id enim tunc solùm obtinet cùm idem conductor est qui antè fuit *l. item quæritur 13. §. qui impleto D. locat.* Ergo si verum amamus, Ne quidem pactũ hoc de augmento dotali præstando necessariũ videri potest, sed potiùs voluntarium, Nec quod propter deflorationem debetur ad rem facit. Cùm non ex comparatione virginitatis constituatur quæ nullo certo pretio æstimari potest, vt de hominis salute ratiocinatur Paulus *in l. pen. §. 1. De donat.* Sed ex comparatione dotis, quæ tantò minor esse deberet,

quantò certior esse virginitas. Neque verò pragmatici negant, Bonis immobilibus in dotem datis, quæ fortassis maximæ sint æstimationis, eam solam quantitatem pro dotis augmento deberi, de qua conuenerit. Nam quod diximus ad tertiam vsque æstimationis partem deberi ex consuetudine apud nos inueteratâ, tùm obtinet, cùm specialis de ea re pactio nulla intercessit, Ne alioqui ab egregia dote accipien da, & consequenter à contrahendo matrimonio deterreatur maritus, eo metu ne immensi dotalis augmenti onere prægrauetur, vt *in l. Iulianus 42. De acquir. hæred.* Quantò minùs igitur dici potest necessarium esse pactum de lucranda dote, & necessariam alienationem ex eo pacto secutam si casus lucri euenerit? Admitto tamen quod volunt interpretes, Pro dotis lucro laudimium nullum deberi. At non ratione illa quam afferunt quòd sit hæc alienatio necessaria, sed alia longè diuersa, quod ex hoc pacto quantumuis valido nulla fiat alienatio, Ex eo autem solo actu laudimium debeatur, ex quo dominium transfertur. Quid enim aliud est Pacisci maritum de lucranda dote, quàm conuenire vt soluto matrimonio dos penes maritum remaneat *dict. l. 2. & dict. l. si pater 12. in princip. De pact. dotal.* Nimirum non alia lucri acquisitione maritus indiget, cui dos ipsa tota iam acquisita est ex ipsa constitutione quam traditio secuta sit, vt in præcedentibus probauimus, Indiget tantù ne soluto matrimonio dos ab eo aut ab eius hæredibus restituenda sit quod nos lucrum dotis appellamus. Neque sane ex solo pacto lucrandæ dotis transferri dominium vllum posset in maritum, sed necessaria esset traditio *l. traditionibus 20. Cod. de pact.* Porrò noua traditio fieri non potest marito cui iam ea causa dotis res omnes dotales sint traditæ, vt neque magis fieri posset dominus ex posteriore causa jis, qui iam esset ex priore *leg. non vt ex pluribus 159. De regul. iur. § sic itaque Instit. de action.* Neque verendum est vt hæc nostra sententia iniuriam faciat domino directo, cui laudimium deberi volumus ea ipsa dotis constitutione propter dominium ex dotalium rerum traditione translatum in maritum, Qui proinde duplicis laudimij præstatione oneraretur si pro dotis quoque lucro nouum laudimium præstare cogeretur, cùm vna tantùm sit acquisitio licèt duæ sint conuentiones in duplicem casum conceptæ. Quod si quis pactum huiusmodi De lucranda dote ideò necessarium esse contenderet quod non aliter fuerit maritus contracturus, Sequeretur nec aliud dicendum fore tametsi ab extraneo & ex mera voluntate non ex necessitate dos data proponeretur. Mariti enim accedentis ad matrimonium contrahendum certis legibus, quid interest à quo dotem accipiat, aut cum quo paciscatur? Et tamen non est ex interpretibus qui non fateatur laudimium deberi pro lucro dotis, si ea voluntate nón ex necessitate dos constituta sit. In quo ipso nihilominus errant. Nos enim eo quoque casu deberi vllum negamus, Eâdem ipsa ratione quam modò attulimus, quod euenienscasus lucri nullam secum nouam acquisitionem trahat, neque nouam vllam traditionem sed priore illa contentus sit, quæ ex dotis constitutione secuta fuit, & propter quam ius habuit dominus directus petedi laudimij, vt ipsi quoq; interpretes fatentur etiam cùm inæstimatus fundus in dotem datus est. Distinctionem enim illam, vtrùm æstimatus fuerit fundus dotalis, necne ad eum casum restringunt quo dos à patre vel ab alio qui dotare tenebatur data sit, non ab extraneo Cur ergo duplici laudimio maritum onerari patiuntur pro eadem eiusdem dominij acquisitione? Respõdebunt haud dubie, quia ad validitatem pacti De lucranda dote consensus domini directi requiritur. Hoc verò est quod nego Et illud magis quod addunt Non [illegible] consenserit dationi dotis, nisi [illegible] pa[illegible] [illegible]otis expressim consentiat, Nam siue [illegible] proponatur in quo dns con[illegible] potue[illegible] feudalibus vel emphyteuticis, et iam in[illegible] ignorante domino directo aut ea ratione [illegible] communis, puta si alia bona non fuerint ex quibus congrua dos dari potuerit, siue ex generali illa consuetudine quæ apud Gallos & apud nos non modo emphyteuses, verùm etiam feuda reduxit ad in[illegible]ar patrimoniorum, Nemo consensum esse necessarium in pacto De lucro dotis, cùm sit accessorium ad dotem, & inutile quantum ad translationem dominij quod per dotis constitutionem & traditionem [illegible] [illegible]nslatum iam fuit, Et quantumuis esset necessarius non ideò tamen consequens statim esset laudimium deberi, quippe quod non propter consensum debetur sed propter translationem dominij, & approbationem noui emphyteutæ qui hoc casu nullus est. Quanquam nec illud ferre possum, vt dominus qui semel consenserit dari in dotem bona feudalia vel emphyteutica quæstionem de lucro dotis faciat marito, siue lucrum illud maritus sibi vindicet ex pacto, siue ex statuto. Maximè verò si ex statuto, quod dominus non ignorauerit, Non ratione illa quam affert Amedeus, quòd quisquis vult antecedens velit etiam consequens, Id enim non nisi de necessario consequenti intelligi potest, quale hoc esse iam negauimus, quod & Crauetta fatetur *d. cons. 77. num. 4.* Sed quia pactum de lucro dotis cùm sit non modò accessorium ad constitutionem dotis, sed etiam ex more & consuetudine apponi solitum apud eos maximè apud quos eiusmodi statuta vigent, satis approbatum ipsum quoque videtur per contractus dotalis approbationem. Debé reque sibi imputare dominus quòd consentiendo dari in dotem bona feudalia vel emphyteutica non dixerit legem apertius *l. veteribus 39. D. de pact.* nec prohibuerit huiusmodi pacta dotalia quę prospicere debuit futurum vt interponerentur, adeóque vt etiamsi expressa non essent pro expressis tamen & interposititis haberentur authoritate statuti quod conuenti[o]nis vicem & authoritatem supplet. Præsumendi enim sunt contrahentes velle contrahere, vt secundũ leges, ita & secundum statuta loci in quo contrahunt *l. si fundus 6. D. de euict.* Nam & solemnes dicere, Ea quæ sunt moris & consuetudinis venire in bonæ fidei iudiciis *l. quod si nol. 31. § quia assidua D. de ædilit. edict.* Quid ergo consentit, vt bona feudalia vel emphyteutica dentur in dotem illo etiam casu quo alioquin dari non possent, hoc ipso consentit vt dentur adiectis pactionibus quibuslibet dummodo solitis & honestis in quatum numero hanc esse nemo ambigit, etiam vbi statutum hac de re nullum est, Quare nec valde interesse arbitror an statutum dominus sciuerit an ignorauerit. Quòd si ponas talem casum esse, in quo dos constitui potuerit ex bonis feudalibus vel emphyteuticis etiam inuito domino, quod alia bona nulla sint, & à patre & ab alio qui dotare tenebatur, dos constituta fuerit, Sicuti [illegible] consensus domini non est necessarius ad constitutionem dotis, etiam interpretibus ipsis fatentibus: Ita neque ad validandum pactum de lucro dotis, Enimuerò quamuis consensus ille esset necessarius nihilomagis laudimium deberetur ea eo pacto, Ea quo scilicet nunquam transfertur dominium siue nobiscum sentias fuisse iam translatum per constitutionem dotis, siue quòd nullam ea eo pacto traditionem sequi vnquam necesse sit, aut possibile. Alioqui maritus iam lucratus dotem cogendus esset hæredibus mulieris dotem reddere aut illam ipsam dotis partem quam lucratus esset, vt posset ab iis postmodum accipiendo nancisci dominium, quod esset absurdissimum.

Pro

Pro illo autem dotis augmento consuetudinario quod apud nos obtinet, ac de quo diximus, licèt necessarium esse existimetur non tamen dubito qui laudimium debeatur domino directo si in bonis feudalibus & emphyteuticis constitutum proponatur, licèt vt plurimum constitui soleat in pecunia numerata, iisdem nimirum rationibus quas attulimus vt probaremus, Pro fundis quoque dotalibus laudimium deberi etiamsi dos à patre constituta sit.

ERROR VI.

De laudimio ex permutatione debito Ad l. vlt. C. de iur. emphyt.

NOn defuerunt ex interpretibus qui dixerint Ex permutatione laudimium nullum deberi. Inter quos ita sensit Io Montanus in vsus Feudor. *lib. 6. cap.* 4. Ratione illa moti potissimùm vt videtur quòd Iustiniani constitutio quæ hoc ius induxit *in l. vltim. C. de iur. emphy.* disertè constituit vt pro laudimio quinquagesima pars pretij præstetur. Pretium autem nullum est potest nisi cùm emptio & venditio est *l. naturalis 5. § 1. D. de præscript.* inoct. *§. pretium Instit. de empt. & vendit. l. 1. D. de contrahend. empt.* Atqui permutatio differt toto genere ab emptione licet origo emendi vendendique à permutationibus cœperit *dict. l. 1.* cùm in permutatione pecunia nulla interueniat, in qua consistere pretium necessariò debet, ideóque nesciri possit vtra res sit merx, vtra pretium, vter emptor, vter venditor *d. l. D. de rer. permut.* Deinde emptio contrahitur & perficitur nudo consensu *d. l. 1. De contr. empt.* Permutatio autem re ac traditione, & vt scriptum est *in d. l. 1. De rer. permut.* in permutatione res tradita initium obligationi præbet, Emptio non transfert dominium nisi secuta demùm traditione, adeoque nec secuta quoque traditione nisi etiam pretium solutum sit aut fides habita de pretio *l. quod vendendi 19. D. de contrahend. empt. §. vendita Inst. de rer. diuis.* At permutatio transfert dominium cùm incipiat à traditione nec quicquam aliud exigat quod traditionem sequatur. Vnde illud etiam fit vt alienę rei venditio valeat quantum ad contrahendas inter emptorem ac venditorem empti & venditi obligationes quamuis res emptori auferri possit *l. rem alienam 28. De contr. empt.* At rei alienæ permutatio fieri non potest. Id enim est quod aiebat Pedius, Alienam rem dantem nullam contrahere permutationem *d. l. 1. De rer. permut.* quod & nomen ipsum permutationis sonat, vt alibi docuimus, significat enim mutationem non possessionis tantùm, sed etiam dominij, eamque efficacem, vt aliquid addat syllaba *per* quæ cùm additur augere semper solet. Cùm ergo tam multæ sint inter emptionem & permutationẽ differentiæ vt cæteras taceamus quæ sunt non paucæ, difficile videtur vt Iustiniani legem de emptione duntaxat locutam ad permutationem pertrahere debeamus. Sed tamen ab omnibus ferè interpretibus hæc sententia meritò explosa est, tanquam quę & legis verbis repugnet, & multò magis menti Iustiniani. Nam vt prætermittam quod scriptum est *in l. statuliberi cæteris 29. §. 1. D. de statulib.* legem ipsam duodecim tabularum cùm de statuliberis locuta est & de implenda per statulibertum conditione, emptionis appellatione omnem alienationem complexam esse. Ex ipsis etiam verbis Iustinianeæ constitutionis apparet generalem eam esse, nec tantùm ad emptionem & venditionem, sed ad cæteras quoque alienationes pertinere. Quæstio enim quæ in ipsius legis initio proponitur, de omni alienatione est & de qualibet iuris emphyteutici in alium translatione, vt apparent ex illis verbis *alienare vel ius emphyteuticum alium transferre.* Deinde in ipsa legis dispositione ita scribit Iustinianus *vel si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas, sed concessas & idoneas ad soluendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit.* Tum verò cum laudimij modum & quantitatem præscribit ne possit dominus plus quàm quinquagesimam pretij partem exigere, subiungit statim, ne quis fortè ad solam emptionis causam restringi legem velit *vel æstimationis loci qui ad aliam personam transfert.* Et paulò pòst *si autem nouum emphyt. vel empt. meliorationẽ.* (sic enim legendum est non *meliorationes*) *sus[c]ipere dominus noluerit.* Et postremò ad finem le[gis] *lic. emphyt. etiam non consentien. domini ad alium [s]uum ius vel emphyt. transferre.* Loquitur ergo constitutio non de emptore tantùm sed de quolibet nouo emphyteuta & acquisitore qui per quamlibet speciem alienationis in priores [em]phyteutæ ius successerit. Nec sanè ratio vlla e[st c]ur domini directi ius aliud sit & deterius [si] [...] feudali vel emphyteutica aut alter alie[nata] [q]uam si fuisset vendita. Quid enim ipsius refert, [...] titulo dominium nactus sit is qui nou[us] [...] nouus emphyteuta inuenitur. Quo[c]um[que] titulo facta sit alienatio. Tandiu [...] dicendum est Et vt sciatur ad quan[...] titatem ascendat laudimium ineunda est rei [feudalis] vel emphyteuticæ æstimatio ad cuius ratam laudi[mij] quoque æstimatio sumatur, vt tractat. Amed *qu. 18.* post Capell. Tholos. *quæst. 17.* Chassan. in Consuet. Burgund. *Tit. Des censes §. 7. num. 1.* & alios ibi allegatos. Nec enim omnis æstimatio facit emptionem sed ea tantùm quæ fiat animo contrahendæ emptionis, vt in superioribus diximus sæpiùs *ex l. æstimatis 50. D. solut. matr. l. si inter 21. C. de iur. dot l. cùm post 69 §. cum res D. eod.* Nec istorum errorem adiuuat quòd denunciatio illa quam Iustinianus præcipit fieri ante alienationem vt declaret dominus an velit eodem pretio quod ab alio emptore offertur, rem feudalem vel emphyteuticariam retinere, permutationi conuenire non potest, in qua pretium nullum versatur. Vulgo autem creditum est post Bartolum *ad l. & ideò in princip. D. de condict. furt.* quòd cùm quæritur an soluendum sit laudimium priùs inquirendum est, in alienatione sit necessarius consensus domini. Vt si res absque eius consensu alienari possit, nullum laudimium debeatur. Quasi consensus domini sit causa quæ effectum laudimij præcedere debeat, & cessante causa cesset effectus. Nam respondemus quod nec interpretes ignorarunt de duplici consensu loqui Iustinianum, quorum vnus interponitur ante contractam emptionem, si dominus pro eodem pretio retinere rem nolit, eámque in alium transferri patiatur, Alter post contractam, vt nouus emphyteuta in possessionem mittatur aut in possessione retineatur. Prior consensus non inducit obligationem præstandi laudimij, sed tantùm interponitur ad effectum illum, Ne dominus possit iure illo prælationis vti quod ei Iustinianus dedit, Néve ob non factam denunciationem causari aliquando possit rem in commissum cecidisse. Posterior verò consensus ille solus est, pro quo laudimium debetur. Prior consensus ad emptionem duntaxat pertinet, in qua sola ius prælationis locum habet pro eodem pretio si dominus rem retinere malit, & si quis alius contractus est, adeò emptioni similis vt si non habeat pretium, habeat saltem aliquid quod sit loco pretij, qualis est datio in solutum quæ in vicem pretij habeat eam ipsam pecuniam quæ debetur, & pro qua res in solutum datur *lege à Diuo Pio 15. paragrapho si pignora D. de re iudic. l.*

si quid alium 46. D. de solut. l. si non sortem 26. §. si centum D. de condict. indeb. Itaque de hoc consensu nihil tractari potest, cùm res aut permutatur, aut donatur, aut legatur, quia neque his casibus ius prælationis locum habet. At posterior consensus omni casu necessarius est ad nouum emphyteutam in possessionem mittendum, aut in possessione retinendum: Ergo in his omnibus etiam casibus laudimium debetur. Atque ita supradictam Bartoli conclusionem Ameucus intelligit & restringit *quæst. laudem. 13* scilicet vt procedat vbi consensus simpliciter & absolutè nullus requiritur, id est neque antè, neque post contractum. Quod tamen vereor ne non satis conueniat menti Bartoli qui hac in re vt & in aliis plerisque nimis generaliter indistinctè locutus videtur ac de primo illo consensu solo sensisse quem Iustinianus exigit ante contractam emptionem. In quo sanè deceptus fuit, sicut & decipiuntur meo iudicio cæteri interpretes qui tùm quoque cùm emptio contrahitur duplicem consensum requirunt, vnum qui ante contractam emptionem interponatur, Alterum qui post contractam. Cùm enim prior consensus à domino præstitus est declarante nolle se rem feudalem aut emphyteuticam pro eo pretio retinere quod Titius offerat (emptionis enim persona nominanda & designanda est) qui obsecro necesse est alium eiusdem domini consensum interuenire vt emptor qui volente domino comparauit, postmodùm in possessionem mittatur. An enim veremur ne qua domino fiat iniuria, qui semel voluit? *l. in diem 9. § 1. D. de aqua & aqua pluu. arcend.* Aut cur ista superuacua solemnitate emptorem onerare volumus, cùm id quod semel placuit, posteà displicere ampliùs non possit? *vulg. iuris Pontificij regula Iunct. l. hac stipulatio 14 in fin. D. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Neque ad hunc casum vt arbitror illa Iustinianeæ constitutionis pars pertinet, qua constituit, secura alienatione non possit dominus contradicere sed nouum emphyteutam per se suásve litteras, aut saltem per suam depositionem suscipere compellatur, sed ad illum potiùs de quo in præcedentibus verbis legis, id est quo dominus accepta denunciatione noluerit voluntatem suam intra duos menses declarare, ita vt emptorem alium vetus emphyteuta quæsiuerit. Alium in quam ab eo, quem priùs nominauerat. Nec enim illa nominatio impedit ne alius emptor quæri possit dummodò sit idoneus ad soluendum canonem & ex iis personis in quas alienatio prohibita non est vt ipsa quoque habet constitutio. Cæterùm si & ille ipse amat qui domino fuit nominatus, & expressus domini consensus interueniat, nihil certè impedit quominùs post factam à venditore traditionem, quæ omnimodo necessaria est & ad transferendum in emptorem dominium, & ne emptor potiùs prædo videatur *l. si ex stipulatione 5. De acquir. poss.* liceat emptori propria authoritate & irrequisito domino ingredi possessionem eamque pro arbitrio nancisci & occupare. Grauisque hic interpretum nostrorum error est, quòd existimant hoc casu rem cadere in commissum, si nouus consensus domini ante apprehensam possessionem non fuerit requisitus *ex d. l. vlt. C. de iur. emphyt.* quæ de hoc sane casu non loquitur. Nec tamen eo minùs debetur à nouo emphyteuta laudimiũ propter dominij translationem quæ in eum facta est per traditionem, licèt irrequisito domino secutam, cùm fuerit dominus ante emptionem requisitus, & emptioni consenserit. Planè si aliud emptorem venditor quæsierit, quàm quem domino directo nominauerat, nouum domini consensum meritò lex exigit, non liceat emphyteutæ rem suam alij vendere sed ne ignoranti aut inuito domino directo nouus emphyteuta acquiratur de quo nihil adh[...] quo intelligimus, quàm verũ sit, quod to[...]cauimus, Laudimium non magis propter [...] st[...]rem consensum debe[ri] quàm propter prim[um], sed propter solam dominij translationem, & emphyteutæ ac possessoris mutationem. Alloqui nullum hodie laudimium deberetur cùm moribus nostris possit quilibet rem feudalem vel emphyteuticam vendere & emptorem in possessionem inducere, licèt nec à venditore dominus requisitus sit ante contractam venditionem, nec ab emptore post perfectã emptionem. Sunt enim duæ istæ requisitiones quas constitutio exigit in eo differentes, quod prior à vẽditore facienda est emptorem nominante, Posterior ab emptore venditionem designante, quia & laudimium ab emptore debetur, non à venditore Ad obligandum verò emptorem vt laudimium præstet sufficit quòd nouus sit & dominus & possessor rei emphyteuticæ, vel feudalis. Quemadmodum & quod prioris requisitionis necessitas hodie sublata est non efficit quominùs saluum sit domin[o] ius prælationis, si pro pretio quod alius iam non solùm obtulerit, sed etiam soluerit, rem retinere malit. Quam in rem spatium trium mensium præstitutum est eo Serenissimi Ducis nostri edicto, quo prælationis ius illud quod priscis moribus nostris antiquatum fuerat, restitutum tandem fuit, vt in Codice nostro scripsimus. Idque siue de feudo agatur siue de emphyteusi, Nam & in feudis habet locum ius prælationis *Cap. 1. §. porrò, vbi glos. & alij Qualit. olim feud. alien. pater.* Eamq; communem esse sententiam testatur Amed. à Ponte *d. qu. 13.* vbi multos citat. Denique licentia vendendi hodie nulla impetranda est, quę olim erat impetranda, non tanquã necessaria ad inducendũ ius prælationis, sed tãtùm vt sciri posset an dominus directus iure suo vti vellet, præferriq; emptori. Sed non eo minùs etiam post perfectã emptionem iure suo vti potest si velit, similiter & sublata necessitas est impetrandæ licentiæ ad possessionem apprehendẽdam, sed perinde tamen laudimium debetur ac si ea de re dominus requisitus fuisset, & consensisset. Consensus igitur omni casu sufficit vnicus tùm quoq; cùm duplex olim requirebatur, Eumq; consensum satis est ex post facto interuenire, qui olim præcedere debeat, vnus quidem venditionẽ, aliùs verò possessionis apprehensionem. Nam si dominus directus post perfectam emptionem approbet nouum emphyteutam, quod facere intelligitur, siue inuestituram ei concedat, siue ab eo laudimium petat, satis iuri prælationis renunciare intelligitur, & suam voluntatem declarasse, quod eo iure vti nolit: Eáq; contractuum distinctio, quam suprà diximus, solo illo casu retinẽda est quo erat olim denunciatio necessaria, id est quo etiam hodie ius prælationis habere locum potest. Vt differat emptio, itémq; datio in solutum à cæteris cõtractibus, in quibus nec pretium vllum est, nec quicquam loco pretij non in laudimio, sed in iure tantùm prælationis: Differat autem in duobus, Primùm in eo quod modò diximus vt in emptione & datione in solutum prælatio locum habeat, non in cæteris. Deinde in eo si ius scriptum inspicias, non quo vtimur hodie, vt denuntiationem præcedere oporteat in emptione ac datione in solutũ, nõ itẽ in cæteris. Rursus in emptione quoque distinguere olim oportebat, An emptor ille esset, qui nominatus erat in denunciatione facta domino, an alius. Vt si idem ille sufficeret vnicus & primus cõsensus nec secũdus requireretur: si verò alius emptor esset, nouũ consensum in apprehendenda possessione interuenire necess[e] olim erat ne res committeretur. Hodi[e] non est hæc distinctio necessaria siue præl[ati]onis iure vti dominus velit, siue laudimium petere. Vtroque enim [c]asu

suppletur

suppletur consensus facto & voluntate domini præsupponentis venditionem valere, quam nec posset impugnare tametsi maximè vellet, cùm nostris moribus nunquam ex hac causa res hodie in commissum cadat. Cæterum variæ possunt occurrere species circa permutationem de quibus dubitari queat, An ex permutatione laudimiũ debeatur. Aut enim permutatio fit rerum ex vtraque parte feudalium, vel emphyteuticarium, vel rei feudalis & emphyteuticæ ad rem liberam & allodialem. Illum enim casum quo res allodialis cum allodiali permutetur, etsi frequẽter potest contingere, consultò tamen prætermittimus quia nullũ huic quæstioni locũ relinquit. Sed & interdum contingit vt res feudalis cùm emphyteuticaria permutetur: qui casus nouam etiam habere quæstionem potest apud eos qui rectis, & propriis viuunt feudis, quæ permulta habent à iure emphyteutico separata, si permutatio fiat rei feudalis ad feudalem, vel emphyteuticariæ ad emphyteuticariam, magis communiter probatum est, laudimium nullum deberi, siue quod sine consensu domini possit fieri huiusmodi permutatio, vt tractat Bald *ad l. si domus 71. §. vlt. de leg. 1.* Rip *ad l. inter Romæ 122. §. duo fratres De verb. oblig. & ad l. 2. in princ. n. 38. D. de reb. cred.* Siue quòd reperiatur persona iam approbata vt ratiocinatur Amedeus à Ponte *quæst laudim.* 28. Vbi tamen addit exceptionem, Dummodò bona fide facta sit permutatio Nam si in fraudem facta esset, id est, vt explicat Iul. Clar. *in §. emphyteusis quæst* 17. si effectu ipso emphyteuta rem venderet, sed verbis contractus asserere se permutare vel donare vt priuaret dominum iure prælationis, vt ex Baldo & Ripa concludit Clarus: Addens fortè etiam de iuris rigore dici posse, quòd hoc casu emphyteuta propter huiusmodi alienationem cadat à iure emphyteutico. Atque ita multos sensisse ait, licèt non audeat ipse affirmare sententiam eorum veram esse. Ego verò sicuti cùm fraus in permutatione admissa est defendo intrepidè, Emphyteutam omni iure priuandum esse, adeoque ipso iure rem sic permutatam in commissum cadere, perinde ac si in quauis alia parte circa ea quæ ad alienationem rei feudalis vel emphyteuticæ pro forma præscripta sunt, peccatum esset, ita cessante fraude contendo ex permutatione huiusmodi laudimium deberi Atque vt ab eo casu exordiamur, quo fraudem admissam esse constet, quis ferat impunitam esse fraudem vasalli aut emphyteutæ id agentis, vt dominum directum cuius beneficio rem habet, iure suo priuet ac spoliet? Nam si ratione agendum est, an non aperta ingratitudo est eius, qui aduersus dominum à quo beneficium accepit (nam & emphyteusim dare beneficij species quædam est) iniuriam machinetur? & consequenter digna quæ commissi, & vt vocant, caducitatis pœna coerceatur Præclare Seneca Nullam iure nostro ingrati actionem comparatam esse, quòd tantò sceleri nulla par satis & congrua pœna irrogari posse videretur. Quid verò iustius, adeóque humanius quàm vt in eo saltem in quo peccauerit, puniatur, vt in specie *l. rescriptum 6. D. de his quæ vt indign. l. Paulus 24. in princ. D. ad leg. Falcid.* Etsi verò fraus omnis punienda est, nec dolus malus debet vnquam manere impunitus nec tùm quidem cùm alij nulli nocet *l. procurator* 11. §. 1. *D. de doli mal. except.* odiosior tamen illa fraus est quæ fit clam & per cuniculos quàm quæ aperto dolo Ideóque grauius puniri solet, qui clam peccat quàm qui palam, Propterea quòd palam delinquentes vt errantes maiore pœna excusantur. Clàm verò committentes vt contumaces plectuntur, inquit Paulus *in leg. vltim. in fin. D. de rit. nupt.* iunct. *l. pupillus 5. § sed si per interpositam D. de autb. tutor.* Et grauius quoque peccare intelligitur, qui in fraudem legis aliquid facit, quam qui directo contra legem, quia contra legem facit is demum qui id facit quod lex fieri prohibet. In fraudem verò legis ille, qui saluis verbis legis sententiam eius circumuenit *l. contra legem 29. D. de legib.* Ergo & in proposito similiter fatendum est Vasallum aut emphyteutam qui rem feudalem vel emphyteuticariam permutare se dicit quam reuera vendit, neque id alia mente, quam vt domino directo ius offerendi præripiat, peccare grauius quàm si contra legem apertè venderet extraneo, nulla prius facta domino denunciatione. Et ideò quamuis suprà diximus, sublatam esse nostris moribus necessitatem illam quam Iustinianus induxerat denunciationis faciendæ domino, & requirendi an velit ipse præferri necne, nec proinde rem hodie cadere in commissum etiamsi non sit seruata forma quam constitutio illa præscripsit, Non idcirco tamen consequens est, vt eo quoque casu quo fraus admissa sit pœnam commissi & caducitatis pariter sublatam dicere oporteat, cùm longè maior sit ratio eius retinendæ, quando tanta fraus admissa est, quàm si per imperitiam aut incuriam duntaxat emphyteutæ, ac sine dolo malo legis solemnitas omissa fuisset, præsertim cùm ea omissio nõ auferat domino ius prælationis propter quod volebat lex fieri denũciationem. Nec quòd hodie feudalia bona & emphyteuticaria redacta sint ad instar patrimoniorum, facere debet vt vasallo vel emphyteutę permissum videatur impunè fraudem domino facere in bonis feudalibus & emphyteuticis, quæ nulla fieri potest in allodialibus. Alioqui sequeretur, nec vlla domino directo laudimia hodie deberi ea feudalium vel emphyteuticorum bonorum alienatione, quia neque ex allodialium vlla deberetur, quod tamen falsum est. Nihil enim aliud facit hæc consuetudo nisi vt tam vasallus quàm emphyteuta liberam habeat de bonis etiam feudalibus & emphyteuticis etiam irrequisito domino disponendi facultatem, neque verendum habeat ne ex hac causa res commissum cadat. Sed ita tamen vt salua maneant iura cætera omnia domini directi, maximè verò quantum ad laudimium, & ius prælationis: Cæterùm non inducit hæc consuetudo fraudandi licentiam, nec proinde tollit pœnam quæ fraudi debetur. Alioqui corruptela dicenda esset non consuetudo, nec valere posse quæ vasallum & emphyteutam ad delinquendum inuitaret *l. iuris gentium 7. § illud nul. D. de pa. l. vltim. Cod. eod.* Pœna igitur commissi & caducitatis quam Iustinianea lex induxit, sublata videri hoc casu non potest, adeoque si nulla adhuc lex hac de re lata esset, nouam vtique ferri oporteret, ne dolus maneret impunitus. Neque enim punitus videri debet, ob hoc solùm, quod perinde ad solutionem laudimij emptor condemnetur qui emit sub specie permutationis ac si palàm emisset, itémque vt perinde directus dominus habeat ius prælationis. Hoc namque modo nihil aliud consequimur nisi vt nullum fraudis suæ fructum contrahentes sentiat, at non etiam vt eorum dolus coerceatur: Aliud siquidem est lucrum quod ex fraude sperabant ipsis auferre, aliud verò damnum iis aliquod infligere *l. quod autem 6. simili modo dicimus D. quæ in fraud. cred. l. 3. De vi & vi armat.* Damnum autem aliquod propter fraudem semper infligendum est *dict. l. procurator 11. § 1. De doli mal. except. l Imperator 50. D. ad SC. Trebell* Deinde hac ratione puniretur emptor solus nõ etiam venditor si res in qua fraus facta est, non caderet in commissum. Ius enim prælationis emptori tantùm rem aufert, non etiam pretium venditori, qui iam alium rem transtulit, & similiter laudimij solutio ad emptorem spectat non ad venditorem. At pœna commissi & caducitatis venditorem potissimùm afficit, qui pro re quã

remittit, nullum pretium aut à domino directo, aut ab emptore consequitur. Quamquam si iam emptor pretium venditori vltrò soluisset, difficile esset, dicere dandam ei aduersus venditorem vllam repetitionem si particeps ipse fraudis fuisset, cùm in pari causa, & turpitudine melior debeat esse conditio possidentis, & eius qui conuenitur *l. 2. § vltim. l. 3. 4. & penultim. D. de condict. ob turp. caus. iunct. l. sua rei 16. l. si in emptione 34. §. 2. ibi nisi vltre quod conuenerit præstet. D. de contr. empt.* Nam qui scit ne fraudem participat non ab alio decipitur, sed à seipso *l. nam si scit 26. De rei vindic. lege 1. & tot. tit. Quæ in fraud. credit.* nec quicquam æquius est, quàm vt consilium malum consultori ipsi sit pessimum *l. consilij 47. De regul. iur.* Sed si fraus nulla in permutando interuenerit, dico adhuc tamen ex permutatione laudimium deberi, tametsi rerum vtrimque feudalium & emphyteuticarum permutatio facta sit. Cùm ex vtraque parte dominium transferatur & laudimium ex quacunque dominij translatione, ac vasalli aut emphyteutæ mutatione debeatur, Æstimatione sc. facta rerum permutatarũ, ad talem æstimationis quantitas laudimij certa constitui possit. *Ex dict. l. vltim. Cod. de iur. emphyt.* Nec me mouet quod nostri obiiciunt, Non esse hoc casu necessarium consensum domini. Nam si de eo consensu intelligunt qui præcedere debet acquisitionem, iam diximus toties in præcedentibus, nihil commune habere consensum illum cum iure laudimij, cui causam dat sola dominij translatio, non etiam domini consensus ante contractum præstitus, Maximè in eo genere contractuum in quo nihil de iure offerendi tractari potest neque de iure prælationis, in quo genere ac numero permutatio est. Si verò de illo cõsensu loquuntur, quem Iustiniani lex vult interponi post contractum, & ante apprehensam possessionem, & quem hodie sufficit etiam post apprehensionem possessionis interuenire, falsum est non esse hunc consensum necessarium, Cùm vel ab initio, id est ante possessionis apprehensionem adhiberi debeat vel saltem ex postfacto, id est intra tempus, intra quod petenda & concedenda est inuestitura; Ne alioqui nouum vasallum aut emphyteutam dominus directus inuitus habeat, licèt consentire cogendus sit si non habeat iustam contradicendi causam, hoc est dũ ne facta sit alienatio in personam prohibitam, vel minùs idoneam *d. l. vlt. C. de iur. emphyt.* Neque contrarium est quod habet iuris regula, Ea quæ alio inuito fieri possunt, fieri etiam posse illo ignorante *l. qui potest 26. de regul. iur.* Id enim tùm verè dicitur cùm ea de re agitur quæ potest fieri alio inuito simpliciter & absolutè. Hoc verò non est eiusmodi, cùm aliquo casu possit euenire vt non sit cogendus dominus consentire, Nimirum si iustam aliquam contradicendi causam habeat. Scire igitur debet vt videatur non contradicere, quemadmodum in *l. 2. §. vlt. D. solut. matrim.* Sed & eo casu quo cõtradicere non potest, nihilominùs æquum est approbari ab eo nouum vasallum aut emphyteutam, ob eámque approbationem laudimium ei præstari tanquam vero eius rei domino *d. l. vltim. Cod. de iur. emphyt.* cùm translatio quæ ex causa permutationis facta est non impediat quominùs maneat ille dominus directus, Cùm habuerint permutantes dominium duntaxat iuris illius feudalis vel emphyteuticarij quod inuicem transtulerunt, non etiam proprietatis rerum permutatarum *d. l. si domus 71. §. vlt. de legat. 1. l. 1. & 2. D. si ager. vectig. vel emphyt. eff. dicat.* Minùs me altera illa ratio mouet, quòd persona vtriusque emphyteutę iã sit à domino approbata: Non enim facit vetus approbatio quin sit opus noua, quoties noua dominij trãslatio fit. Nec quicquam vetat esse quem idoneum ad solutionem canonis pro vna re debiti, qui tamen non æquè esset idoneus ad soluendum canonem pro alia re, quæ onerata esset vt quotidie accidit, grauiore pensione: Et vt maximè sit idoneus, & eum admittere cogendus dominus, Perinde tamen laudimium deberi dicendum est, quia verum est, nouum hunc esse vasallum, nouúmque emphyteutam & possessorem huius rei, quam ex permutatione acquisiuit, & cuius nomine nunquam fuit approbatus. Neque verò inspiciendũ est an causa aliqua sit propter quam aut approbari debuerit, aut potuerit non approbari, sed tantùm an approbauerit, Imò verò an paratus sit approbare. Hoc enim sufficit, vt ius habeat laudimij petendi, quòd per eum non stet quominùs approbet & suscipiat nouum possessorem. Nã etsi vellet dominus directus contradicere qui tamen nullam satis iustam contradicendi causam haberet, non idcircò petendi laudimij ius amitteret, sed siue de prælationis iure, siue de caducitatis pœna iniustè contenderet, non alia contra eum sententia ferri posset, quàm vt laudimio contentus esse cogeretur. Quomodo Senatus noster passim pronunciat, Tumque demùm inciperet ei competere ius agendi ad pœnam commissi & caducitatis, cùm nouus emphyteuta laudimij solutionem iniustè denegaret. Semper enim iustum est desiderium domini directi ad commissi pœnam agentis, cùm nouus emphyteuta per contumaciam & dolo malo recusat vel laudimium soluere, vel quid aliud facere, quod vel ex lege inuestituræ vel ex iuris siue feudalis, siue emphyteuticarij ratione facere & præstare teneatur. Cùm ex sola ipsa debiti & officij denegatione appareat quanti referat & intersit directi domini, talem vasallum aut emphyteutam non habere Solet tamen Senatus noster summo æquitatis temperamento quoties talis casus emergit, locum relinquere pœnitentiæ, nec priùs pœnam commissi vel caducitatis irrogare quam præterierit tempus quod ei præstituit Senatus ad soluendum laudimium, aut ad faciendum id de quo faciendo iustè vrgetur, Non quidem quasi concepta condemnatione sub conditione quod fieri nunquam debet, sed quomodo cõcipi pronunciationes solent, vulgaribus his verbis *à faute de payement des lods, & autres choses demandées dans le mois.* Quibus verbis laudimiorum solutio non in condemnatione est, sed tantùm in præstatione, vt in *l. 1. De pen. legat. l. 1. § item si ita D. ad legem Falcidiam l. cùm sine præfinitione 19. l. si penum 14. D. quand. dies legat. ced. l. nuda 5. Cod. de contr. & commit. stipulat.* Nihil igitur causæ est cur hoc casu ad inducendam laudimij præstationem exigamus cũ Amedeo à Ponte *dict. quæst.* 28. vt in recognitionibus hoc ipsum expressum sit vt ex permutatione quoque rei feudalis, vel emphyteuticariæ etiam cum alia re feudali vel emphyteuticaria laudimium debeatur. Frustra namque in pactum deducitur, quod iure communi conceditur *l. si quis duas 6.* aliàs *l. si in venditione in fin. D. commun. præd.* Debuerat potiùs Amedeus casum illum excipere quo res permutatæ ambæ quidem feudales essent aut emphyteuticariæ, at non respectu eiusdem domini directi, sed, quod plerumque accidit, respectu diuersorum. Hoc enim casu cessant duæ rationes illæ quibus nostros moueri diximus vt nullum ex permutatione laudimium deberi putent. Quidni enim hoc casu consensus vtriusque domini sit necessarius: non quidem ad permittendam permutationem quã irrequisito & inuito vtroque domino fieri posse admittimus, sed ad nouum vasallum aut emphyteutam approbandum, qui vtique nondum potest videri approbatus, cùm fiat non modò nouus emphyteuta, sed etiam noui domini, in re illa quam ex permutatione acquisiuit.

Nec

Nec sanè puto quemquam esse tam imperitum rerum æstimatorem qui non hoc saltem casu admittere debeat, Ex permutatione laudimium deberi.

ERROR VII.

Si res feudalis vel emphyteuticaria permutata sit cum allodiali vel feudalis cum emphyteuticaria.

Fiunt plerunque permutationes rei alicuius feudalis vel emphyteuticariæ cum re allodiali, Nec tamen sine fraudis suspicione apud eas gêtes quæ rectis & propriis fundis vtuntur: Quorum natura & conditio illa est vt moriente vasallo sine masculis, ea ad dominum reuertantur, etiam filiabus ex vasallo superstitibus *Tit. 8. De success. feud. in vsib. feudor. lib. 1.* Solent enim qui præuident fore, vt breui absque prole moriantur, eiusmodi res feudales cum allodialibus permutare, quarum commodum sine vllo metu ad hæredes quantumlibet extraneos sint transmissuri. Et quamuis in emphyteusi aliud sit, quæ sui natura ad quoscunque hæredes si non sit ecclesiastica transmitti potest. Euenit tamen aliquando vt hac parte idem toris sit in emphyteusi, quod in feudo, sine quòd ab initio lex talis emphyteusi dicta sit, quæ semper haud dubiè seruanda est *l. 1. Cod. de iur. emphyt.* Sine quòd ita ferat loci consuetudo, quæ in his potissimum quæstionibus maximè attenditur, dummodò neque legibus, neque bonis moribus repugnet, vt interpretes omnes consentiunt. Súntque apud nos huiusmodi emphyteuses non paucæ, quas nos vulgò taliabiles appellamus, & quas sub nomine vel homagiu talliabilitatis recognitas esse satis est, vt appareat reuerti eas debere ad dominum si contingat possessorem sine liberis mori, quoniam qui apud nos sunt fundi talliabiles recti fundi naturam quodammodo retinent, quantum ad onus reuersionis, nisi quòd in feudis rectis & propriis fœminæ non succedunt, sed in iis tantùm quæ non habent propriam naturam feudi, de quibus *in vsib. Feudor. Tit. De feud. non habent. propr. natur. feud. lib. 2.* In feudis vero talliabilibus apud nos etiam fœminæ succedunt plerisque in locis, quamuis non in omnibus pro variis locorum & prouinciarum moribus, vt in Codice nostro elatiùs à nobis explicatum est. Vnde fit vt notarij nostri, qui censualium recognitionum instrumenta stipulantur, nomina ista feudi & emphyteuseos confundant, & passim pro synonimis accipiant, scribantque talem possessorem recognouisse talem rem in feudum & emphyteusim à tali domino directo, Cùm tam non possit eadem res, & feudalis esse & emphyteuticaria. Feudum enim merum infeudantis beneficium continet licèt vis sit vt non aliquod habeat onus admixtum. Emphyteusis verò emphyteutam onerat ab initio vt rem alioqui sterilem, aut minùs vberem impensa sua faciat meliorem & vberiorem, propter quam causam contractus hic emphyteuticus etiam contractus meliorationis appellatur, Et meliorationes cum iuribus emphyteuticis confunduntur *se d. l. vltim. & tot. tit. Cod. de iur. emphyt.* Neque tursum dare feudum omnes possunt vt constat ex *Tit. feudor. Qui feud. dar. poss.* At emphyteusim constituere quilibet potest *§. adeò Inst. de locat.* sicut & vendere & locare. Ex quibus differentiis aliæ pleræque nascuntur de quibus nunc dicere nihil attinet, quia nec de iis inter nostros dubitatur. Licèt dici soleat, In iis omnibus in quibus aliud expressim constitutum non est in feudo, quàm in emphyteusi, regulis iisdem regi emphyteusim quibus & feudum regitur. Quomodo de venditione & locatione solemus dicere, de quibus tamen nemo dubitat quin diuersi sint, & separati contractus *l. 2. l. item si pretio 25. §. vltim. locat.* Sed & sunt apud nos pleræque emphyteuses sic ab initio contractæ vt moriens quandocunque sine liberis emphyteuta fundus ad concedentem reuertatur, adiecta nonnunquam in conditione qualitate masculorum, vt non impediat reuersionem quòd dominus filius reliquerit. Nonnunquam etiam prætermissa, vt ad excludendum dominum sufficiat emphyteutæ superstitem vel vnam filiam reliquisse. Quas etiam emphyteuses pragmatici nostri appellare talliabiles solent, minùs honesto sanè ac apud nos propemodum infami licèt frequenti vocabulo. Patúmque verè, cùm sola conditio reuersionis non faciat rem talliabilem. Alioqui feuda omnia recta & propria quantumuis nobilia, possent dici talliabilia, quod stultum esset. Siue igitur feudalis res esset proponatur, siue emphyteuticaria quæ ex conuentione reuerti ad dominum debeat moriente quandocunque emphyteuta sine liberis, Quæritur sæpissimè, Vtrum si talis res permutata sit cum allodiali, valeat permutatio, quasi hoc ipso fraudis suspicio non leuis incurrat. Quid enim si præterea illud concurrat vt ab infirmo facta sit? Quid si etiam illud, vt ex ea infirmitate post breue tempus, vt puta post vnum aut alterum mensem decesserit is, qui rem istam permutauit eius reuersionem verebatur? His sanè concurrentibus putant plerique non modò suspectam, sed etiam euidenter fraudulentam esse permutationem, ideoque faciendam irritam, vt ea non obstante periode res permutata reuertatur ad dominum acsi in permutantis bonis mansisset. Atque ita in Camera Pedemontana iudicatum fuisse in persona illius qui iam in infirmitate constitutus & sine prole rem feudalem cum allodiali permutauerat & ex ea infirmitate post duos menses decesserat, Amedeus supradicto loco testatur. Ego verò, quod salua tantorum Iudicum dignitate tantique viri authoritate dictum sit, aliter iudicatum vellem. Ita enim esto, vt qui rem aliquam possidet siue feudalem, siue emphyteuticariam quam scit se moriente absque liberis ad dominum reuersuram, si cùm se & infirmum & spe habendæ prolis destitutum videret, eam rem cum allodiali permutauerit, ea mente id fecerit, vt ius domini excluderet ac spem reuersionis extingueret. Nego tamen inde fieri vt in fraudem domini quicquam fecisse videatur. Cùm sibi potiùs prospexerit ne rei siue iacturam faceret & vt hæredibus quos habiturus esset siue testamentariis, siue legitimis opulentiorem hæreditatem relinqueret: quod certè nullo iure prohibitum est: Sicut enim dicimus non videri dolo facere illum qui fraudem excludit *l. cùm pater 7. . . Titio fratri antep. De legat. 2.* Sic neque dolo facere videtur, qui agit quantum potest ne enim vita bonorum quoque suorum iacturam incurrat, licet eo modo futurum sit vt lucri spem alteri adimat. Non enim damnum vllum intelligitur in iactura lucri quod sperabatur *l. quod autem 6. §. simili modo dicimus D. quæ in fraud credit l. 3. in princip. D. de vi armat.* Et quamuis verum sit quod ait Vlpianus ita licere cuilibet facere conditionem suam meliorem dum ne vicini deteriorem faciat *l. 1. §. sed & fossas D. de aqua & aquæ pluu. arcend. l. quidam Hiberus 13. D. vrban. præd. l. sicut 8. §. Aristo. §. D. si seru. vin. vindic.* Attamen illud quoque verum est, aliud esse nocere, aliud non prodesse *dict. l. 1. §. sicut autem De aqua & aquæ pluu. arcend.* Prodesset sanè domino directo mori hunc emphyteutam & sine liberis & possessorem rei feudalis, vel emphyteuticariæ, vt ea res ad dominum reuerteretur.

Sed cùm emphyteuta rem permutat ob hoc ipsum ne ad dominum reuerti possit, non tam nocet domino directo quam non prodest, impediendo ne lucrum ei deferatur: quod cùm fit, non ideò tamen dominus fit pauperior cui lucrum eripitur, quemadmodum nemo dicitur ob id factus locupletior quod alieno beneficio consecutus sit ne expenderet pecuniam quam alioqui fuerat expensurus *l. 5. §. concessa §. si maritus §. cum igitur, & sequent. De donat. int. vir & uxor.* Denique nulli interdictum est lucri occasionem alteri præripere ne damnum ipse sentiat, nec in eo fraus vlla versatur *l. quia autem 6 §. si patronus in fi. D. si quis omiss. caus. testam.* Adeò vt nec suos creditores fraudare dicatur is qui delatam sibi hæreditatem aut legatum repudiat, licet ex eo futurum sit vt creditores maneant in damno quibus ex hæreditate si adita fuisset, aut ex legato si non fuisset repudiatum satisfieri commodè potuisset *l. quod autem 6. in princip. & §. 1. D. quæ in fraud. cred.* Quod ego sic intelligo, Etiamsi fecerit eo animo vt creditoribus suis noceret. Non enim iis nocet nisi hactenus quòd eis prodesse non vult, cùm posset si vellet. Nec cogendus est alicui compendij causa hæreditatem adire extra causam hæreditatis fideicommissariæ, ex Trebelliano restituendæ *l. nam quod 14. §. non omnis l. non est cogendus 53. D. ad SC. Trebellian.* nec similiter prohibendus id facere per quod sibi prospiciat, ne damnum incurrat, etiamsi ex eo futurum sit vt alius lucri spe fraudetur. Est enim sic à natura comparatum, vt omnes sibi malint bene esse quàm alteri nec attendenda sunt etiam damna, quæ non accidunt nisi per consequentias *d. l. quod autem iunct. l. 1. & l. quod dicitur 7. D. de author. tutor.* Alioqui paulatim eò absurdi decurrendum erit in proposito, vt neque huic emphyteutæ nullos habenti liberos permittamus vxorem ducere ex qua liberos sperare possit. Ne dum liberorum spem sibi parat, domini directi spem diminuit, & hoc ipsó eum fraudare velle existemur. Quid enim refert vtro modo sibi consulat, aut vxore ducta, aut re permutata? Nam quod in ea specie quam Amedeus tractat, proponitur emphyteuta infirmus iam fuisse tempore permutationis, & ex ea infirmitate decessisse, fraudem inducere non potest sed necessitatem potiùs capiendi prudentis consilij, & prouidendi, ne quid ex præuisa morte damni hæreditas patiatur. Itaque vel dolus hic nullus est, vel si quis sit bonus est, quem ciuilis legislator laudat potiùs quàm improbat *l. 1. D. de dolo malo.* Et verò quid absurdius esse potest, quàm huic emphyteutæ imputare cur eam rem feudalem vel emphyteuticariam quam sciebat se mortuo ad dominum reuersuram non retinuerit diutiùs ob hoc solùm vt ad dominum reuerti posset: An non tale hoc esset, quale si velles alicui testato imputare, quod intestatus non decessisset? vt argumentatur I.C. *in l. posthumus 6 in princip. D. de inoff. testam.* Nam quemadmodum ait ille non posse hoc dici, quia nemini interdicitur factione testamenti, Ita & in proposito possum dicere, Non posse emphyteutæ imputari consilium fraudis ob id solùm quod infirmus, & cœlebs si volens rem feudalem vel emphyteuticariam vendiderit aut permutauerit, Nec enim cuiquam interdicitur permutandi vendendive potestate. Sed & me illud valdè mouet, quod negari non potest, quin per eiusmodi permutationem, etiamsi maximè in fraudem facta esset dominium in eum, cui permutatio fit, transferatur, neque tantùm si emphyteuta solus consilium fraudis inierit, sed etiam si acquisitor quoque fraudem participauerit *l. si sciens 26. in fin. D. de contr. empt.* vbi hæc differentia perelegans ponitur inter eum qui emit à prodigo aut ab alio quem Prætor ex alia causa prohibuerit alienare, Et eum qui emerit à debitore suos creditores. Ob eamque nimirum causam necessaria est actio reuocatoria, quæ alienationem hanc rescindat vt res in fraudem vendita reuerti possit ad bona debitoris *§. item si quis Instit. De [illegible]. & tot. Tit. Quæ in fraud. credit. D. & Cod.* quæ porrò non datur, nisi contra scientem acquisitorem, qui fraudem participauerit *l. 1. l. ait Prætor 10. §. sciente & pass. D. eod. tit.* Finge igitur in ea specie quam tractamus, Eum qui rem allodialem putauit, non fuisse conscium fraudis quam emphyteuta meditabatur, quod facilè potest contingere siue quòd putet æquè allodialem illam esse, siue quòd reuersionis conditionem ignoret, Vt est alieni facti ignorantia semper non modò tolerabilis sed etiam præsumenda *l. vltim. D. pro suo l. doli 19. §. diuersum D. de nouat.* Quæro, quanam ratione vel actione possit dominus directus huic ius auferre qui nactus est ex rei feudalis vel emphyteuticæ permutatione? Nam vtique reuocatoria hoc casu non competit quæ nec in casu edicti prætorij daretur contra eum qui particeps fraudis non fuisset. Et tamen si verum est quod interpretes omnes affirmant dominium quod illi vocant vtile transferri in accipientem, fieri certè nequit vt postquàm ei acquisitam fuit qui rem allodialem permutauit, ei postmodum inuito auferatur *l. si ergo 9. §. si res D. de iur. dot.* cùm alieni facti & doli pœnam pati non debeat. Ergo debuerat Amedeus hunc saltem casum excipere quo rei allodialis permutator fraudem vassalli vel emphyteutæ non participasset. At neque video, quænam fraus ex parte huius acquisitoris excogitari possit, cùm dat rem allodialem pro emphyteuticaria vel feudali. Nec rursus, quodnam adeò magnum damnum pati videatur dominus directus ex permutatione huiusmodi, cùm æquè spem reuersionis habiturus sit, etiam rata manente permutatione. Quid enim vetat etiam hunc allodialis rei permutatorem quamuis tempore permutationis infirmus sit & liberos habeat, priorem tamen mori sine liberis, ita vt per eius obitum ea res ad dominum reuertatur? An non ea rerum humanarum vicissitudo & inconstantia est, vt quotidie tale quid accidat? Quod etsi non tam citò eueniret quoniam aliud est, Posse eum quoque qui iuuenis & sanus sit citò mori, Aliud verò, Non posse infirmum aut senem diutiùs viuere, An ideò tamen fit vt spes domini quæ differtur tantùm, etiam auferatur ei, & intercidat? Minimè verò. Postquàm eo iure vtimur ex consuetudine plerisque Senatus nostri consultis approbata, vt conditio illa *si sine liberis emphyteuta decesserit*, non adeò sit personalis quin transferatur in nouum possessorem, Ita vt moriente eo quandocumque sine liberis res ad dominum reuertatur, licèt ille ipse qui recognouit aut adhuc viuat, aut moriens liberos reliquerit, quasi conditio sit realis potiùs quàm personalis, & afficiat possessionem personamque cuiuslibet possessoris. Quod tamen fit ex consuetudine apud nos inueterata potiùs quàm ex iuris ratione quæ conditiones omnes pro personalibus habet, nec patitur vel eius cui adscriptæ sunt personam egrediantur *l. qui heredi 44. l. Maxius 55. leg. à testatore 109. De conditio. & demonstrat. l. cùm pater 77. §. ab instituto De legat. 2.* Sed neque video qua ratione possit dominus directus ob huiusmodi spem dici creditor vt in eius fraudem facta permutatio dici possit, & vt aliquo modo pertineat *ad Tit. Quæ in fraud. credit.* Nihil enim vasallus aut emphyteuta ei debet hoc nomine, & quod moriente vasallo vel emphyteuta sine liberis, res ad dominum reuersura est, onus & qualitatem rei respicit non personæ. Itaque non facit hæc ratio dominum creditorem, Cui sufficit quod

eueniente

euenіente conditione rem vindicare possit quasi suam, & iure directi dominij, quod impedit potius ne id quod iam suum potest dicere, adhuc sibi deberi possit dicere *l. non vt ex pluribus 159. De regul. iur.* cùm magis eius fieri non possit *§. sic itaque Instit. de action.* Nihil enim aliud euentus conditionis, nisi quòd possessoris ius extinguit, quo durante dominus rem licèt suam vindicare non potuisset *l. 1. & tot. tit. D. si ager. vectig. vel emphyt. eff. dicat l. lex vectigali 31. D. de pign.* Cæterùm extincto iure dominij vtilis, vt vocant, solum directum manet, quod liberam domino & directam dat vindicationem, impeditque ne quid sibi debitum possit dicere: Exemplo eius quod scriptum est *in l. si hæres 70. in princip. D ad SC. Treb.* Si hæres institutus rogatus sit de restituenda hæreditate Titio, & rursum Titius de eadem hæreditate post aliquod tempus eidem hæredi reddenda, tempore adueniente sufficere hæredi actiones directas, nec vlla eum restitutione indigere. Atqui creditorem esse dominum directum oporteret, vt posset conqueri fraudatum se ex permutatione. Nec enim qui dominium habet fraudari in re sua potest, adeóque nec creditor est pignoratitius cuius quippe ius per nullam alienationem deterius fieri potest, licèt dominium rei obligatæ in alium transferatur *l. debitorem 15. C. de pign. l. 1. §. 1. D. eo* Idque est quod sæpe monuimus *Tit. quæ in fraud. cred.* non ad pignoratitios, sed ad chirographarios tantùm creditores pertinere. Porrò non aliter potest existere conditio reuersionis quàm si is moritur sine liberis possessor inueniatur, & dominus vtilis tempore mortis suæ quoniam ea conditio ad tempus mortis relata est. Ergo quandiu vasallus viuit aut emphyteuta liberum ei est permutare citra suspicionem fraudis, & vendere, adeoque donare dummodò bene merentibus personis, & inter viuos, vt dicemus in sequentibus, Solúmque ei est interdictum ne quid per legatum aut aliam speciem vltimæ voluntatis relinquat, vt de liberto, cui non malè hic comparatur de quo agimus, scribit Iulianus *in l. viuus 9. D. si quid in fraud. patron.* qui textus ad hanc nostram sententiam confirmandam omnium accommodatissimus est. Nam & qui ipsi sunt talliabiles, & dedititiæ apud nos conditionis, quandiu tamen viuunt liberam de bonis suis inter viuos disponendi facultatem habent, solaque testamenti factio iis interdicta est quia viuunt liberi quamuis moriantur quodammodo serui vt in nostro Codice scripsimus sub *Tit. De dedit. libert. tollend.* Quantò magis eadem alienandi libertas illi relinquenda est, qui plenam & romanam libertatem habet, licèt rem possideat quæ moriente eo absque liberis ad dominum sit reuersura? In summa non fraudat qui impedit ne conditio aliqua existat ex cuius euentus alius lucrum sentire potuisset *dict. lege quod autem 6. paragrapho primo, D. quæ in fraud. credit.* nec prohibetur quisquam hæredibus suis perinde ac sibi ipsi prouidere *leg. si pactum 9. D. de probat. leg. tale pactum 40. paragrapho vltim. D. de pact.* Obstant tamen huic nostræ sententiæ quidam iuris loci de quorum sententia dicendum nobis est, vt tota hæc quæstio quæ in foro satis frequenter occurrit meliùs tota discutiatur.

***

ERROR VIII.

Si permutatio rei feudalis vel emphyteuticæ fuerit simulata, Ad l. si filia 5. D. de diuort. & ad l. filiæ meæ 59. D. solut. matrim.

His quæ proximo capite disputauimus pro permutatione ab ægro & cœlibe facta rei feudalis aut emphyteuticariæ, quæ ad dominum directum reuersura sperabatur, cum re allodiali, & quidem ea mente vt ius reuersionis impediretur, Valde obstare videntur quidam iuris loci quorum authoritate mouentur qui contra nos sentiunt vt permutationem hanc irritandam putent, quasi in fraudem domini directi factam. Primus locus est *in l. si [illegible] 5. D. de diuort.* Vbi Vlpianus scribit, si [illegible] emancipata idcircò diuerterit vt maritum lucro dotis afficiat, eam fraudare patrem qui profectitiam dotem potuisset petere si constante matrimonio filia decessisset. Et ideò patri succurrendum est, inquit, ne dotem perdat. Non enim patri minùs quàm marito succurrere Prætorem oportet. Danda igitur ei est dotis exactio, ait Vlpianus, atque si constante matrimonio filia decessisset. Alter locus est *in l. filia mea 59. D. solut. matrim.* vbi Iulianus, Filiæ meæ, inquit, emancipatæ & ægræ vir in hoc repudium misit, vt mortua ea dotem potiùs hæredibus eius, quam mihi redderet, Sabinus dicebat vtile mihi eius dotis recuperandæ iudicium dandum esse: Non alia vtique ratione quàm quòd non nisi in fraudem meam diuortium hoc factum esse videatur. A quibus non est valde alienum, quod Paulus tractat *in l. pater 71. D. de euict.* Si pater nomine filiæ in dotem dederit fundum, qui postea sit euictus, patri permittendum esse vt contra venditorem suum agat vel ex empto, vel ex duplæ stipulatione, quasi damnum ipse quoque patiatur. Et si enim non sicut mulieris dos est, ita & patris esse dici potest, vt ex eo colligere licet quod pater hic dotem à se perfectam non cogitur fratribus suis conferre constante matrimonio, Ipsius tamen interest, inquit Paulus, filiam habere dotatam, & spem quandoque recipiendæ dotis, omni casu quo filiam eo viuo mori contingeret siue in matrimonio, siue post diuortium. Vtique si filia fuit in potestate quæ sine patre repudium nec mittere potest, nec admittere, Sed si emancipata proponatur, Vix poterit defendi statim committi stipulationem, Cùm minùs intersit patris habere hanc filiam dotatam, quandoquidem non nisi vno casu ad eum regredi dos possit, id est si contingat eam in matrimonio mori, Vt proinde non priùs videatur ei permittendum agere quàm mortua in matrimonio filia potuerit dotem repetere si euictus fundus non esset. Sed tamen concludit Paulus hoc quoque casu interesse patris dotatam habere filiam ita vt promissorem euictionis statim conuenire possit, quod magis, inquit, paterna affectio inducit. Ex quo Pauli loco probatur, Videri damnum pati etiam eum qui spem habet alicuius rei quandoque recipiendæ si eam spem amittat, Nec aliud probandum esse, [illegible] de ea re agatur, quæ vno tantum casu reuersura esse speretur. Ergo vt hæc omnia ad propositam quæstionem accommodemus, Cur non dicamus damnum pati dominum directum cui per factum à vassallo vel emphyteuta alienationem spes eripitur habendæ rei, quæ si permutatio nulla facta esset, ad eum fuerat reuersura? Quidni etiam videri in eius fraudem & dolo malo factam permutationem, quam ponimus à mente factam fuisse vt reuersionis ius illud impediretur,

pedietur, & quam alioqui vassallus aut emphyteuta facturus non fuisset? Speciosa sane obiectio est, & quæ non parùm difficultatis habere videatur: Sed quam tamen facilè diluemus si distinguamus quod interpretes, & pragmatici nostri distinguere nesciuerunt, An simulatè facta sit permutatio à vassallo vel emphyteuta. An verò tantùm eo animo & consilio vt ius reuersionis impediatur, Quicquid simulatè fit, semper in fraudem fit: Quorsum enim simulandi consilium caperetur, si nulla fraudis cogitatio interueniret Sed tamen deterioris conditionis est simulatio quàm fraus in eo quòd simulata nullius omnino sunt momenti, & pro infectis habenda sunt, *l. si ex pretio* 8. *C. si cert. pet.* in illis verbis *simulata pro infectis habitis.* Et *tot. tit. C. plus valer. quod agit. quam quod simul concip.* Quæ autem in fraudem geruntur, etiam participante fraudem eo cum quo contrahitur, ipso iure tenent quousque irrita facta sint per actionem reuocatoriam *l. si sciens* 26. *in fin. D. de contr. empt. l. quoties* 44. *D. de acquir. hered. l.* 1. *& tot. tit. D. quæ in fraud. credit.* Et rursum non quicquid in fraudem fit, etiam simulatè fit: sed vt plurimùm eo animo vt suum effectum habeat. Vtriusque propositionis exemplum apertum est in ea Permutatione de qua tractamus. Potest enim talis permutatio rei feudalis vel emphyteuticæ cum allodiali simulatè fieri si fortè non ea sit mente vassallus aut emphyteuta vt rei suæ dominium in alium transferre velit, sed fingere duntaxat translationem, hac acto priuata cautione inter contrahentes, vt si in ea infirmitate saluus euaserit, res ei restituatur: sin mori eum contigerit, hæredibus eius recepta ab eis re allodiali quam in vicem suæ permutator hic acceperit Potest etiam fieri eo animo vt omnimodo & cum effectu ex vtraque parte dominium transferatur, remque acceptam sibi quisque ex contrahentibus retineat, sed tamen non alia de causa nec alio fine, nisi vt impediatur ne moriente vassallo vel emphyteuta sine liberis res ad directum dominum reuertatur. Priore casu admittemus permutationem & simulatè & in fraudem factam esse, ideóque nec valere posse, nec domini directi ius extinguere, At non tam quòd in fraudem facta sit quàm quòd simulatè. Nam si nihil ei noceret nisi quòd in fraudem facta esset, vtique teneret ipso iure quousque rescissa esset, ac reuocata. Cùm enim simulata est adeò inanis & irrita est ipso etiam iure vt nulla opus sit reuocatione, sed tantùm simulationis probatione. Neque enim remedium vllum iure nostro contra simulationes comparatum est quia nec fuit necesse. Sed hic casus, & ea species permutationis ad quæstionem nostram nil pertinet. Ponimus enim factam esse permutationem veram, & animo permutandi, transferendíque dominij, nulla restitutionis faciendæ exacta cautione, sed tamen hoc consilio, vt reuersio quæ per vasalli aut emphyteutæ mortem sperabatur, impediretur. Tractamus itaque de posteriore specie permutationis, quam sicuti nemo dixerit esse simulatam, ita in fraudem domini factam dici posse negamus. Dic si voles factam eam esse in damnum & dispendium domini ad quem si ea facta non fuisset, res feudalis vel emphyteuticaria hodie per mortem vasalli vel emphyteutæ sine liberis reuerteretur. Hoc ego admittam facile, sed negabo semper in fraudem domini factam eam videri. Ex rationibus superiore capite disputatis. Et illa potissimùm, quod nec lædit nec fraudat quemquam is qui iure suo & communi vtitur, *l. si duorum* 42. *D. de action. empt.* sicuti nec læsus dici potest, qui iure communi vsus est *l. inter eos* 51. *§ penultim. D. de fideiuss. l. ... Cod. de integr. restit. minor.* Nego hoc rursum, quod pragmatici supponere videntur, Videri factam huiusmodi permutationem nocendi animo duntaxat: quod si ita esset, vtique rata ea nunquam haberi deberet, cùm malitiis non sit indulgendum *l. in fundo* 37. *D. de rei vindicat.* Idque ... primùm agit quisquis hoc animo reuersioni obnoxiam ... permutat, vt sibi primùm consulat, deinde ... suis hæredibus, quibus tantò locupletiorem hæreditatem relicturus est, si res illa ad dominum non reuertatur. Quod autem eiusmodi permutatio nocet domino directo, & ius reuersionis ei competens si non extinguit prorsus, saltem minuit, & remoratur, non fit nisi per consequentiam quandam, quæ non potest non esse licita, cùm antecedens sit licitum *leg. cum eo* 9. *leg. inter seruitutes* 15. *D. de vrban. præd. leg. ex quo* 12. *paragrapho primo, Cod. de ædific. priuat.* His ita constitutis, facilè est ad supradictos Vlpiani & Iuliani locos respondere. Nam vtroque loco agitur de diuortio, quod nō alio consilio siue à filio siue è marito factum erat quàm vt patri noceretur, adeóque quod non verum erat, sed simulatum, ac proinde fraudulentum. Diuortium enim non est nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit vt Paulus scribit *in l.* 3. *D. de diuort.* atqui apud Vlpianum in *dict. l. si filia* ... *sol. mat.* filia proponebatur & emancipata fuisse, & ... tantùm diuertisse vt maritum lucro dotis afficeret. Cùm fortè conuenisset, quæ olim frequens, & iusta erat conuentio, vt dotem lucraretur maritus, à quo vxor temerè ac sine causa diuertisset, aut quæ culpa sua iustam diuortij causam præbuisset: An verò potest videri animum habuisse constituendi perpetuam dissensionem inter se ac maritum, quæ id vnum egit, vt maritum dotis lucro afficeret? Quid verò maius præstare illa marito potuisset? aut quam entixionem præbere suæ erga maritum & beneuolentiæ & obseruantiæ significationem? Finxit ergo duntaxat & simulauit se diuertere cùm nihil minùs quàm de perpetua dissensione inter se ac maritum constituenda cogitaret: Neque id verò vt sibi suisque hæredibus prodesset, ad quos nihil vnquam per occasionem illius diuortij peruenire poterat, sed tantùm vt prodesset marito, noceret patri, eíque profectitiæ dotis recuperandæ spem omnem eriperet. Ideóque bene Vlpianus dignum putat esse patrem cui succurrat Prætor data ei dotis actione, viua quoque adhuc filia perinde acsi iam illa in matrimonio decessisset. Nec enim expectandum est vt in matrimonio decedat ... ia quæ dicit se verè diuertisse. Nam si ad maritum postea rediisset, dummodò breui tantùm interiecto temporis spatio, nec diuertisse videretur, si fortè per calorem iracundiæ repudium misisset *dict. l.* 3. vbi exemplum hoc proponitur diuortij, non veri quidem, sed tamen nec simulati. Non enim simulatum dici potest, cùm à muliere missum esset repudium animo perpetuam constituendi dissensionem, Nisi euentus docuisset per calorem iracundiæ potiùs quàm certo iudicio id factum fuisse. Quia quicquid in calore iracundiæ vel fit vel dicitur, non priùs ratum esse debet quàm si ex perseuerantia apparuit iudicium animi fuisse, vt lex ait, Non omne diuortium non verum, simulatum etiam est, licèt omne simulatum sit non verum. Cuius exemplum non aliunde peti clarius potest quàm ex specie *dict. l. si filia.* In qua vix sanè est vt fraudis consilium non participasset cuius lucro & commodo hæc tota cedebat simulatio, Quæ res tantò iustiorem faceret, ac fauorabiliorem causam patris, cui succurrere Prætorem debere ait Vlpianus non minùs quàm marito. Sed tamen etiamsi poneres fraudis huius conscium maritum non fuisse, perinde tamen cum Vlpiano dicerem non fuisse permittendum filiæ vt fraudaret patrem, qui eo solo casu reuersionem dotis sperare poterat si filia emancipata in matrimonio

trimonio moueretur. Ne scilicet & filiæ præmortuæ & amissæ dotis iacturam sentiret. *l. iure succur. um 6. D. de iur. dot.* Qui locus ostendit, cor in *dict. l. si filia,* sic loquatur Vlpianus, vt dicat, Prætorem patri suc currere oportere. Nam si verum est vt eit quod dixi- mus simulata pro infectis habenda esse. Vtrumque nimirum videtur & succurri patri, & egere patrem ei succurratur: si enim diuortium nullum factum es- set, non prius haberet maritus dotis profectitiæ repe- titionem quàm filia in matrimonio decessisset. Et ta- men placet Vlpiano, Dandam esse patri statim doris exactionem non expectata morte filiæ. Rursum si perinde habenda est filia quæ per simulationem di- uertit aesi corpso simulati diuortij die in matrimo- nio decessisset, quid necesse est vt patri succurratur qui vno illo casu sine dubio repetere dotem potuis- set? Verùm respondendum est, Fi iam quæ diuertit in fraudem patris, habendum esse pro mortua, quia per eam factum est ne posteà mori in matrimo- nio vnquam possit, atque ita ne possit, vnquam exi- stere conditio quæ proinde cùm amplius non pen- deat habenda est pro impleta potiùs quàm pro defe- cta, quamuis secus esset si post simulatum diuortium pendere adhuc posset *vt ind. hac ea idit. 10. in princip.* secundum veram & rectam Cuiacij emendationem *D. de condit. & demonstr.* Eget autem pater, vt ei à Prætore succurratur, quia etiamsi filia in matrimo- nio decessisset, adhuc tamen succurri ei oporteret, cùm non tam ea iuris potestate dos ad eum rediit, quæ marito per constitutionem & traditionem se- mel acquisita fuit, quàm ratione illa miserationis, ne & amissæ filiæ & dotis iacturam sentiat *d. l. iure succursum.* Sed cùm morte quidem filiæ solutum est matrimonium succurritur patri à iure ipso vt ea lex ait, cùm autem non nisi per simulatum & fraudu- lentum diuortium solutæ sunt nuptiæ, patri non po- test iure succursum esse, quia in hunc casum nihil à iure omissum est, non omittitur religione Prætoris, vt loquitur Papinianus *in l. quæsitum 13. D. de testib.* ad quem scilicet pertinet vt non minùs patris quàm iuris rationem habeat, vt *in l. pater 10. §. t. D. de captiu. & postlim.* Tantò enim dignior pater est com- miseratione, quantò durius est, vt pater à filia sua fraudem patiatur, maximè verò in dote quæ à patre ipso profecta sit. Ea patre verò mariti mirum quo- que illud est quod tractat Vlpianus an ei succurren- dum sit sed illud magis quod negat ei succurrendum esse. Nam cùm rei dotalis dominium nactus sit per ipsam dotis constitutionem & traditionem, vt di- ximus, quid eget ille vt ipsi succurratur, cùm sit do- minus ipso iure ac iusti domini exceptione tueri se possit? Aut si indiget vt ei succurratur, quidni po- tiùs ipsi succurrimus, quàm patri, cùm suæ vxoris fraudem non participauerit? Hunc enim casum ab Vlpiano tractati ex hoc ipso constat quod disputat an ei succurrendum sit. Quis enim succurrendum ei putaret, qui fraudis particeps & conscius ipse fuisset? Verùm responderi potest Præsupposita illa quæstione, an succurrendum sit patri aduersus frau- dem filiæ, illam quoque quæstionem statim emer- gere, An non marito etiam succurrendum sit contra patrem eo scilicet casu quo maritus fraudem vxo- ris ignorauerit, non vt fiat dominus dotis, sed vt ne patri ratione miserationis dotem restituere tenea- tur. Nam & ipse commiseratione dignus est, ne fa- ctum vxoris ei nescio & ignoranti noceat, vt dotem citiùs patri restituat quàm potuisset sortassis nun- quam restituere. Nimirum si filiam aut post diuor- tium verum, cui causam ipsa dedisset, aut constan- te quidem matrimonio sed post mortem patris dece- dere contigisset. Denique si patri succurrat Prætor in hac specie potius quàm marito dos auferatur cui tamen nihil imputari possit, quod à communis iuris regulis alienum est *l. Titia 61. in fin. D. de iur. dot. l. a. D quod vi aut clam.* Sed tamen concludit Vlpianus patri potiùs succurrendum esse, quam marito, quia licet in eo par virtusque causa sit quod neutri potest imputari, nec cuiquam eorum fraus filiæ noceat de- bet in hoc tamen fauorabilior est pater, quòd ab eo dos profecta fuit, & minùs fauorabilis maritus quòd nulla fert amplius onera matrimonij. Ponimus enim diuortium durare quamuis simulate factum & non verè, nec redusse mulierem ad virum ne simulatio detegeretur. Quid ergo si redire quandoque vellet? Non puto ei permittendum post ius quæsitum patri, Ne alioqui nouæ fraudis excogitandæ ma- teriam ea res filiæ præbeat, vt iterum patri no- ceat. Nec distinguendum arbitror an breui post reuerti velit, an interiecto longiore temporis spa- tio. Ea namque distinctione tunc locum habet cùm calore tantùm iracundiæ non certo iudicio repu- dium missum est, vt *in d. l. 3. De diuort.* At diuor- tium de quo *in d. l. si filia.* non eo minùs certo animi iudicio factum videri debet quòd simulatè factum sit, habétque effectum licèt non causam diuortij. Quamquam si redintegrare matrimonium filia vel- let, paternæ pietati & affectioni sanè conueniret, vt maiorem honoris filiæ quàm sui commodi rationem haberet, sicuti non facile permittendum ei est vt be- ne concordans matrimonium turbet, tùm quoque eú habet filiam in potestate *l. 1. §. vlt. D. de liber. exhib.* Atque hoc casu si Vlpiano fuisset propositus, fortas- sis putasset ille, Mar to potiùs quã patri succurrere Prætorem oportere, scilicet si prius vellet filia redin- tegrare matrimonium, quàm de dote recuperanda pater egisset. Accepto enim iudicio nullus planè lo- cus pœnitentiæ relinqueretur. *arg. l. si Titius 9. l. si in- sulam 84. De verb. oblig.* cùm per litis contestationem quasi contrahatur *l. 3. §. idem scribit D. de pecul.* hat- que species quædam delegationis *l. delegare 11. §. 1. l. aliam 39. D. de nouat.* Eadem omnino tractari pos- suot, circa speciem illam de qua Iulianus *in d. l. filia mea 59. D. solut. matr.* Nam & ibi diuortiũ fuit simu- latum nec tam animo constituendæ dissensionis perpetuæ factum quam in fraudem patris, vt ei no- ceretur nullo commodo fraudatoris. Hac sola diffe- rentia quòd maritus ille erat, qui fraudem fecerat, neque rursum vt vxorem suam quam perdidit smaret lucro aliquo afficeret, quod minùs indignum videri potuisset, sed vt hæredibus mulieris fortasse adhuc incertis, vel incognitis dotem restitueret potiùs quã socero à quo eam accepisset. Quo casu cùm maritus nullo penitus fauore dignus sit quòd hanc fraudem ipse commentus sit, minor erat dubitandi ratio quin aduersus eum patri succurrere Prætorem oporteret. Restabat vt ad Paulum *in d. l. pater 71 De euict.* qui contra nos quoque vrgere videretur aliquid respon- deremus, sed quia longiores hîc iam fuimus & de il- lius loci sententia ac emendatione pluribus tractan- dum est, totam rem & quod dicendum superest de laudimiis ea permutatione præstandis in sequens caput reiiciamus.

ERROR IX.

De Triboniani manu & inscitia obseruata in l. pater 71. D. de euict.

Etsi de huius loci sententia iam aliquid scripsi- mus in libris Coniecturarum, cùm quæstionem illam tractauimus, An dos à patre data filiæ emanci- patæ reuerteretur olim ad patrem mortua in matri- monio filia, Nondum tamen satis plenè omnia diai- mus,

mus, quæ hodie circa illius legis interpretationem, & emendationem occurrunt. Habet lex duas partes Vtraque est de fundo in dotem dato à patre nomine filiæ,& posteà euicto,sed prior pars de dote nomine filiæ familias, Posterior verò de ea quæ data sit nomine filiæ emancipatæ. Prior pars argumentum suppeditat aduersariis,vt probent contra nos, Videri permutationem factam in fraudem domini directi si vasalus vel emphyteuta iam ægrotus & sine prolerem feudalem vel emphyteuticariam permutauerit cum allodiali ea mente ne defuncto ipso sine liberis res ad dominum reuerteretur,Videt enim Paulum *in d.l pater* ,apertè scribere , Patrem damnum pati aliquod videri si fundus dotalis euincatur , & spes recipiendæ quandoque dotis ei auferatur. Sed fortius argumentum præbet pars posterior, quæ idem ius tribuit patri , vt statim possit agere ex empto aut ex duplæ stipulatione, tùm quoque cùm dos data fuit pro filia emancipata , quamuis in illa specie vno tantùm casu dos reuerti potuerit ad patrem , Nimirum si filia emancipata in matrimonio decessisset viuo patre quamuis casu ille mali ominis plenus videatur , & contra votum patris *l.cum tale 72. in princ. De condit. & demonst. l. nam etsi 15. in princip. D.de inoff.testam l. Iulianus 26.in fin. D.si quis omiss caus.testam.* Quidni enim similiter dicemus in proposito,Non eo minus videri damnum pati dominum ex fraude vasalli vel emphyteutæ quod vno tantum casu res ad ipsum reuerti potuisset. scilicet si res illa in tempus vsque mortis in bonis vasalli vel emphyteutæ mansisset.Nos,vt hoc primum expediamus ad vtramque obiectionem respondemus , in priore illius legis specie duplicem rationem afferri, propter quam videatur damnum pati pater ex fundi dotalis euictione,quarum neutra quæstioni nostræ conuenit.Vna est,quod intersit patris dotam habere filiam,quam sit in eius potestate,Altera, quod spem habeat recipiendæ quandoque dotis:Aut potiùs vna tantum ratio est ex his duabus conflata,Quod patris intersit dotatam habere filiam in potestate propter spem quam habet recipiendæ dotis quandoque , id est quandocunque,vt *in l.hæres quandoque 54. D. de acquir. hæred. l. verbis ciuilibus 7. De vulg.& pupill. subst.*hoc est, omni casu siue soluator matrimonium diuortio siue morte aut ipsius filiæ aut mariti. His enim omnibus casibus dos ad patrem reuertitur, aut si adhuc filia viuit communis est dos & actio de dote patri & filiæ,sed ita vt solus pater agere possit & debeat dummodò ex filiæ consensu & voluntate *l.2. §. 1. & vlt. D.solut matrim.* ita tamen vt eam seruet si quando posteà iterum nubere filia velit *Auth. sed quamuis Cod.de rei vxor.act.* In posteriore verò specie,quod pro sententia nostra maximè facit, lex fatetur non ideò posse patrem agere de euictione, quod spem habeat recipiendæ dotis , quia , Inquit, hanc spem non habet , nisi vno illo casu quo filia emancipata in matrimonio moriatur. Qui casus præterquam quòd vnicus est , etiam abominalis est, patri, cuius votum est , quale parentum omnium vt præmoriatur ipse filiæ non vt ei superuiuat *d l. cum tale*.Ideóque vix est vt conueniat bono patri dicere, & credere sua quicquam interesse, quod mortua in matrimonio eo viuo filia,dos ad eum reuersura sit,vt argumentatur Papinianus *in l.seruus 7.iunct l.præced. § 1.De seru.export.& dict.l.cum tale*.Non enim videtur interesse nisi ex honesta probabili & optabili causa intersit *l 3 §.sciendū D ad exhib.l tùm 15.21. D.de furt.*Ergo similiter & in proposita specie dicere possumus,Nihil interesse domini directi quòd vendita sit à vasallo vel emphyteuta res feudalis aut emphyteuticaria,quæ ad ipsum reuersura erat , si vasallus vel emphyteuta sine liberis decessisset. Nam & mortem liberi hominis,vt & aduersum alium quemlibet casum expectari perinde nefas est,& vt Paulus loquitur *in l.inter stipul.83 § sacram De verb.obl* neque ciuile,neque naturale *l. si in emptione 34 §.si liberum hominem D.de contrah.empt.* Atqui , inquies, non dubitat Paulus *in dict.l.pater*,quin patri qui filiæ emancipatæ fundum in dotem dederat, posteà euictū danda sit actio de euictione, tùm saltem cùm casus euenerit,vt filia in matrimonio moriatur.Quidni igitur perinde dabimus actionem domino directo non quidem quamdiu vasallus aut emphyteuta viuit,sed eo tandem sine liberis defuncto vt rem alienatam reuocet,quam si alienata non esset,nunc haberet? Verùm respondeo esse ita longe dissimilia.Hic enim danda esset actio ad reuocandum id quod iure licito factum fuisset , idque ob casum superuenientem qui cum negotij gesti tempore sperari minimè deberet fraudis materiam vel occasionem præbere non potuit Fraudem namque præsentem esse oportet,inspecto eo tempore quo negotium geritur , neque ex eo quod posteà contingit æstimari potest *l.quoties 44. D.de acquir. hæred.§. item si quis in fraudem Inst. de action.*At in specie *d.l.pater*,datur actio patri non ad reuocandum ex superueniente casu aliquid antè gestum,Sed actio iam antè nata & competens ex contractu emptionis,& quam secuta euictione iam inde ab initio exercere pater potuisset si non ei ratio illa obstitisset quod nihildum eius interesset, quamuis spem iam haberet dotis profectitiæ vnico illo casu, quem diximus,recipiendæ.Actio autem quam pragmatici nostri dant domino directo ad reuocandam alienationem rei feudalis vel emphyteuticæ,non incipit competere, vt ipsi fatentur nisi à casu id est à quo tempore vasallus vel emphyteuta sine liberis decesserit. Nec enim ex inuestitura eam competere quisquam dixerit.Vt neque ex contractu alienationis,Adeóque nec ex ea fraude, quam fingunt ipsa in alienatione interuenisse , Quoniam actio fraudatoria & reuocatoria exigit fraudem quæ interuenerit non tantùm consilio , sed etiam re & euentu.Nihil igitur ex supradicto Pauli responso ad propositam quæstionem inferri potest. Sed indiget responsum illud maiore luce ac interpretatione vt à Triboniani iniuria Paulus vindicetur. Neque enim verum esse puto,nec proinde à Paulo scriptum esse,quod habet posterior pars legis,si pater fundum pro filia emancipata in dotem dederit qui posteà euictus sit, permittendum esse patri , vt statim & constante licèt adhuc matrimonio agat de euictione , quòd eius intersit hoc quoque casu dotatam habere filiam quamuis emancipatam. Nam & hæc ratio falsa est , cùm patris qui semel dotem dedit pro filia emancipata, nihil penitus intersit,an maneat illa dotata,neque sine respectu ipsius filiæ , siue respectu etiam mariti. Namque si mariti ius & personam inspicias,incertū est, quamuis & fundus dotalis ei euictus sit , maximéque ipsius intersit habere vxorem non indotatam,nullam tamen eum habere posse de euictione, nec contra illum qui patri fundum vendiderat,quandoquidem cum eo non contraxit,nisi ponas ei cessas fuisse à patre actiones *l.si res 59. D.eod.*tit.neque cōtra patrem qui dotem dedit si modò bona fide dederit , quod in dubio præsumendum est , nec de euictione saltem nuda pollicitatione se obstrinxerit *l.1.C.de iur.dot.*quæ addit, Nec si mulier ipsa dotem dederit aliud probandum esse,Nisi dolo malo fundus alienus in dotem datus sit quo casu si extraneus fuit qui dotem dedit , de dolo actio marito danda est *l.cùm post 69. §.cùm res D.eod.*aut in factum si mulier ipsa vel mulieris pater *d.l.1.in fin.*Satis enim marito esse debet quod in casum quemlibet restituendæ dotis nullam ipse restituturus sit , quod ostendunt

verba

verba illa Paul. *in d. l. pater, potuit dotem repetere si euictus fundus non esset*, vt intelligamus euicto dotali fundo scuti nulla marito de euictione actio competit, ita neque actionem de dote contra maritum vllam superesse. Ne alioqui cogatur restituere id quod non habet, Potestate sc. euictionis tollente intellectum traditionis vt in alia specie loquitur Papinianus *in l. si patroni 55. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* iunct. *l. mulier 22. §. sed enim eod.* Quamuis possit dici imputare eum sibi debere, quòd promissionem euictionis non exegerit ab ea persona quæ dotem dedit. Sed nemo iudex propitiis auribus mulierem audiat hoc obiicientem si ea ipsa sit quæ dederit, aut si eius pater *arg. l. si extraneus 33. D. de iur. dot.* Nam si extraneus fuit, nullius interest præterquàm mariti apud quem remanere omnimodo dos olim debebat nisi extraneus eam sibi reddi fuisset stipulatus, quod tamen hodie immutatum est, *l. vnic. §. accedit C. de rei vxor. act.* Si verò in patre qui fundum alienum postea euictum in dotem dedit, nihil ipsius patris personam & ius intueamur, Dico nihil eius planè interesse an filia emancipata in dotem aliquam habeat, necne. Primùm enim verendum non est ne iterum dotare illam teneatur, cùm semel habuerit dotem, & pater bona fide (hoc enim semper requirimus) officio suo functus sit. Nec eo minùs cogebatur eo iure quod Pauli temporibus obtinebat, totam dotem quam maritus accepisset conferre fratribus si ab intestato cum iis volebat succedere *Tot. tit. de collat. dot.* Etiamsi nihil à marito consequi & repetere potuisset, vt Iustinianus testatur *in Nouell. 97. de æqual. dot. cap. 6. §. illud quoque*. Vnde sumpta est *Auth. quod locum Cod. de collat.* vbi nullum ille dat auxilium filiæ emancipatæ aduersus hoc incommodum. Ei verò quæ in potestate retenta sit, non aliud nisi vt actionem quamuis inanem fratribus conferens, liberetur. Neque hoc semper, sed ita demùm si patri aliquid possit imputari potiùs quàm filiæ quod in proposita specie non contingit. Quid enim possis patri imputare qui fundum in dotem dedit alienum quidem sed tamen bona fide quem quem suum esse & venditoris sed fuisse arbitrabatur. Nec enim quod in casum euictionis duplum stipulatus sit, facit eum malæ fidei emptorem, cùm ita facere potuerit iure communi, & debuerit vt indemnitati suæ benè prouideret: Cùm ergo filiam emancipatam iterum dotare pater nullo caso teneatur. Dici non potest quicquam eius hoc respectu interesse vt dotatam habeat filiam emancipatam. Vtrum verò magis ob id quod spem habeat recipiendæ quandocunque dotis quæ ab ipso patre sit profecta? (nam in aduentitia nihil omnino iuris spetare vnquam potest.) At ne hoc quidem: Cùm hanc spem recipiendæ dotis non possit habere pater nisi vno illo casu quo prior filia in matrimonio moriatur. Quem tamen casum iam diximus esse abominabilem, & vt loquitur Papin. *in dict. l. cum tale*, ominosum, & consequenter talem vt eius contemplatione non possis pater dicere probabiliter & honestè sua quicquam interesse. Nec est contrarium quod prima pars legis habet, ac nos admittimus, Interesse patris habere dotatam filiam quæ sit in potestate ob spem recipiendæ dotis. Nam præter id quod non sic loquitus Paulus, sed ita vt dicat interesse patris habere dotatam filiam *& spem* recipiendæ quandoque dotis, (nam certè interesset patris habere dotatam filiamfamilias etiamsi nullam recipiendæ dotis spem retineret, vel ob hoc saltem ne iterum eam dotare cogeretur, vel heredem eam habere est testamento aut ab intestato, aut saltem exhæredem eam facere. Quorum omnium nihil dici potest de filia emancipata, quæ post emancipationem omnino extranea intelligitur *l. quoniam et. 55 in fin. D. de rit. nupt.*)

Dico totam vim ratiocinationis Pauli cùm loquitur de spe dotis recipiẽdæ consistere in verbo illo *quandoque*, id est vt interpretati sumus *quandocunque*. Cuius sensus est. Omni casu dotem à patre datam filiæfamilias ad patrem reuerti. Non verò illo solo, quo per mortem filiæ emancipatæ esset reditura. Nam siue moriatur filiafamilias in matrimonio, siue extra matrimonium post diuortium, siue etiam morte viri matrimonium solutum sit, semper dos profectitia redit ad patrem. Nec abominabilis est spes hæc reuersuræ dotis ad patrem omni casu, licèt inter cæteros casus ille quoque sit quo filiam in matrimonio mori patre viuo contingat, quia quod omni caso euenturum est, vtique omnimodo extiturum est & perinde habendum acsi iam extitisset *l. quod si ea conditione 18. l. Iulianus 60. De condict. indeb. l. si quis ita scripserit 33. D. de hered.* [illegible] *l. si pupillus 9. § qui sub conditione D. de nouat.* [illegible] quicquam absurdi est in vniuersale casum a[illegible] q[illegible] contineri qui per se sit abominabilis, sicut dici [illegible]ler, multa per vniuersitatem trãsire quæ alioqui per se singula non possent alienari *l. 1. §. 1. D. de fũd. dot. l. quædã 62. De acquir. rer. domin.* Non est autem abominabilis patri casus soluti matrimonij per mortem viri, cùm ex humanæ naturę conditione necesse sit vtrumque coniugem mori, & alterutrum præmori Casus autem diuortij est quidem etiam abominabilis, cùm dos detur eo animo, & voto vt penes maritum perpetuò remaneat *l. 1. D. de iur. dot.* quod interueniente diuortio fieri non potest: Abominabilior autem ille quo fiat diuortium in ipsius patris fraudem à marito, vt *in l. fil. mea 59. D. sol. matr.* Maximè verò si ab ipsa filia, vt *in l. si fil. 5. De diuort.* de quarum legum sententia & ratione proximo capite scripsimus, Sed tamen cum cæteris iunctus hic casus non censetur abominabilis, quia consideratur sub formalitate, vt loquuntur generi[illegible] id est tanquam casus soluendi matrimonij non tãq[illegible] talis casus Itaq; licèt essent omnes casus abominabiles singuli & per se, tamen simul iuncti non essent abominabiles quia sunt necessarij, non quasi sit necesse vt præmoriatur filia, vel vt fiat diuortium, sed quia necesse omnino est solui tandem & quoquomodo matrimonium, aut morte alterutrius coniugum, aut diuortio. Si morte, aut mariti, aut vxoris, si diuortio, vel vero, vel simulato & in fraudem facto licèt perpetuo. Quòd si in fraudem patris, vel a filia ipsa, vel a marito. Atqui omnibus his casibus habet spem pater recipiendæ dotis profectitiæ quam pro filiafamilias dedit. Verum igitur est interesse patris dotatã habere talem filiam, licet quandiu matrimonium durat dicatur hæc quoque dos abscessisse bonis patris, & æris alieni loco esse si tantùm promissa sit *l. vlt. D. de dot. collat.* Dices, posse dari casum, in quo dos etiã profectitia data filiæfamilias nomine ad patrem non reuertatur, Nempe si pater ipse præmoriatur manente filię matrimonio. Nam nec ad patrem qui iam defunctus sit reuerti potest, neque ad ipsius hæredes siue extranei sint, siue sui, in quibus sc. non habet locum eadem ratio miserationis, quæ in patre *d. l. iure succursum 6. D. de iur. dot.* Sed respondeo, Imò verò reuerti hoc casu dotem, non quidem ad patrem iam mortuum sed ad hæreditatem, cùm ab intestato cogatur filia dotem conferre minùs accipiendo ex hæreditate & bonis patris *tot. tit. D. de dot. collat.* facto autem testamento siue filia exhæredata sit, siue ex minore quàm ex legitima portione instituta, imputare sibi dotem in legitimam *ex l. quoniam nouella 29. C. de inoffic. testamen.* Vt proinde hoc quoque casu quo pater sit præmortuus, opulentiorem tamen hæreditatem propter hanc dotem reliquisse videatur: quod non esset si per euictionem fundi dotalis amitti dotem pateretur:

Quidni ergo permittamus ei statim agere ex stipulatione duplæ si qua intercessent, aut ex empto si nulla aduersus venditorem qui rem alienam vendidit, & euictionis nomine se obligauit: At in filia emancipata sunt omnia dissimilia, vt ostendimus, quia siue mariti morte, siue diuortio soluatur matrimonium, dos ad patrem non reuertitur, sed filiæ emancipatæ soli & dos, & dotis actio acquiritur *d. l. 1. in princip. l. Titia 34 D. solut. matr.* nisi cùm simulatè & in fraudem patris factum diuortium est, vt *in d. l. si filia & d. l. filia mea.* Quo casu redit dos equidem ad patrem, at non tanquam in casum diuortij sed tanquam si morte mulieris solutum esset matrimonium, cùm per fraudem alterutrius coniugum factum est, ne amplius in matrimonio mori filia possit. In quo egregiè falluntur, qui vnum illum casum, de quo Paulus loquitur *in d. l. pater,* sumendum putát *ex. d. l. si filia & d. l. filia.* Quasi pater eo casu succedat alia ratione, quam illa ipsa qua succederet, si in matrimonio filia decessisset. Quod tamen falsum est. Quæ enim enim fraus patri à filia fieri posset aut socero à genero, si quod isti existimant, ita ius olim fuisset vt mortua in matrimonio filia emancipata dos ad patrem reuerteretur? Imò verò tota fraus in eo est quod per tale diuortium fit vt casus alter mortis filiæ in matrimonio euenire nunquam possit. De quo plura scripsimus *lib. 13. Coniect.* Non igitur de hoc casu fraudulenti diuortij qui longè abominabilior est, sensit Paulus *in d. l. pater,* sed de illo quo morte filiæ emancipatæ matrimonium soluatur, Nec ideò tamen duo sunt casus sed vnus, quia casus fraudulenti diuortij pro casu mortis habetur. Quemadmodum casum seruitutis casui mortalitatis comparamus *l. seruitutem 209 De regul. iur.* quia seruus iam pro mortuo habetur, nec proinde expectandum est vt amplius moriatur cùm bis mori nemo possit *l. quod attinet 32. eod.* Illud tantùm in filiafamilias & in emancipata simile est quod vtraque si ab intestato velit succedere dotem confert *Tot. tit. de collat. dot.* Sed facto testamento sicuti de collatione nullus olim quæstioni locus erat, ita neque de imputatione in legitimam si ius illud inspicias quod Pauli temporibus obtinebat ante Leonis & Iustiniani constitutiones *in l. quoniam 29. & seq. C. de inoff. testam.* siue instituta esset filia emancipata, siue exhæredata, siue præterita, quoniam dos data à patre pro filia emancipata omnino abscessit à bonis patris, Multò magis quàm quæ data est pro filiafamilias, de qua *in l. vlt. D. de dot. collat.* Nimirum quia nonnisi vno illo casu quem diximus ad patrem reuertitur. Ergo bene Paulus noster *in d. l. pater.* sententiam suam restrinxerat ad eam speciem qua fundus in dotẽ datus esset pro filia in potestate, iis videlicet verbis *vtique si in potestate sit. Quid si emancipata est, vix poterit defendi, statim comm. stipulat. cum vno casu ad eum dos regredi possit.* Nec poterat apertius aut elegantius quid in filia emancipata sentiret, exprimere. Solent enim prudentes nostri cùm aliquid modestiùs negant, ita scribere *vix potest dici, vix puto, vix defendi potest,* aut aliud quid simile: Aut quomodo Pap. *in l. 1. in prin. D. de pign.* Fateor verum esse quod vulgò iactatur, Id quod vix fit tamen fieri. Sed quod prudentes nostri dicunt se vix putare id nullomodo putant, & modestè quidem, sed apertè negant. Et tamen Tribonianus quasi morem hunc loquendi prudentibus tantopere frequentem ignoraret, existimauit indecisam à Paulo quæstionem relinqui, vt locum aperiret dubitationi & per dubitationem opinioni quam contra iuris rationem Paulique sensum obtrudere volebat, & quæstionem latiùs ita concepit, *Nunquid ergo tùm demum agere possit cum mortua in matrimonio filia potuit dotem repetere si euictus fundus non esset? An & hoc casu interest patris dotatam filiã habere vt statim conuenire promissorẽ possit?* Quibus verbis rationes vt apparet in vtramque partem affert quibus moueri quis posset, vt & pro patre & contra patrem respondere. Concluditque tandem pro patre contra Paulum iis verbis *quod magis paterna affectio inducit.* Sed ita tamen vt facilè intelligas non moueri eum ratione illa quam attulerat, quasi ex iure sumptã quod hoc etiam casu intersit patris dotatam habere filiam, licet emancipatam, sed ratione sola affectionis: Quasi verò patria affectio aliquid possit in iis quæ pendent non ab ipsius voluntate sed à mera iuris ratione, Fuitque perpetuus error Triboniani in eo quod affectioni personarum indulgenda esse multa credidit contra manifestam iuris rationem. Quale illud est, vt ex vnius stipulatione alteri actio acquiratur qui neque in potestate stipulatoris fuerit neque habuerit eum in potestate, vt *in l. Caius 45. D. sol. matr.* de cuius sententia & emendatione scripsimus *lib. 13. Coniect. c. 5.* & fusius *lib. 19. c. 19.* Sed quis obsecro color hic fuit paternæ affectionis ad ius violandum. Cùm etiamsi fauere velles patri inuita iurisprudentia vt statim conuenire venditorem suum posset, non tamen commodo filiæ ea res cederet, sed ipsius patris, qui non idcircò quod per actionẽ ex empto aut exstipulatione duplę cõsecutus esset filiæ dare cogeretur, sed sibi retineret, cùm impunita, sit patri euictio tam quod ad filiam quàm quod ad maritum quoties bona fide fundum quamuis alienũ in dotem dedit: Nec æquum videri potest, cogi patrẽ vt quod per alterutram illarum actionum consequetur præstet marito pro dote filiæ vt hoc saltẽ habeat filia ex bonis paternis, vt *in l. dot. 6. D. de collat.* Non enim habet actionem de euictione pater ob dotem sed propter suam emptionem, nec in dote dãda quicquam aut de euictione, aut de actione quam in casum euictionis haberet cauit. Tum verò si duplæ stipulationem præstaret, maiorem dotem ex ea causa haberet filia quàm quæ ipsios nomine fuisset ab initio constituta. Denique multò esset iniquius eam fieri iniuriam venditori, vt quia interesset mulieris eum qua nihil contraxisset citiùs conueniri posset à patre eodẽque emptore, cuius nihil adhuc reuera interesset, & cuius nunquã fortasse intererit puta si extra matrimonium filiam emancipatam mori contingat. Idque apertius erit si de actione non ea stipulatione duplæ tractemus, sed ex empto, quæ sui natura non datur nisi id quod interest, nec proinde alij quã ei qui sua probet interesse *l. si in vend. 60. D. de euict.* iunct. *l. vlt. De prætor. stipul.* Manifestissimum igitur est, totam illam additionem ab iis verbis *nunquid ergo* Triboniani esse non Pauli, cùm & à iuris ratione, & à Pauli sensu omnino aliena sit, quem tam apertè præcedẽtia declarant. Redeamus iam ad tractatũ nostrum vnde digressi sumus, De laudimio ex permutatione petito & concludamus, Ex ea quoque permutatione quæ ab infirmo paucis ante obitum mensibus aut diebus facta sit, laudimium deberi quidem vt ex alia qualibet permutatione rei feudalis vel emphyteuticarię cum allodiali, aut quod interpretes addere debuerũt (eadẽ enim ratio est) cum alia feudali æquè vel emphyteuticaria, sed cuius dominum directum ad alium pertineat, sed dominium vtile quod in compermutantem translatum est, nullomodo quasi in fraudem alienatum reuocari posse à domino directo. Etsi autem de permutatione tantùm tractauimus, Eadem tamen in venditione quoque locum obtinent, & in donatione, de qua in sequentibus dicemus: Nec enim minùs integra laudimia debentur ex aliis contractibus ex quibus dominium per traditionem transfertur quàm ex permutatione, nec tutum ex permutatione minùs quàm ex aliis contractibus.

Quamuis

Quamuis plerisque apud nos locis vt & apud Sebusianos meos non nisi dimidiata præstentur ex inueterata quadam consuetudine potiùs quàm quòd vera sit sententia Guid. Pap. hoc temperamentum inducentis *qu* 91. Nam aliis locis quamplurimis, præsertim verò in ea prouincia quam specialiore nomine Sabaudiam appellamus, integra debentur, vt à nobis in Codice nostro traditum est sub *Tit. De iur emphyt.*

ERROR X.

De tertia venditione ex permutatione in qua vel pecunia interuenit, vel donatio, & quid si fundus permutatus sit cum speciebus recipientibus functionem in suo genere.

NOndum absoluimus omnia quæ de laudimio circa permutationem tractari possunt. Nam sicuti variis modis permutatio fit ita aliis atque aliis distinctionibus opus est, & alij casus aliis sũt dubitabiliores. Aliquãdo ita fit permutatio vt cum re interueniat pecunia ex vna tantùm parte & quidem principaliter non accessoriè, scilicet quando pretium illius rei quæ permutatur maius est quàm sit valor alterius rei cum qua fit permutatio, secus si esset minus. Cùm enim pretium est maius, venditio potiùs quàm permutatio contrahi videtur, Vt tractat Amedeus à Ponte *quæst. laudim.* 28. ex Iacob. de Sanct. Georg. *in tract. De reydis numer.* 33. & Guido Pap. *quæst.* 92. Vbi verò pretium minus est quàm sit valor rei, credibile est videri appositum pretium additamenti causa & ad supplendam rei valorem insluor potiùs quàm animo contrahendæ emptionis, neque mutare debet ea res substantiam actus, neque de contraria voluntate contrahentium appareat, vt de venditione ac emptione potiùs, quam de permutatione contrahenda cogitarint, Ex Canonistarum traditione *ad c. ad quæstiones. Extr. de rer. permut.* And. Tiraqu. *De retract gent §.* 30 *gloss.* 1. *in princip. & numer.* 51. *& seqq.* Placet autem videri satis constare de voluntate illa contrahentium, non modò si maius sit valor rei cum qua fit permutatio, sed etiam si sit æquale aut parum distet ab æquali Hoc enim casu licet verbo permutationis contrahentes vsi sint, verius tamen creditur, præsumendum esse in dubio emptionem, Vt supradicto loco concludit Amedeus ex Afflict. post Bald. *in præl. feudor. num.* 87. & Aleiat. *lib.* 3. *De verb. signi.* 1. *& in l.* 2. *num.* 18. *De verb. oblig.* vbi etiam dicit, Non nisi pro dimidia soluendum esse eo casu laudimium propter mixturam contractus, Cùm in cæteris permutationibus, de consuetudine inquit, nullum præstetur. Mihi videtur tota hæc inspectio non tam ad quæstionem De laudimio, quàm de tertia, vt vocant, venditione pertinere. Nam quod ad laudimium pertinet, iam diximus ex ratione iuris, quod nec Alciatus negat, integrum deberi. Adeóque ex consuetudine apud nos plerisque in locis licet in aliis non nisi dimidiatum. Et cum in ea specie quam Alciatus fatendum sit fraudem factam esse ab eo qui permutationis colorem quæsiit vt veram faceret emptionem, Illud quoque fateri nos oportet, Iis etiam in locis in quibus consuetudo inualuit, vt nulla penitus vel dimidiata duntaxat laudemia ex cæteris permutationibus debeantur, hoc tamen casu deberi integra, Ne alioqui fraudis suæ fructum quem totum sperauerat, saltem pro parte emptor sentiat, quem sentire improbus fraudator nunquam debet *l. ne ex dolo* 12. *D. de dolo mal. l. procurator* 1 *§.* 1. *D. de dol. mal. excep.* Nec mutatura illa contractus quę tantò magis coniecturam fraudis inducit, fauere debet emptori at nocere potiùs vt plus valeat quod actum est reuera, quam quod simulatè conceptum. *Tot. tit. Cod. plus valer. quod agit. quam quod simul concep.* Idque apud nos passim obtinet, vt quoties in permutatione pecunia interuenit, etiam additamenti duntaxat, & supplementi gratia, quod pragmatici nostri & notarij appellant vulgari vocabulo *les tornes*, laudimia integra pro rata saltem pecuniæ debeantur, Tum quoque cùm alia nulla ex permutatione peti possunt ratione fundi permutati. Quasi pro ea parte non tam permutatio quàm emptio inita videatur, Sed quod ad aliud emolumentum dominij directi, quaa vulgò & barbarè *vendas* vocant, Gallicè *les vends*, alij elegantiùs, vt sibi videntur *tertiam venditionem*, Necessaria inspectio & distinctio illa est, An contractus qui permutationis dictus est à contrahentibus, dicendus sit potiùs contractus emptionis [illegible] siue *tertiam venditionem* appelles nomen [illegible] ac non debetur laudimium hoc nisi ex venditione. Ergo non ex permutatione vt neque ex alio vllo contractu, quamuis ea eo dominium transferatur, si modò venditionis appellatione contineri non possit. *cap.* 1. vbi Panorm. De iis quæ fiunt à Prælat. *l fin. C. de præd. decur. lib.* 10. Maximè vero in statutis quæ semper sunt odiosa hoc ipso quo derogant iuri communi, multò magis si sint pœnalia, licèt non debuit qui patent in fauorabilibus permutationem contineri appellatione venditionis quantum ad mentem licèt non quantùm ad verba. Post Baldum *in l* [illegible] *vers. extr. hoc nota D. de condict. ob caus* quem Amedeus loco supradicto refert. Alia tamen, meo iudicio ratio est dationis in solutum Et si enim is quoque contractus reuera distinctus sit à contractu venditionis, & in eo maximè diuersus quod venditio fit nudo consensu, nec inducit translationem dominij, si venditio non sit dominus *l. ex empt.* 11. *D. de act. empt.* iunct. *l.* 1 *§. vlt. D. de contr. empt.* Datio autem in solutum à datione incipit, id est a dominij trãslatione quæ fit per traditionem *l si quis aliam* 46 [illegible] 98 *in pr. De* [illegible] *l. si non sortem* 26. *§ si centũ D. de cond. ind.* Attamen accedit tam proximè ad venditionem, quæ à domino facta sit in effectum inspicias potiùs quam originem & [illegible] contrahendi vt parum ab ea distare videri possit. Nihilque esset faciliùs quàm fraudem domino directo facere si non venditionis iure datio in solutum hac parte censeretur, Cùm in datione in solutum pecuniam quoque interuenire necesse sit iam quidem debitam, sed quæ tamen iusti pretij loco esse possit *l. à Diuo Pio* 15. *§ si pig. D de re iud. l.* 2. *C. de exec. rei iud. pign.* [illegible] *fit l si præd.* 4. *C. de euict.* Quid enim refert an is cui res acquiritur soluta pretium venditori tanquam emptor, mox aut illud ipsum numero aut tantundem recepturus tanquam creditor à debitore eodémque venditore, An verò in solutum eius pecuniæ quæ debetur accipiat rem debitoris. Veréque hoc casu obtinet quod dici solet æstimationem facere emptionẽ *l.* 1. *&* 2. *D pro empt.* aut saltem contractum simillimum emptioni. & qui emptionis appellatione contineri debeat, etiam in statutis, vt puto, quantumlibet odiosis quibus non magis fraus fieri debet quàm si essent fauorabilia Cum id quod directè fieri prohibitum est nec indirectè permittendum sit *l. magis puto* 5. *§. si pupillus D. de reb. eor. qui sub tutel. l scire oportet* 21. *§.* 1. *D. de leg. tutor.* Quanquam non video, cur odiosum videri debeat ius, quod habet dominus directus petendi vel laudimiũ, vel tertiam venditionem, aut aliud quodlibet sui directi dominij emolumentum, Cùm percipiat tanquam rei suæ propriæ fructum & commodum, & ex lege quam ab initio rei suæ dixit non aliter eam aut vassallo, aut emphyteutæ traditu-

ius *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend. l. 1. C. de iur. emph.* In traditionibus n. rerum quodcunq; pactum appositum sit, id valere certum est *l. in traditionibus 44. D. de pact.* tùm quoque cùm tale est quod alioqui non valeret *l. Venditor 13. D. commu. præd. l. si fundo 19. D. de seruit. vrb. præd.* At ex permutatione admitto facilè quod pragmatici volunt, licèt laudimiũ omnimodo debeatur si consuetudinem contrariam excludas. Tertiam tamen venditionem non deberi, quia permutatio verè nec venditio est, nec hac parte similis venditioni cùm pecunia nulla intercedit, in pretium consistere necesse est *§. pret. Inst. de empt. & vendit.* Vt & substantiam emptionis ex pretio *l. pacta conuenta 71. D. de contr. empt.* Ideóq; excipienda est ea species permutationis quæ fit pecunia interueniente, si modò præter pecuniam fraus quoque interuenisse probetur. Nec enim sufficiet interuenisse pecuniam si additamenti tantùm causa id factum sit & ad supplendum ex vna parte valorem rei qui in permutatione ex vtraque parte par & æqualis esse debet. Cùm inter permutantes non id agatur quod in emptione & venditione naturaliter contrahentibus licere dicitur vt se inuicem decipiãt *l. in causa 16 §. idem Pompon. D. de minor. l. item quæritur 13. §. vlt. D. locat. l. si volunt 8. C. de rescind. vend.* sed vt æqualiter quantum fieri potest vna res cum altera permutetur, dum mauult quisque alienam rem habere quàm suam. Quod si commodè fieri non possit nisi pecunia aliqua supplendi causa data, nihil vetat quãtitatem aliquam eo nomine dari salua permutationis substantia, vt non idcircò degeneret permutatio in emptionem. Sed tunc tantùm cùm pecunia quæ vna ex parte datur æquiualet valori rei ab alia parte datæ, aut parum abest quin æquiualeat. Qua de causa etiam ex permutatione hoc casu tertia venditio debebitur, tanquam ex venditione ob fraudem in permutando factam. Sed extra hunc casum debebitur quidem laudimium vt ex alia qualibet permutatione, sed tertia venditio nulla debebitur. Neque mirum id videri debet, cùm aliter venditiones fiant, aliter permutationes: quomodo argumentatur Vlp. *in l. sciendum est 63. De ædilit. edict.* Illa sanè distinctio necessaria est quam interpretes afferunt, An permutatio rei alicuius fiat cum re quæ ab initio detur æstimata, necne. Vt priore casu non tam permutatio quàm venditio facta videatur. Sic enim Gordianus Imperator *in l. 1. C. de rer. permut.* *Si cum patruus tuus,* inquit, *venalem possessionem haberet, pater tuus pretij nomine licèt non taxata quantitate aliam possessionem dedit, idque quod comparauit, non iniuriam iudicis nec patris tui culpa euictum est, ad exemplum ex empto actionis non immeritò id quod interest, si patri iure successisti, consequi desideras.* Ex quibus tamen verbis apparet non illud exigi quod interpretes exigunt vt res quæ permutata est fuerit æstimata, sed sufficere vt ex vna parte res fuerit venalis, Et alia verò tradita sit res nomine pretij, licèt non taxata quantitate. Nam si taxata quantitas esset, duplex contractus foret; Primus venditionis, quæ contracta esset per taxati pretij conuentionem, Secundus dationis in solutum, quæ & ipsa venditioni similis esse dicitur *in d. l. si prædium 4. C. de euict.* Vtroque autem casu secuta euictione datur actio ad id quod interest, quemadmodum si ex empto ageretur *l. si in venditione 60. D. de euict.* Quod ita videtur accipiendum, Non vt æquè agi non possit ad id quod interest euicta re permutata quæ non fuerat venalis (nam & eo casu euicta re competit actio in factũ ad id quod interest *l. 1. §. 1. D. eod. l. si permutationis 29. C. de euict.* Sed vt priore casu cùm ex vna parte res fuit venalis, non possit dari condictio quæ scilicèt ex causa ...tionis nunquam datur, sed omnimodò & præcisè agendum sit ad id quod interest. Altero autem casu electionem habeat is qui euictionem passus est, an agere malit ad id quod interest, an condicere rem quam dedit. Id enim significant verba illa *si heres* posita in secunda parte *d. l. 1. C. de rer. permut.* vt alibi fusiùs à nobis explicatum est. Ergo non tantùm si vna res ex permutatis fuerit æstimata, sed etiamsi venalis tantùm fuerit non modò laudimium debebitur sed etiam tertia venditio, tanquam ex emptione & venditione, neque hoc casu obiici poterit quod Paulus scribit *in l. naturalis 5. §. 1. D. de præsc. verb.* Addit Amedeus supradicta *quæst.* 18. Idem esse dicendum etiamsi effectus & executio pendeat æstimationis ab initio factæ. Vt puta si dictum sit in permutatione quòd possit quis recuperare rem permutatam pro centum aureis. Hoc enim casu & laudimium debebitur ex permutatione statim, & tertia venditio ex posteriore contractus parte, Non quidem statim sed tunc cùm oblato eo pretio rem recuperare alter ex contrahentibus volet. Hoc verò etiam rectè. Apertum enim est, in hac specie æstimationem facere emptionem sed non statim, at eò demùm tempore quo executio pacti fiet. Nam neque ex solo pacto transferri potest dominium quod tamen translatum esse necesse est priùs quàm vel de laudimio vel de tertia venditione tractari possit. Nec ad rem pertinet quod iisdem interpretibus vulgò placet, Ex noua translatione dominij quæ in præcedentis contractus executionem facta sit nouum laudimium aut aliud directi dominij emolumentum nullum deberi, vt pluribus tractat Amedeus *qu.* 37. ex Angel. Bert. & alijs ibi citatis. Id enim si quando verum est, de quo alibi scripsimus, tunc procedit, cùm ex priore contractu illud ipsum emolumentum quod petitur iam solutum est, vt idem Amedeus benè explicat *qu.* 26. Alioqui, inquit, si præcessisset promissio de vendendo, & secuta esset venditio, dicendum esset laudimium nullum deberi, quia fieret talis venditio in executionem pacti de vendendo: quod tamen absurdum esset dicere, Nempe quia ex promissione vendendi sicut non fuit translatum dominium, Ita nec laudimium vllum vel debitum extitit vel solutum. In hoc autem toto tractatu semper meminisse oportet, In omnibus contractibus ex quibus neque laudimiũ, neque tertia venditio deberi solet diligenter & subtiliter inquirendum est quid acti sit propter fraudes quas vasalli, vel emphyteutæ quotidie aduersus dominos directos comminiscuntur, aduersus quas digni sanè sunt domini directi quibus succurratur, benigna semper, dummodò iusta interpretatione, Vt semper plus valeat quod actum est, quàm quòd simulatè conceptum. Nec bona est ratio Andr. Tiraquell. in locis suprà relatis, cùm ait, Non versari nos in dubio sed in casu claro, cùm permutationis verbo contrahentes vsi sunt. Cùm in iis, quæ suspecta sunt, nihil periculosius sit aut stultius quàm si partium assertioni stetur, vt bene contra Tiraquellum disputat Amedeus *dict. quæst.* 28. ex Bartolo *in l. si forte D. de castrens. pecul. & notat. in l. si donatione Cod. de collat. l. qui testament. de probat. l. Titia testam. 34. §. sedicillis De leg. 2.* Textus est omnium optimus *in l. ex conducto 15. §. Papinianus* aliàs *l. si vno D. locat.* vbi ex Papiniano scribitur, pro transactione accipiendũ esse in illa specie contractum, quem contrahentes dixerant esse donationem. Guid. Pap. *qu.* 186. *in fin.* Dec. *cons.* 164. *numer.* 3. Fit etiam interdum permutatio ita vt merces permutentur ex vna parte non cum aliis mercibus, sed cum fundo. Quod cum accidit, quæri solet apud interpretes, qui nullum ferè casum intactum reliquerunt. An ex eiusmodi permutatione laudimium aliquod debeatur, & an ius prælationis eo casu competat domino directo si tantundem

lis
vend.

tandem frumenti vel olei dari paratus sit fundo permutato. Et plerique putant, Et iam ius prælationis in hac specie locum habere *ex l. vlt. Cod. de iur. emphyt.* propter identitatem vt inquiunt rationis, Quamuis in statuto difficiliùs id obtinere putent propter strictam in statutis vocabulorum interpretationem, vt post Petr. Iacob. ratiocinatur Amedeus *dict. quæst.* 28. *ad fin.* vbi tamen concludit, Etiamsi ex statuto agatur laudimium hoc casu deberi. Nimirum vt ego quidem interpretor, supposita etiam consuetudine, quod ex cæteris permutationibus laudimium nullum debeatur, vt illa facti circumstantia quòd permutatio facta sit speciei quæ functionem recipiat in suo genere, aliquid addat iuri communi. Huius verò suæ sententiæ rationem illam affert quòd pecuniæ appellatione veniant omnia quæ pondere numero, mensuráve continentur, & in genere suo functionem recipiunt. *Ex l. pecunia* 178 *in princip. De verb. sign.* vbi scriptum est, Pecuniæ verbum non solùm numeratam pecuniam complecti verùm omnem omnino pecuniam, id est omnia corpora. Nam pecuniæ appellatione corpora quoque contineri neminem esse qui ambigat. In quo tamen nemo non videt, quantopere vir doctissimus fallatur. Quod enim Vlpianus scribit *in d. l. pecunia*, apertum est non ad verbum illud *pecunia* referri quo vtimur cùm de emptione tractamus, & cum dicimus pretium in pecunia consistere debere, esséque emptionem si quis det pecuniam vt rem accipiat *l. naturalis* 5. §. 1. *D. de præscr. verb.* nam id non nisi de numerata pecunia intelligi debet §. *pretium Inst. de empt. & vendit. l.* 1. *D. de contr. empt l.* 1. *D. de rer. permut.*) Sed ad verbum *pecunia* quo vsa est lex duodecim tabularum cùm dixit *Vti pater familias super pecunia tutelâve rei suæ legassit ita ius esto. l. sæpe* 53. iuncta *l. verbis legis* 120. *De verb. signif.* Eo namque pecuniæ nomine cùm totum ciuis Romani patrimonium lex comprehendere voluerit quod non tantùm in pecunia numerata, sed etiam in omni genere corporum potest consistere, Nec dubitandum est quin omnia corpora contineantur. Quo exemplo illud etiam non malè receptum est, vt si quis heredem à se institutum rogauerit, de tota pecunia restituenda perinde accipiendum sit acsi de tota hæreditate restituenda rogasset, Ita vt & transeat actiones ex Trebelliano si hæres vltrò adierit & totam hereditatem restituerit, & cogi possit ex Pegasiano adire si suspectam dicat *l. nam quod* 14 §. *vlt. D. ad SC. Treb.* Tritum siquidem est priscis illis temporibus præcipuam vim patrimonij cuiusque in pecoribus & pecudibus constitisse, indéque nomen pecuniæ deriuatum fuisse, quo patrimonium vniuersum significaretur. Nam & similiter in alia lege duodecim tabularum ita scriptum erat *si furiosus quis existet, agnatorum gentiliúmq; in eum pecuniámq; eius potest. esto*, vt testatur author ad Herennium. Itaque equiuocum est nomen pecuniæ, sed quod semper accipiendum est, aut pro pecunia numerata, secundum communem vsum loquendi, Aut pro omni eo quod est & esse potest in patrimonio, si quis priscam illam significationẽ retinere velit, Nunquam verò pro mercibus in pondere, numero, vel mensura cõsistentibus. Quid n. magis cõmune aut simile habet pecunia numerata cũ hoc genere merciũ quàm cum cæteris reb. siue mobilib. siue immobilibus? An non & merces istæ per numeratam pecuniam æstimandæ sunt, vt res cæteræ non pecunia per res istas? *l. si ita fideiussorem* 42. *D. de fideiuss.* Alioqui paulatim dicendum erit, Emptionem ita quoque fieri posse vt pro fundo merx aliqua detur quæ pondere vel mensura constet, perinde acsi pecunia daretur, quod euidenter falsum & ridiculum est *d. l.* 1. *De contr. emption. & d. l.* 1. *D. de rer. permut.* Falsum igitur est, quod vult Amedeus, si permutatio fundi facta sit cum frumento aut vino vel oleo, deberi ex ea permutatione laudimium vel tertiam venditionem, quasi facta venditione potiùs quàm permutatione, perinde acsi permutatus esset fundus cum pecunia, nisi nobiscum sentias, Ex permutatione qualibet etiam fundorum & rerum immobilium, nulla licèt interueniente pecunia laudimium deberi. Nam quod de fundis dicimus, etiam in permutatione vini, vel frumenti, vel olei perinde dici verè potest. Neque verò harum rerum tractatus seiungi via vnquam solet, nisi cùm agitur de mutuo contrahendo, quod sicuti in pecunia numerata consistit, ita etiam in iis rebus, quæ pondere ac mensura constant, at in rebus immobilibus constitui non potest *l.* 2. §. *mutui D. de reb. cred.* Et ideò certi condictio ex mutuo competit, non minùs si frumentum creditum sit, quàm si pecuniæ *l. vinum* 22. *eod. tit.* licet latiùs pateat condictio certi quàm mutuum, cùm ex omni alio contractu competat etiam ex quo fundus petatur, si modò agatur ad pecuniam numeratam, Alioqui triticaria competit & quidem sola *l.* 1. *D. de condict. tritic.* vt in præcedentibus Decadibus explicauimus. Fateor quod Amedeus subiungit, Non adeò restringendam esse hanc materiam vt dominia pereant directa eorum iura, directique dominij commoda, detúrque subditis ansa fraudandi: Nec quicquam est in quod magis incumbere bonos iudices vellem, quàm vt prouiderent, ne qua fraudibus via pateret, & vt si quando fraus aliqua admissa probaretur, ea non tantũ laudimij præstatione exactissima, sed etiam ipsius rei dominiíque vtilis amissione vindicaretur. Sed nego futurum vt periculum sit, ne qua fraus materia conquiratur si non ita ius constitueretur, vt etiam ex permutatione quæ in vino, vel frumento, aliísque huiusmodi speciebus facta sit laudimiũ debeatur. Aliter enim emptiones & venditiones, aliter verò permutationes cõtrahuntur, vt superiore capite dicebamus *ex l. seuend.* 63. *D. de ædil. edict.* Planè si poneres quod ab vsurariis plerísque factitatũ esse scio, in vicem certæ quantitatis pecuniæ, de qua cõuenerit, permutatas fuisse eiusmodi merces eamẽte, vt ex earum venditione pretium redigeretur, quod conuentæ quantitati responderet, Non negarẽ manifestã directo domino fraudem factam videri, ne quid laudimij vel tertiæ venditionis nomine ex eo cõtractu petere posset: Ac quamuis soleam hac parte distinguere laudimiũ à tertia venditione vt ex permutatione laudimium semper debeatur, Tertia venditio nunquam, quippe quæ vt nomen ipsum sonat ex sola venditione deberi possit, In proposita tamẽ facti specie nullum huic distinctioni locum relinquo, quia fraus facit vt quam contrahentes permutationẽ dixerunt, ea verè dici emptio potiùs ac venditio debeat: Vt quemadmodum fraus sine dolo malo esse nunquã potest, ita neque impunita vnquam remaneat, sicuti nec cuiusquam dolus manere impunitus debet, Ne tùm quoque cùm alteri quàm ei qui dolum fecisset, profuturus esset *l. procurator* 71. §. 1. *D. de doli mal. except.* Extra huoc casum admittere non possum vt ex permutatione vini aut frumenti laudimium aliquod debeatur ex speciali aliquo iure, vt Amedeus noster existimat, sed ex generali potiùs illa iuris ratione quàm in præcedentibus probauimus, quòd ex permutatione qualibet si neque consuetudo vlla neq; statutum vigeat in contrariũ, laudimia præstari oporteat, Nimirum suppositis, vt solemus dicere, terminis habilibus, id est quãtùm ad fundus qui aut feudales, aut emphyteuticarij esse proponuntur. Neque enim vina, frumenta & aliæ res eiusmodi quæ siue pondere, siue numero, siue mensura constant laudimij obligationem aut præstationem admittere possunt.

Non magis quàm vt vel feudalia vel emphyteuticaria existimentur, tametsi ex fundo feudali vel emphyteutico percepta sint: quia non quod ex feudali re vel emphyteutica perceptum est continuò feudale vel emphyteuticarium dici debet, quando nec nisi prædia in feudum vel emphyteusim dari solent: quippe quorum fructus aliquis esse possit salua eorũ substantia, non etiam earum rerum quæ & seruando seruari nequeunt, & non vtendo consumuntur. Est autem hæc nostri sententia quod ad tertiam venditionem pertinet tantò clarior, quantò tertia ista venditio creditur esse odiosior laudimio, quod nec Amedeus diffitetur: Siue quòd grauior sit laudimio, in quantitate pecuniæ, quæ hoc nomine præstanda est, ad tertiam semper vsque partem pretij (qua de causa mallem dicere *tertiam venditionis* quàm *tertiam venditionem.*) siue quòd onus hoc soleat accedere oneri laudimiorum, Dutúmque sit duplici onere quẽ prægrauari *l. iure succursum 6. D. de iur. dot. l. Titia 34. § qui inuita De legat.* 2. Proinde strictiùs accipi debent verba contractus, cùm de tertia venditione agitur quàm cùm de laudimio, nec tam facilè capiẽda illa interpretatio, vt qui se permutare dixit, vendere potiùs voluisse intelligatur. Et quamuis placeat quod idem Amedeus subiicit, Verba contractuum quantumuis strictè accipiantur, non esse tamen iudaicè accipienda. Nihil tamen est quod verendum sit ne iudaicè fiat si permutationem pro permutatione accipiamus, venditionem verò pro venditione: Essétque potiùs dicenda ista rerum & verborum fœda confusio si his diuersorum contractuum nominibus promiscuè vteremur: Vt in specie non dissimili loquitur Iustinianus *in l. vlt C. de legit. tutel.* Nec simile est quod veteres legimus vsos fuisse promiscuè nominibus emptionis & venditionis, Itémque locationis & conductionis *l. veteres 19. cum l. seq. D. de act. empt.* Nec enim alia emptionis, alia venditionis contrahendæ ratio est cùm vnus sit contractus, licèt pro diuersitate personarum quas in eo contractu interuenire necesse est, diuersa sortiantur nomina, Quod & in locatione & conductione tractari similiter potest vt ad earum legum interpretationem alias docuimus contra Cuiacium, quem non puduit scribere, Veteres adeò malè ac impropriè locutos fuisse vt venditionem aliquando dicerent pro locatione, & emptionem pro conductione, cuius tamen improprietatis tantæ ne quidem vestigia vlla in libris nostris possum agnoscere, quoniam ita ius semper fuit, vt aliter venditiones, aliter locationes contraherentur *d. l. sciendum.* Quamuis dici soleat & verissimum sit venditiones & locationes iisdem ferè iuris regulis consistere *l. 1. & 2. l. item si pretio 22. §. vlt. D. locat.* Sed quantò dissimiliùs venditiones, & permutationes contrahi certum est? Vt proinde nulla prorsus ratio sit cur vllo casu venditionem pro permutatione accipiamus, aut contrà; Nisi cùm in fraudem domini directi permutationis color quæsitus est ad subdolam venditionem faciendam. Perpetua enim est & sine exceptione illa iuris propositio, Plus valere quod agitur, quàm quod simulatè concipitur *l. 1. & tot. ill. tit. Plus valer. quod agit.* De iure prælationis minor dubitatio est quin competat domino directo in re feudali vel emphyteuticaria cum vino vel frumento aliisq; huiusmodi mercibus permutata sit, Cùm habere locum debeat in qualibet alienatione etiam ex qua nullum alioqui laudimium debeatur, propter ius antiquius dominij directi quod in ea re dominus habet, vt cæteris omnibus non modò tanquam posterioribus iure pignoris si eo vti malit, sed etiam iure dominij præferatur *arg. l. in liberto 77. D. de solut. l. ex facto. 52. D. ne pecul.* Nam quid interest domini, an res feudalis vel emphyteuticaria cum fundo permutetur, an cum vino vel frumento cùm vtroque casu perinde fiat vt res illa feudalis vel emphyteuticaria verè alienetur, aliumque dominum & possessorem sortiatur? Quod vtique sufficit, vt iuri prælationis locus esse & possit & debeat. Hoc verò quia nec interpretes ipsi negant, pluribus non confirmabimus.

ANTONII FABRI I.C.

Decas centesima.

ERROR PRIMVS.

De laudimio petito ex donatione.

EX pura donatione laudimia nulla deberi plerique interpretum crediderunt, secuti Speculat. *in Tit. De locat. §. nunc verò aliqua vers.* 10. & Petr. Iacobi. *in Tit. De action. in rem pro re emphyt. vers. item excepta donatione.* Moti ea potissimùm ratione, quòd in donatione pretium nullum interueniat, nec iuri prælationis locus esse possit. Quotus enim quisque est non sibi potiùs quàm alij donatum vellet? siquidem sic à natura comparatum est vt omnes sibi bene esse malint quàm alteri. Videtur autem Iustinianus *in l. vltim. Cod. de iur. emphyt.* præstandi laudimij necessitatem non aliis casibus induxisse, quàm in quibus etiam ius prælationis locum habere possit. Non quasi in eundem casum eandémq; personam duo hæc iura concurrere debeant, Sed vt quemadmodum nulla de laudimio superesse potest quæstio, cùm directus dominus prælationis iure vti mauult, Ita dicendum sit eo demum casu de laudimio tractandum esse, quo potuisset dominus vti iure prælationis si maluisset. Et consequenter vt quo casu nihil de iure prælationis tractari potest, nec de laudimio tractandum quicquam supersit. Hinc verò fit, vt iidem interpretes qui ex pura donatione laudimia nulla deberi volunt, aliud iuris constituant in donatione quæ certa lege & sub modo facta sit. Vt puta si conuenerit de alimentis donatori præstandis & vt creditoribus satisfacere donatarius teneatur Nimirum quasi pretij cuiusdam aut saltem permutationis vice iungi debeat onus, quod donatario iniungitur, ex cuius oneris comparatione quinquagesima pretij constitui possit. Sic enim Capell. Tholos. *quæst.* 278 Sed neque desunt qui putent rem emphyteuticariam donari non posse irrequisito domino directo quin continuò & ipso iure cadat in commissum. Quam sententiam & refare

fert & probat Guid. Pap. *quæst.* 46. vbi rationem illam affert, quod alioqui nullo remedio nullaque actione prouisum esset domino directo aduersus donatarium, cùm personalis obligatio eum sequi non possit *l. ære alieni* 15. *C. de don.* vt nec aliud quemlibet singularem successorem *l.* 1. *§ si heres D. ad SC. Trebell. l. vlt. §.* 1. *De contrah. empt.* Neque rursus posset dominus directus commissi pœnam petere ob factam donationem non requisito ipsius consensu qui ex iuris ratione requiri nullomodo debuisset. Qua de causa sunt qui remedij loco inducendam putauerunt mediam quandam sententiam vt possit quidem emphyteuta rem emphyteuticam donare etiam irrequisito domino, quod sanè frequentior Doctorum schola sentit, sed tamen debeat consensum domini requirere ad possessionem accipiendam vt non nisi per manus domini rem accipiat, ideóque laudimium offerre cogendus sit, ne alioqui res in commissū cadat. Quæ Salyceti primùm sententia fuit ad *d. l. vlt. C. de iur. emphyt.* & aliorum quos supradicto loco idem Guido Papius commemorat, Vbi addit se credere quod ista sit veritas, quia inquit sic subuenitur domino directo circa conseruationem iuris sui emphyteuticarij. Quoniam donatarius recipiendo inuestituram à domino directo, & ei soluendo laudimia sic enim scribere debuit non *sibi* obligatur eidem domino ad solutionē canonis in futurum, & ad præstationem aliorum iurium emphyteuticorum, Ex quo infert quod emphyteuta vendendo vel donando rem emphyteuticariā non transfert dominium in donatarium nec in emptorem donec per dominium directum fuerit retentus & inuestitus. Etiam posito quòd in venditione aut datione interueniat p[...]ium vel retētio vsusfructus per quam transferri alias solet possessio & cum possessione dominium *ex l. quod meo* 18. *D. de acquir. poss. l. quisquis* 28. *Cod. de donat.* Quia, inquit, hoc est verum quod donans vel vendens transfert possessionem per precarium aut retentionem vsusfructus in donante vel vendente rem franc[...]am seu allodialem, sed in re emphyteuticaria secus Verba sunt Goidonis Papij hanc Salyceti mediam sententiam probantis. Alij tamen sunt qui Christophorum Porc. secuti ad Tit. *Inst. de loc.* existimant posse totam hanc controuersiam æquiore temperamento si dirimi vt qui rem emphyteuticariam donare vult, denunciet domino directo priusquā donet, sub hac forma, *Ego volo donare Tit. meliorametā. Vnde tibi notifico vt sciat per quam possideas.* Eamque sententiā apostillator ad Guid. Pap. præstationem esse putat, quasi per eā prouideatur melius & donatori ne res in cōmissū cadat, & donatorio ne laudimium vllū eo nomine soluere teneatur, & denique domino directo vt ex eo tēpore possit è donatario tanquam à nouo possessore canonē annuum accipere, quem si donatarius vltrò non offerat, cogi possit ad eius præstationem aut per actionem negatoriam, aut per directam rei vindicationē. Mihi longè alia de his omn[...]s sententia est, nimirum, Posse quidem donari [...] emphyteuticam irrequisito domino ha[...]enus v[...] [...]n sit denunciandum domino directō an vel [...] rem [...] N[...] [...]in potestate domini directi alien[...] l b[...] [...] do[...]tatio etipere, & in se transferre inuito do[...] [...]re, qui non domino directo, sed amico donatam vol[...] qui desse absurdissimum & iniquissimum Sed non ita vt alienatio per donationem fieri possit inscio domino directo. Cuius certè interest si [...]ire, quem habiturus sit rei suæ emphyteuticariæ dominium, vt vocant vtilem, & possessorem. Non solùm vt ab eo possit exigere canonem annuum quem alius præstare non debet, quàm qui possidet, sed etiam quod fieri possit vt in emphyteutam nouum admittere directus dominus cogendus non sit. Quid enim si is homo sit qui capitales cum domino directo inimicitias gerat? Aut tam infamis vitæ vt dedecori futurum sit directo domino habere emphyteutam adeò ignominiosum: vt in *l.* 3. *§. si emancipatus D. de bonor poss. contr. tabul.* Quid si donatum sit Ecclesiæ quæ rem semel factam ecclesiasticam alienare postea nunquam possit, ita vt exinde nulla con[...]quendorum vnquam laudimiorum spes domino directo sit superfutura? An non ipsius interest eiusmodi donationem non admitti? Nam & inde compartum est vt si quando tales donationem fieri contingat, indemnitatem domino directo præstari oporteat, quam pragmatici nostri *angorris' ariatum* vocant. Denique tam ea supradictis causis quam ex aliis plurimis, quæ conquiri & congeri possent, negari non potest quin domini directi intersit non minùs scire donationem quæ facta sit re emphyteuticariæ quàm speciem aliam quamlibet alienationis: nec bona consecutio est, vt quoniam scientia, & denunciatio illa quam requirimus nihil profutura sit ad ius prælationis, adeò contemni debeat dominus directus vt inscio eo & ignorante donatio fieri imponè possit. Exquirenda igitur semper est directi domini voluntas, vt ob hoc ipsum, vt sciatur an donationi consentire velit, quamuis verum sit cogendum eum consentire, si nullam habeat satis iustam contradicendi causam. Neque rursus bona est alia illa consecutio quæ fit à plerisque Doctoribus, vt quia non potest dominus directus habere ius prælationis in re donata, laudimiorum quoque iacturam pati debeat, Cum tantò magis laudimia deberi æquum sit pro eo incommodo quod sentit dominus directus, vt in hac specie nullum ius prælationis possit obtendere: Itémque quod laudimiorum præstandorum obligatio à Iustiniano inducta sit non in consequentiam iuris prælationis, sed in eum potius casum quo iure prælationis vti dominus noluerit. Quid enim refert an vti nolit, an non possit etiamsi maximè velit? An non e[...]r quod magis imputaretur domino, qui iure isto prælationis vti noluisset cùm potuisset, quam ei qui non potuisset, quamuis voluisset? Verùm neque audiendus est nouus emphyteuta si ad recusandam laudimiorum præstationem velit imputare domino eur suo iure prælationis vsus non sit. Cùm ex eo facto commodum ipse sentiat qui alioquin rem emphyteuticariam hodie non haberet *arg. l. si extraneus* 33. *l. cum in fund.* 78 *§. si mul. D. de iur. dot.* In summa sunt hæc iura prælationis & laudimiorum distincta omnino & separata, vt proinde ab vno ad alterum inferri nihil possit. Sufficitque ad inducendam laudimiorum obligationem mutatio emphyteutæ, quæ contigerit per quamcunque speciem alienationis, & quod nouum emphyteutam possessionem inducere vel admittere dominus paratus sit, vt in præcedentibus à nobis sæpius disputatum est. Proinde nec illam distinctionem probare possum Capellæ Tholosanæ *quæst.* 278. An donatio purè facta sit, an sub modo & certa lege: Neutro enim casu potest dominus in re donata ius vllum habere prælationis. Vtroque autem sicut perinde verum est alienationem ex causa donationis factam esse, Ita & laudimia deberi fatendum est. Nec quod in donatione facta certis legibus aliquid sit quod pretij loco esse queat, non item in pura donatione ad rem facit, Cùm non propter conuentionem pretij laudimia debeantur, sed propter emphyteutæ & possessoris mutationem liceè laudimij præstandi quantitas ex comparatione pretij sumatur, scilicet cùm pretium aliquod conuentum est. Quod si factum non fuerit ad ineundam rei alienatæ æstimationem recurrimus, ex cuius similiter comparatione laudimij quantitas æque sumi possit. Quid enim potest interesse an res emphyteuticaria quæ aliena fuit æstimata sit à

contrahentibus, an per probos viros officio iudicis æstimari possit: Nisi quod cùm à contrahentibus ipsa æstimata est, standum est conuentioni pretij nec alia vel maior vel melior æstimatio facienda est. Idque verba etiam ipsa Iustinianeæ constitutionis continent. Miror verò magis quid in mentem illis venerit qui scripserunt, ideò non posse fieri donationem irrequisito domino, quod alioqui nullo remedio posset domino esse consultum qui neque ad eo: missi pœnam agere, neque personalem obligationem contra emphyteutam exequi posset. Nam quid attinet de personali obligatione tractare, aut in perquirenda ea laborare, cùm dubitari non possit quin dominus directus vindicationem directam habeat contra quemlibet possessorem nulla exceptione repellendus ne quidem ab ipso emphyteuta cum quo contraxit si non offeratur ei pensio de qua in emphyteusi ipsa constituenda conuenit *l. 1. & vlt. D. si ager vectig. vel emphyt. petat.* Quantò minùs ergo licebit extraneo vindicantem summouere, prætextu illo solo quòd personalis obligatio non sequatur singularem successorem? Sanè quod alij volunt posse hoc casu agi negatoria aduersus donatarium, prorsus ridiculum est. Neque enim comparatæ sunt actiones negatoriæ, nisi seruitutum petendarum gratia, non item pro rebus corporalibus, licèt & ipsæ sint vindicationes *l. 1. & l. loci 4. §. competit & pass. D. si seruit. vind.* Nec quod exemplo seruitutum etiam pro aliis iuribus huiusmodi actiones dantur, fauere huic errori potest. Nam cùm dominus directus non tantùm verè dominus sit, sed etiam solus dominus, consequens est vt nullum planè aliud ius quam dominij aut in re sua, aut in rem suam habere possit, cùm nemini res sua seruiat *l. vti frui 5. D. si vsusfr. pet. l. in re commun. 29 D. urb. præd.* Adeò nimirum potens & magnum est ius dominij, vt cætera omnia aut complectatur aut absorbeat. Ius verò ipsum emphyteuticum totum penes emphyteutam est, Vt scilicet ius habeat retinendi rem etiam inuito domino, dum ne cesset in soluenda pensione, præstandisque cæteris de quibus ab initio conuenit *dict. l. vlt.* Cùm enim dominium emphyteuta non habeat, nihil nisi ius illud in re habere potest. Qua de causa nec illud probare possum, quod pragmaticis nostris passim video placere, Dandam domino directo etiam actionem hypothecariam in rem ipsam emphyteuticam ad auocandam possessionem, si fortè emphyteuta cesset in canonis annui aliorumque iurium emphyteuticorum præstatione. Qui enim fieri potest vt concurrat ius dominij cum iure pignoris in vnam eandémque rem & personam? *vulg. l. neque pig. 45. De reg. iur. l. pen. § 1. in fin. D. de except. rei iud.* Scio responsuros pragmaticos distinguendum esse hac parte duplex dominium directum & vtile, nec absurdum esse vt dominus directus qui non nisi directum dominium habet, etiam vtile obligatum habeat, etiam quod est penes emphyteutam. Sed præter id quod ridicula & tota commentitia est hæc distinctio duplicis dominij, vt toties inculcauimus, Inauditum etiam est vt qui dominium habet directum, etiam vtile obligatum habeat, aut obligatione vlla dominij vtilis indigeat, ad suum consequendum. Quemadmodum enim solemus dicere, Non indigere vtili actione illum qui directam habeat, vt neque honoraria indiget is, qui habet ciuilem *l. 1. D. de publ. in rem act. l. 2. §. item Varus D. de aqua & aquæ pluu. arcend. act. l. si her. 70. in princip. D. ad SC. Treb.* Ita neque dominij vtilis aliqua vtilitas cõtingere possit ei, qui directam habeat, Cum neque dominium illud vtile impetrare vnquam possit tanquã quod per consolidationem ipso iure extinguitur, Neque vtilis dominij distractionem vnquam vrgere quod nec emere ipse vnquam possit, nullo etiam se offerente extraneo emptore: cùm non magis emptio quàm pignus rei propriæ consistat *l. suæ rei 16. D. de contr. empt. & d. l. neque pignus.* Quænam autem potest esse vtilitas pignoris quod neque distrahi vnquam possit neque emi à creditore, nec denique dominium eius impetrari *l. si conuenerit. 4. D. de pign. act. l. mulier. 17. C. de distract. pign. l. 2. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Nec simile est quod obiiciunt pragmatici, Pro legato non solùm vindicationem competere cum actione personali, sed etiam hypothecariã *ex l. 1. C. commun. de legat.* Nam vt alibi docuimus, debet ea constitutio sic accipi vt hypothecariam habeat legatarius pro re legata non in rem ipsam legatam, sed in cæteras quę nõ sũt in legato, Ne contra iuris rationem manifestissimã vindicatio cũ hypothecaria concurrat: quod fieri nullo casu potest. Sed & illud scio, Placere vulgo interpretibus, Feudum, itẽ que emphyteusim speciem quandam esse seruitutis, qua ratione potissimùm moueri deberent qui quo iuribus emphyteuticis dant negatoriã Sed si ita est, vtiq; fateri nos oportet seruitutem esse emphyteutæ debitam, non quam emphyteuta domino debere possit, cui res sua, vt iam dixi [illegible] nequit. Cogitur namque dominus pati vt emphyteuta rem retineat. Et quod vicissim emphyteuta canonem annuum præstare cogitur & laudimia, & si quid aliud est in horũ numero iurium quæ emphyteutica appellantur, non tam sunt ista iura domini directi, quàm fructus & emolumẽta quędam directi dominij, Non alio planè iure ad dominium directum pertinentia, quàm quia dominus est, Eodem prorsus modo quo vsusfructus quem iidem interpretes causalem vocant, ad ipsum rei dominum pertinet, Nempe non tam vsusfructus quàm plenæ proprietatis iure *d. l. 5. D. si vsusfr. petat. l. si alij 19. D. de vsusfr. legat. l. qui vsumfructum. 58. De verb. obl.* Ergo si quis volet defendere, Non posse rem emphyteuticariam donari irrequisito domino, Non ratione illa moueri debet qua moueri se testatur Guido Papius, quod alioqui nullo remedio succurri domino posset aduersus donatarium, sed illa potiùs, quòd non sit cogendus dominus emphyteutã nouum admittere quem vel nolit, vel nesciat. E contrario nec bona illorum ratio est, qui rem emphyteuticariã irrequisito domino posse donari ideò volunt quòd non possit directus dominus prælationis ius vllum in re donata prętendere. Nihil n. [illegible] cessante propter ius prælationis denunciandi necessitate aliã causam superesse propter quam fieri denunciationẽ oporteat, sc. vt sciat dominus, quem possessorem & emphyteutam sit habiturus, & a quo sui dominij cõmodo & emolumenta petiturus. Quoties. n. duæ sunt eiusdem effectus causæ sublata vna sufficit alteram superesse vt idem effectus aut maneat, aut sequatur *l. cùm is 32. §. mulier. D. de cond. indeb. l. quoties duplex 91. De reg. iur.* Sed grauior Guidonis Papij error in eo est quod putat, Nouum emphyteutam cogendum accipere nouam inuestituram vt eam accipiendo & laudimium soluendo, se obliget in futurum ad præstationem canonis annui, & cęterorum iurium emphyteuticorum. Quasi verò non sit obligatus, nisi soluat laudimium. Quid enim si nolit laudimium soluere? at neque inuestituram recipere? An non erit obligatus vt ei laudimium præstet, & in futurum ea faciat omnia, quæ prior emphyteuta facere & præstare tenebatur. Imò erit, Non quidem præcisè vt ille qui ex suo ac proprio contractu conuenitur, sed necessitate, vt vocant causatiua, id est si rem emphyteuticariam retinere sibi velit, nec malit eam amittere. Cùm nihil habiturus sit, quod obiicere possit domino rem suam vindicanti si non pareat legibus contractus, quamuis inter alios celebrati: Neque verò necesse est, vt de commissi pœna quicquam quæ-

ratur,

satur, quia & priusquàm res committatur, perinde competit vindicatio domino, ac si iam commissa esset. Nec aliud adiicit commissi pœna, nisi vt possessor vindicantem dominum submouere nequeat nec si paratus sit leges contractus implere, quomodo posset si adhuc commissa res non esset *d. l. vlt. D. si ager vectig. iunct. l. commissa 14. D. de public. vectig. & commiss.* Etsi lex illa de commissis est earum rerum quarum dominium ante commissi pœnam ad alium pertinebat. Nos autem de eo commisso tractamus quod nullum domino directo nouum acquirat dominium, sed tantùm noui possessoris & emphyteutæ ius totum extinguat.

ERROR II.

De pluribus qui eandem rem emphyteuticariam diuersis temporibus emerunt, quarum posterior inuestituram prior acceperit.

QVæstionem hanc cogimur interserere, non vt ea retractemus quæ à nobis superioribus Decadibus iam satis superque disputata sunt circa interpretationem *l. quoties 15. D. de rei vindic.* Sed vt Guidonis Papij sententiam confutemus, qui supradicta *quæst. 46.* existimat, Id quod scriptum est *in d. l. quoties*, & verum esse fatentur omnes, Ex pluribus emptoribus in causa & quæstione dominij præferendum eum esse non qui prior emerit, sed qui prior ex traditione rem acceperit, non nisi ad res francas, vt ipse loquitur, & liberas pertinere non etiam ad emphyteuticarias. Quod si verum esset, vtique sequeretur parum abfore, quin eam legem pro abrogata haberi oporteret cùm res fere omnes immobiles, præsertim apud nos, sint emphyteuticariæ, Paucæ admodum liberæ & allodiales. Mouetur autem ex eo potissimùm, quod scriptum est *in l. vlt. C. de iur. emphyt.* Emphyteutam si aliter versetur in re emphyteuticaria, quàm secundum eam formam quæ ibidem à Iustiniano præscripta est, cadere à iure suo. Quod nihil aliud est, inquit, quam amittere illum & dominium & possessionem: quo admisso fit consequens vt nec dominium nec possessionem trásferre in emptorem possit, Ne aliqui contra iuris regulas plus in alium transferat, quam habeat ipse. Atque secundum hanc sententiam bis à Senatu Gratianopolitano iudicatum fuisse ibidem testatur. Fortassis quod eo tempore nondum inualuisset generalis illa consuetudo quæ posteà inualuit vt non tantú emphyteuses sed etiam feuda redacta sint ad instar patrimoniorum & bonorum allodialium, nisi quantum ad ius succedendi, vt idem Papius loquitur *Decis. 59. n. 2.* quæ tamen consuetudo posteà latius accepta est etiam quòd ad ius alienandis, vt apud eundem Guid. Pap. notat Ranchinus *d. q. 59.* & pragmatici omnes Galli recentiores. Nam admissa eiusmodi cósuetudine generali dici certè non potest, Cur in quæstione *d. l. quoties*, potiùs quam in cæteris admittenda sit distinctio an res vendita pluribus libera sit, & allodialis, an emphyteuticaria. Neque verò Senatus noster eam distinctionem vnquam secutus est, tametsi sæpiùs ac sæpiùs inter plures emptores de domino rei venditæ inter se contendentes iuxta sententiam *dict. l. quoties pronunciauerit*. Cùm enim iam exoleuerit quod Iustiniani constitutio *in dict. l. vltim.* induxerat vt nó prius fieri posset alienatió rei emphyteuticariæ, quam alienaturus emphyteuta consensum domini exquisiuisset, eique ex hac causa denunciasset nec aliud hodie ius sit hac parte domini directi nisi vt venditionem, etiam se insciu factam approbare & laudare teneatur, emptorémque in ea possessione tueri in quam venditor eum induxerit, apparet neque dominij, neque possessionis translationem à persona venditoris in personam emptoris impediri hodie ex eo solo posse, quod nondum venditioni dominus consenserit. Ideóque eandem iuris rationem, quæ olim faciebat pro emptore cui priori tradita res esset, vt priori emptori tardius possessori facto anteponi deberet, etiam hodie durare, neque ex iuris emphyteutici quo nunc vtimur ratione immutatam esse. Maximè verò apud eos populos qui dominum directum iure prælationis vti minimè patiuntur, quomodo apud nos obtinebat non ita dudum, vt nullum dominis esset ius prælationis, quemadmodum in nostro Codice scripsimus. Quod etsi posteà restitutum fuit speciali edicto ante octo circiter annos condito, Non ideò tamen correctum fuisse putandum est ius quo anteà vtebamur, quantum ad translationem dominij & possessionis rei emphyteuticariæ, nullo etiam requisito domini consensu: Quia etiam hodie non nisi post perfectam venditionem secutámque traditionem vtitur dominus hoc iure prælationis, nec vti prohibetur ob id, quòd iam translatum sit dominium, itémque possessio in emptorem, cùm in re emphyteuticaria semper sit antetius ius domini quandiu non laudauit alienationem, nec possessorem nouum, aut in possessionem induxit, aut in possessione retinuit, *arg. l. ex facto 52. D. de pecul. in liberis 77. D. de solut.* Sed etsi hodie vteremur eo iure, quod à Iustiniano certas leges & regulas accepit, inter quas est ius illud prælationis, Non tamen statim esset consequens, quod vult Guido Papius, vt ob eam causam præferri deberet is qui prior inuestitus à domino fuisset, ei qui prior à venditore possessionem rei emphyteuticæ accepisset. Imò si bona esset ratio qua mouetur Papius, nullus quæstioni huic locus fieri vnquam posset. Ait enim ideò præferri non posse illum cui priori res tradita est à domino vtili, quòd venditor non denunciando directo domino venditionem aut aliam, quam facere velit alienationem, statim & ipso iure ipsóque facto cadat à iure suo, vt proinde neque dominium vllum, neque possessionem vllam habeat, quam transferre in emptorem possit. Atqui si ita est prima statim venditione ius omne suum amisit, & consequenter nihil ei superfuit, quod alij posset vendere, nisi eo sensu quo dicimus, Etiam rem alienam vendi posse *l. rem alienam 28. D. de contr. empt.* Sed quæstió nostra in rei alienæ venditionem non cadit, quia certissimum est, Re aliena vendita quantumlibet tradita neutrum ex emptoribus potuisse dominium sibi acquirere ab eo qui dominus non fuit, Et quamuis per eiusmodi traditionem vera possessio transferatur, dominium tamen transferri nullum posse *l. traditio 20. D. de acq. rer. dom. d. l. rem alien.* Et vt quæstioni nostræ fieri locus possit, necessarió ponendum est venditorem fuisse dominum & traditionem ab eo factam fuisse posteriori tantùm emptori, non priori. Nam si priori facta esset à domino, & cætera concurrerent, quæ ad transferendum ex causa venditionis dominium requiruntur, id est vt vel solutum esset pretium, vel habita fides de pretio, quis dubitaret quin potior eius causa esse deberet, qui & prior emisset, & possessor factus prior fuisset? Itaque potuit Guido Papius, & debuit ea potiùs moueri ratione vt pro priore inuestito responderet; quòd solus habeat causam à domino: Cùm verissimum sit quod in hoc tractatu toties inculcauimus, solum rei emphyteuticariæ dominum esse illum quem directum appellant, Emphyteutam verò nihil nisi ius illud in re emphyteuticaria habere, quandiu pensionem sol-

ue

'uet auferri res ab eo non possit *l. 1. & vlt. D. si ager vectig. vel emphyt. petat.* Qui ergo prior à domino directo inuestitus est, ille est qui à vero domino emit: qui verò ab emphyteuta, ille est qui à nō domino. Et consequenter dubitari non potest quin præferendus ille sit qui à domino inuestitus est, quemadmodum contingit quoties ex duobus vnus emit à domino, alius a non domino, *l. si ea res 31. in fin. D. de act. empt.* Quòd si ambo inuestiti sint à domino directo, is vtique præferatur, qui prior inuestitus fuerit, vt & alios quilibet qui prior domino possessionem acceperit. Cùm inuestitura propter nihil aliud sit quàm possessio, licèt abusiuè dicatur inuestitura quando hasta vel quid aliud corporeum porrigitur à domino feudi dicente se facere inuestituram *Tit. 2. quid sit inuestit. In vsib. feudor. lib. 2.* Quidni verò præferetur is qui prior fuit inuestitus à domino, Cùm & ex pluribus qui ab eodem non domino emerunt, præferendus ille sit, cui prioritres tradita est *l. sine autem si duobus D. de public. in rem act.* Sed & admissa illa duplicis dominij directi & vtilis distinctione, non facile possum probare quod vult Guido Papius translationem possessionis impediri si res emphyteuticaria à domino, vt vocant, vtili alienata sit nulla præcedente denonciatione, & contra Iustiniani constitutionem. Etsi enim venditio & alienatio quælibet districtè à Iustiniano prohibita est, quousque domini voluntas exquisita sit, Quis tamen nesciat, Etiam ex contractu inutili & prohibito transferri possessionem *l. 1. §. si vir vxori D. de acquir. possess.* quippe quæ facti sit magis quàm iuris, vt ibidem scriptum est, & in *l. denique 19 D. ex quib. caus. maior. l. r. § Scæuola D. si is qui testam. lib. esse iuss. fit.* De dominio autem etiam vtili, quamuis difficilius sit vt contra legis prohibitionem transferatur *l. vltim. Cod. de reb. alien. non alienand.* Si tamen venditio incipiat à traditione quod fieri facilè potest, puta si tractatus & pactum de vendendo certo pretio præcesserit (nec enim pactum de vendendo venditio est) & venditor postmodum tradat eam rem illo pretio, Non puto dubitandum quin idem dici debeat, vt hoc caso dominium quoque vtile in emptorem transferatur. Quandoquidem supradicta Iustiniani constitutio factum ipsum notat venditionis an alterius alienationis perfectæ non solùm, nudàmque faciendi voluntatem. Nemo enim dixerit, Ob id solùm quod emphyteota rem emphyteuticariam vendere aut ius suum emphyteuticarium alienare, & in alium transferre voluerit, cadere illum à iure suo: Neque verò Iustiniani constitutio hoc habet. Sed postquàm prohibuit Iustinianus initio legis ne liceat emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel ius emphyteuticum transferre, subiicit in fine legis *sin autem aliter fuerit versatus, quàm nostra constitutio disposuit iure emphyteutico cadat.* Quod ipsum nihil aliud est, quàm si diceret, *si emphyteuta meliorationes suas vendiderit alij, aut ius suum emphyteuticum in alium transtulerit*, Non igitur impedit lex venditionem, aut iuris emphyteutici translationem faciendam, sed factam punit, & irritam facit quantum ad vtilitatem dominij directi. Qui si iure suo, ac beneficio Iustinianeæ constitutionis vti nolit, siue expressa, siue tacita voluntatis declaratione, quis dubitat quin valitura sit venditio, dominiique vtilis translatio inter venditorem & emptorem? Vt si fortè velit venditor eam rem quasi non venditam nec alienatam vindicare, perinde sit repellendus exceptione rei venditæ & traditæ ac alius venditor quilibet *l. 1. & tot. tit. De except. rei vendit. & tradit.* Quemadmodum dicimus, pactum inter debitorem & creditorem initum vt creditor onus tributi prædij pignorati non agnosceret, sed eius soluendi necessitas debitorem spectaret, quantum ad rationem quidem [illegible] dum non [illegible] *l. inter debitorem 42. D. de pact.* sed in [illegible] o [illegible] scentes iustum, idcoque [illegible] suandum e[illegible] *l. ep[illegible]ola 52. §. pactum eod.* Nec enim lu[illegible] [illegible] upta[illegible] constitutione id egit vt emphyteutæ noceret sed potiùs vt domino consuleret, ac propterea ne quid ei factum emphyteutæ nocere posset. Itaque nolegte domino directo ius suum exequi, adeoque quandiu pendet an iure suo sit vsurus, [illegible] nene omnia in dispositione iuris communis, & in eo [illegible] ctu in quo essent si constitutio [illegible] a nou [illegible] fuisset. In eoque interpretes omnes consentiunt, con vsque adeò rigidè ac iudaicè, vt loquuntur, caniconstitutionem accipiendam esse vt non sit opus declaratoria sententia, id est per quam pronuncietur emphyteutam contra legem fecisse & caducitatis pœnam incurrisse. Superest enim adhuc illa ex facto & iurisdictione pendens quæstio, An factum sit aliquid contra legem, & quidem ita vt nullam excusationem mereatur, quomodo in dissimili quamuis specie, Claudius Tryphoninus ad Scæuolam notat in *l. [illegible] 88. D. de solut.* Adeò vt si emptorem ab extraneo possessore viodicantem eam rem emphyteuticariam quam non requisito domini directi consensu emisset summouere velle eo prætextu quasi nullo iure ageret tanquam qui per eam emptionem etiam secuta traditione dominus fieri non potuisset, vtique non esset audiendus, Propter à quod est exceptio illa de iure tertij, Exc[illegible]ua quidem iuris agentis sed non aliter quàm si tertius velit. In quo exceptionum genere vt receptissima, ita verissima est Bartoli traditio ad *l. 1. D de except. rei iudic.* non esse illas admittendas. Neque rursus in iure nosti[illegible] no um est vt ex aliqua iusta causa dominium interim transferatur, quod tamen posteà pro nunqu[illegible] m translato haberi debeat, Vt euenit in re sub conditi ne legata, quæ interim pleno iure est hæredis, [illegible] ue emptoris si eam hæres suspensa adhuc conditione alij vendiderit. Et tamen si quandoecunque posteà existet conditio legati, neque hæredis, neque [illegible] ius qui ab ipso emit, vnquam fuisse intelligitur, sed à testatore ad legatarium rectà peruenisse *l. & post litem 12. §. res quæ D. famil. ercisc.* iunct. *l. si cui via 11. §. 1. D. quemadm. seruit. amitt. l. quædam 1 D. de reb. dub. l. generaliter 29. §. 1. D. qui & a quib. manum. l. de hered. 29. § pater D. de castrens. pecul.* quod & in donatione inter viuos per traditionem sub conditione facta iuris est *l. a §. si pecuniam D. de donat.* & aliis plerisque casibus alibi per nos annotatis. Quòd si dominus directus approbet venditionem, etiam posteriori emptori facta sit, eúmque inuestiat an non manifestè declarat nolle se vti iure suo. Alioqui non posset approbare & confirmare venditionem quæ nulla esset, Nec sufficeret ad translationem dominij quod venditionem approbaret si non etiam ipse venderet: Cùm aliud longè sit vendere aliud vendenti consentire [illegible] vt habet iuris regula 160. *De regul. iur.* Proinde eùm iure suo non vtatur, remanent omnia in iuris communis dispositione, vt qui prior fuit in possessione acquirenda, potior sit in retinenda. Nec quod posterioris tantùm emptoris gratia qui inuestitus fuit, credendum sit dominum directum ius suum remisisse potest anterioris emptoris ius lædere. Non enim acquiritur eius suum ex inuestitura, quæ scilicet alij non ipsi facta est, sed ex suo contractu sibique [illegible] a traditione, Exemplo non inelegan[illegible] eli [illegible] quod scriptum est in *l. conditionibus 5 D. de condit. & demonstr.* Pupillum etiam sine tutoris au[illegible]oritate conditionibus parère posse, Nec in contra[illegible] moueri quemquam ex eo debere quòd ita futurum sit aliquo casu vt

fine

ſine tutoris authoritate neceſſarius) hæres fiat. Id enim iure poteſtas fieri, non vi expletæ conditionis. Proxima ſiquidē & immediata cauſa inſpicienda eſt, tanquā quæ magis influit, non quæ remota. Eſt autē remota cauſa illa & extrinſeca, quòd directus dominus iure ſuo vſus non ſit: Hæc verò proxima & immediata, quòd hic emptor, & emerit, & prior per traditionem rem acceperit. Sed neque cauſari poteſt alius emptor, qui prior quidem fuit inueſtitus, ſed poſterior accepit poſſeſſionem, quòd non aliter voluerit dominus directus ſuum ius remittere quàm ſi poſterior emptor priori præferretur: Nam præter id quod eiuſmodi interpretatio tùm demùm habere locum poteſt, cùm domini intereſt qui non aliter ius ſuum remiſſurus fuerat vt de creditore pignoratitio ſcriptum eſt *in l. voluntate 8. D. quib. mod. pig. vel hypot. ſolut.* Hic autem nihil intereſt domini directi, qui laudimia quæ à poſteriore poſſeſſore non poſſit petere, à priore habiturus ſit, atque ita plenam indemnitatem cōſecuturus. Illud etiam apertum eſt poſterioris emptoris qui prior inueſtitus fuit non eſſe allegationem hanc, ſed domini directi, qui ius ſuum remiſit. Quamquam nec domino directo eſſet permittendum vt iuris ſui remiſſionem à ſe factam reuocaret eo prętextu quaſi contractus quem approbare voluiſſet. Satis enim effectum habere poſſit hic prior inueſtitus contra ſuum venditorem, Non habiturus ſi dominus iure ſuo vti, ac venditionem irritam facere voluiſſet, quaſi factam contra legis prohibitionem. Venditionem enim aliquam præcedere neceſſe eſt vt actio de euictione naſci poſſit quæ nihil aliud eſt quàm actio ex empto *l. ex empto 11. & paſſ. D. de act. empt. l. ſi in venditione 60. D. de euict.* Venditio autem alienæ quidem rei valet, ne quidem ad actionem de euictione producendam *d. l. vlt. C. de reb. alienand. l. ſi creditor 7. in fin. D. de diſtr. pign.* Nullus igitur dari caſus poteſt, in quo melior ac potior cauſa eſſe debeat eius qui prior à domino directo inueſtitus fuit, quàm illius qui prior à venditore, eodémque domino vtili poſſeſſionem acceperit: Etiam inſpecto eo iure quod circa emphyteuſes Iuſtinianus induxit. Multò minùs ſi inſpiciatur ius quo vtimur hodie redactis feudis, & emphyteuſibus ad inſtar patrimonium & allodalium. Poſt reſtitutum quoque dominis directis ius prælationis, quod contraria conſuetudo iis abſtulerat.

ERROR III.

De laudimiis petitis ex legato vel ex hæredis inſtitutione.

QVi ex donatione laudimium deberi putant, iidem exiſtimant deberi perinde ex legato & ex hæredis inſtitutione, vt ex communi Doctorum ſententia tractat Amedena à Ponte *quæſt.* 31. poſt Bert. Iaſ. *conſ.* 78. incip. ex *caſu volut. part.* 2. Iaſ. *in l. vlt. num.* 50. *Cod. de iur. emph. cap.* 141. An quando is eui, ſiue quod legatum quoque donatio ſit *l. legatum 36. D. leg.* 2. & apud Iuſtinian. §. *De legat.* 1. Hæreditates verò per inſtitutionis titulum pleniore liberalitatis honore deferantur *l. filium 5. §. ſed etſi portio D. de legat. præſt.* Sine etiam, quòd laudimia propter alienationem dominiique mutationem potiſſimùm debeantur, vt ſæpimus docuimus ex *dict. l. vltim. C. de iur. emphyt.* quæ alienatio & mutatio non minùs per legatum inducitur & per hæredis inſtitutionem aditione ſecuta quàm per donationem *l. à Titia 64. D. de furt. l. cùm hæredes 23. D. de acquir. poſſ.* Addunt tamen exceptionem, præterquàm in hærede ſuo, vel qui ab inteſtato in emphyteuſi vel in feudo eſſet alioquin ſucceſſurus quòd alienatio iſta hoc caſu ſit neceſſaria. Ex Aret. *in l. ſi poteſt 18. in fin. D. de acquir. hæred.* ſitque in ſucceſſurum qui ex tenore primæ inueſtituræ reperitur vocatus, vt ſupradicto loco Amedeus ſcribit, Addens ob hanc ipſam rationem idem dicendum eſſe in legatario qui ſub prima inueſtitura ſit comprehenſus: Puta ſi inueſtituram quis acceperit pro ſe hæredibus, & ſucceſſoribus, multò magis, ſi addita ſit dictio, quæ vt plurimùm addi ſolet *quibuſcunque*. Sic enim Salycet. etiam ſecluſa dictione *quibuſcunque* ad *dict. l. vltim. colum. 4. verſ. quæro an res.* Quod tamen alij ſic intelligunt, vt ſucceſſorum appellatione ita demùm legatarij contineantur ſi ex iis ſint qui alioquin abſque diſpoſitione teſtatoris eſſent de vocatis puta ex deſcendentibus à primo inueſtito ex Socino iuniore *conſil. 70. volum.* 3. Apud nos quæſtio hæc planè otioſa. Habemus enim Statutum Ducale quo expreſſim cautum eſt, ne qua laudimia de bonis hæreditariis debeantur, nec de legatis vel fideicommiſſis, nec de bonorum diuiſione. Nec tamen deſunt qui putent etiam citra ſtatutum idem dici ex iuris ratione debuiſſe quantum ad hæredis inſtitutionem, inter quos fuit Ioannes quidam Raynaud *in ſuo compreh. feud. §. habito n.* 19. quem Amedeus ſupradicto loco refert, & cuius ſententiam in tertiis quidem venditionibus omnino procedere admittit, ſed in laudimiis non itē, non dubitans quin de iure communi debeantur tam ex hæredis inſtitutione, quàm ex legato. Mihi nihil improbabilius dici poſſe videtur. Nam ſiue illorum ſententiam ſequamur, qui putant obligationem præſtandi laudimij ex eo deſcendere quòd ante omnia conſenſus domini ſit exquirendus vt rei emphyteuticariæ alienatio licitè fieri poſſit, ſiue aliorum, qui totam cauſam ad alienationem referunt, nulla certè ratio eſt propter quam laudimia ex hæredis inſtitutione vel ex legato vlla peti poſſe, fateri debeamus. Nō illa quidē prior, quoniam abſurdum eſſet dicere, Nō aliter in bonis emphyteuticariis valere poſſe inſtitutionem aut legatum quàm ſi priùs ſit exquiſitus & præſtitus directi domini conſenſus. Cùm iuris ciuilis regula certiſſima ſit à priſcis illis temporibus iam olim conſtituta, Teſtamentorum iura per ſe firma eſſe ipſa oportere, non ex alieno arbitrio pendere *l. illa inſtitutio 32 princip. D de hæred. inſtitut.* iunct. *l. captatorias 70. eodem tit.* Itaque vel negandum eſt abſolutè bona emphyteuticaria legari poſſe, quomodo de bonis feudalibus ſcriptum eſt in *Titul. 9. qualit. olim feud. alien. poter. §. donare.* Et *Tit. 55. de probib. feud. alien. per Freder. verſ. habito lib. 2 in vſib. feudor.* (quod etſi Doctorum plerique crediderunt, minùs tamen communiter probatum eſt ſi Iulio Claro credimus *in §. emphyteuſis, quæſt.* 15.) Vel fatendum eſt poſſe legari etiam irrequiſito domino. Alia verò illa ratio quam plerique afferunt propter quam laudimia debeantur, ad alienationē relata, multò minùs ad caſum noſtrum pertinet. Quæ enim à teſtatore in hæredem fit alienatio, non tam ab homine fit quàm à lege, nec tam voluntatis quàm iuris poteſtate, Niſi quòd in extraneis hæredibus neceſſaria eſt aditio, vt quis hæres, id eſt dominus fiat *l. cùm hæredes 23. D. de acquir. poſſ.* Cęterùm lex illa eſt quę & hæreditatem & hæredem facit ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato *l. filiusfamilias 18. D. ad leg. Falcid. l. 1. 2. & 3. D. de hæred. petit. l. lege obuenire 130. D. de verbor. ſignificat.* Et conſequenter cùm alienatio fiat ab ipſa lege, quamuis ſubſequente voluntatem teſtatoris cùm teſtamentum factum eſt, de lege potiùs quàm de teſtatore conqueri debet dominus directus, ſi quam iuſtam querelæ cauſam habeat, quòd ipſius conſenſus non fuerit exquiſitus. Nec ſanè verius dici

dici quicquam potest quàm quod scio etiam veteribus placuisse, inter quos Petr. Iacob. quem citat Amedeus à Ponte, Ex nulla dominij translatione quæ ipso iure fiat posse deberi laudimium: Sicut neque ius prælationis domino directo aduersus hæredem institutum competere vllum potest. Quid enim absurdius esset, quàm vt ob institutionem collatam in alium directus dominus inuaderet bona testatoris, atque ita supremum defuncti iudicium euerteret, qui hæredem alium instituendo nihil minùs quàm de directo domino cogitauit? Nec quod remedij loco afferunt quidem interpretes, præsertim Iulius Clarus *dict. quæst.* 15. *in fin.* vt bona defuncti per viros probos æstimari oporteat, eámque æstimationem à directo domino præstari, ne infructuosa sit hæredi hæreditas, aut legatario inutile legatum, huius iniuriæ potiùs quàm iuris iniquitatem potest corrigere. Ita enim semper fiet, vt ad extraneum bona defuncti perueniant contra ipsius voluntatem fortassis expressam, si quod plerunque fit, bonorum suorum alienationem hæredi prohibuerit, vt ea perpetuò in familia remanerent. Deinde quis æquum putet, vt pro corporibus bonorum quæ ad hæredem peruenire testator voluit, cogatur hæres contentus esse æstimatione? An hoc non esset inuitū eum cogere vt res suas venderet, quod tamen iniustum semper esse lex ait, siue iustum, siue iniustum etiam & immodicum pretium offeratur? *l. nec quasi* 70. *D. de rei vindic. l. non enim* 9. *D. de rer. amot.* Rursum an non etiam hoc esset supremi iudicij libertatem constringere, quæ semper amplianda potiùs est, restringenda nunquam *l. cùm duobus* 52. aliàs *l. si fratres paragrapho idem respondit societatem D. pro socio.* Fieret enim plerunque vt eo metu reuocaretur quis & deterreretur à consilio testandi, ne dum id ageret vt testamentarium aliquem haberet hæredem hoc ipso directum dominum ad bona sua inuitaret, quem exosum fortassis iustissimè habuisset. Impugnat igitur hæc sententia publicam vtilitatem, quemadmodum de quadam Iuliani sententia Marcellus dicebat *in l. Iulianus* 42. *D. de acquir. hered.* Nec vnquam imputandum est testatori cur non potiùs intestatus decesserit *l. posthumus* 6. §. 1. *D. de inoff. testam.* Quamquam si interpretibus credimus, nec prodesset quicquam defuncto, quod intestatus decessisset. Etsi enim admittunt, nulla per hæredem ab intestato possit in emphyteusi vel in feudo ideò succedere quod ex tenore primæ inuestituræ vocatus reperiatur, vt Amedeus tractat *dict. quest.* 31. Atqui facile fieri potest, vt successor intestati non sit agnatus proximus, nec de comprehensis inuestitura. Quid enim si mater sit aut alius proximior ex linea materna, qui cognatus tantùm sit, non etiam agnatus? Nulla siquidem hodie quantum ad successionem intestati differentia est inter agnatos & cognatos *Nouell.* 118. *De hered. ab intest. venient.* An forte adhuc imputabimus patrifamilias, cur matrem legitimam hæredem habere voluerit aut alium quemlibet proximiorem cognatum? Id sanè consequens omnino est huic interpretum traditioni, Aut fateri eos necesse est, Nunquam successorem intestati debiturum laudimia, nec si ex iis sit, qui in priore inuestitura cōprehensi non fuerunt. Cúmque necessarium omnino sit aut testatum, aut intestatum decedere quemlibet, & ita siue per testati, siue per intestati successionē bona sua in hæredem aliquem alienare, Quis non videt omnimodo necessariam esse alienationem illam quæ per viam hæreditatis à defuncto fit in hæredem, ac proinde nullo casu posse deberi ab hærede si verum est quod iidem interpretes volunt, & nos admittimus, nunquam deberi ex necessaria? Etsi nec illud facile possunt admittere, vt alienatio quæ fit per viam successionis intestati necessaria videri debeat: Cùm in potestate sit cuiuslibet habentis testamenti factionem actiuam, vi testando intestati successores eludat qui nec alio iure succedunt quàm quia nullum testamentum factum est, quàm quasi ter[...] taciroque defuncti iudicio ad hæredem vocari *leg. 3. l. conficiuntur* 8. §. 1. *D. de iur. codicill. l. ab exheredatis* 126. *D. de leg.* 1. Adeò vt si quis fundum non tantùm prohibitus sit alienare extra familiam, sed etiam in familia relinquere iussus fuerit, videatur fecisse contra voluntatem si se intestatum mori passus sit vt ab intestato hæredem haberet eum qui non esset ex familia *l. penul. §. penultim. De legat.* 2. Sed quænam, obsecro, ista ratio est vt ex institutione hæredis debeantur laudimia, quòd alienatio illa sit voluntaria, non debeantur autem ex successione intestati, quòd hæc sit necessaria? An non enim æquè necessariū est, vt quis testetur si nolit intestatus decedere, quàm vt intestatus decedat, si testari nolit? Deinde verò in persona hæredis legitimi etiāsi sit ex agnatis, quænam alienationis necessitas est, cùm possit hæreditatem si velit, prætermittere? Nec enim quisquam inuitus fit hæres extra causam necessariorum hæredem, licèt inuito, deferatur hæreditas. Quod verò ad necessarios suósque hæredes pertinet, æquè mihi absurdum esse videtur, vt ob id solùm à præstandis laudimiis sint immunes quod in eorum persona sit hæc alienatio necessaria. Etsi enim ipso iure existunt, apparéntque hæredes, ita vt nec aditio in iis vlla requiratur *l. sui* 14. *D. de suis & l.* nec hæreditas vlla esse videatur *l. in suis* 11. *D. de lib. & posthum.* cum tamen habeant beneficium abstentionis per quod in effectu tantum consequuntur, quantum si hæredes non essent, sitque in eorum arbitrio vt vel abstineāt vel non abstineant *l. ex qui* 12. *l. necess.* 57. *& pass. D. de acquir. hered l. etsi* 6. §. *si filius de bon l. ex contractu* 44. *D. de rei iudic.* quia non admittat etiam in persona suorum hæredum esse hanc alienationem planè voluntariam? Nam & cæteris hæredibus, qui tantùm necessarij sunt non etiam sui ferè idem obtinet, cùm licèt beneficium non habeant abstentionis, habeant tamen separationis si modò nihil attigerint hæreditarium *lege prima, paragrapho vltimo, D. de separat.* quamuis non eòminùs sint & maneant effectu ipso hæredes quantum ad bona quæ à defuncto ad eos peruenerunt. Quo solo respectu admitto posse hanc alienationem dici necessariam, sed aliam præterea nullam quæ fiat per viam successionis. At neque potest dici necessaria, nisi ex parte hæredum necessariorum. Non etiam ex parte testatoria quia nemo inuitus necessarium hæredem habere cogitur *l. potest* 36. *D. de vulg. & pupill. substit.* Ne quidem suū sine quòd etiam sui hæredes possint exhæredari *dict. l. in suis* 11. *De lib. & posth.* Siue quod tùm quoque cùm non exhæredantur nulla subsistente satis iusta exhæredationis causa, possint institui sub conditione potestatiua dummodò in defectum conditionis exhæredentur *l. suus quoque* 4. *D. de hered. instit.* Quo casu fiunt vtique ex necessariis hæredibus volūtarij, quemadmodum si apertiùs filium quis suum sub hac conditione *si voles* hæredem instituisset *l. verb. hac* 22 *D. de condic. Instit.* Nulla igitur est ex omnibus istis alienationibus quæ absolutè dici possit necessaria. Proinde vel nullo penitus vel omni prorsus casu dicendum est ex hæreditaria siue testati, siue intestati successione laudimia deberi. In legatis verò, res multò apertior est, cùm alienatio quæ fit ex causa legati per vindicationem relicti adeò solam legis potestatem pro causa proxima & immediata habeat, vt dominium rei legatæ transeat recta via à testatore in legatarium, nunquam factum hæredis. *l. legatum* 80. *De legat.* 2. & acquiratur legatari etiam

dormienti

dormienti & ignoranti *l. cum pater 77. §. surdo eod. quamuis non inuite l. si tibi homo 86. §. cum seruus de De leg. 1 l. quadam 15. D. de reb. dub.* Vt intelligamus non magis esse necessariam hanc quoque alienationem, quàm cæteras, de quibus diximus quæ fiunt per speciem vltimæ voluntatis. Ideò autem loquor de legatis per vindicationem relictis, quia iuris veteris ratio ita faciebat, vt id legatorum genus in eo, quemadmodum in aliis multis differret à cæteris, Teste Caio, itémque Vlpiano *in Instit.* Hodie tamen in omnibus idem iuris est, postquàm Iustiniano placuit vt omnium legatorum vna, eadémque natura sit, & ex omnibus vindicatio competat *l. 1. Cod. commun. de legat.* quæ res translationem & acquisitionem dominij præsupponit in necessarium antecedens, cùm non alij possit vindicatio competere quàm domino *l. in rem 23. & pass. D. de rei vindic. l. Quintus 27 § argento D. de aur. & argent. legat.* Scio plerisque Sabaudiæ nostræ locis, vt apud Maurianenses in vsu esse vt dominis directis ad mutationem cuiuslibet domini vtilis aliquid præstetur quod illi *placitum* vocant, Gallicè *le plait*, siue mutatio illa contingat per mortem, siue per aliam speciem alienationis quæ facta sit inter viuos. Adeóque interdum etiamsi solus directi domini persona mutetur. Sed id fit, aut ex conuentione aliqua, aut ex consuetudine, quæ nihil commune habet cum iuris ratione, de qua disputamus.

E R R O R IV.

An ex pignore laudimium debeatur.

ABsurdum à bonis Iureconsultis videri possit hæc quæstio, Cùm sit iuris certissimi ex causa pignoris nullam fieri alienationem, cùm per eam non transferatur dominium, sed sola possessio si pignus proprium contractum sit, non hypotheca *l. cum & sortem 35. §. 1. D. de pignor. act. l. pignori 13. D. de vsucap.* quamuis per causam pignoris aut potiùs per occasionem perueniatur interdum ad alienationem pro eo iure quod habet creditor pignoris distrahendi *l. quia creditore 18. & pass. Cod. de distract. pignor.* Vnde factum videtur quod Iustinianus constituit *in l. vltim. C. de reb. alien. non alienand.* vt prohibita siue per legem, siue per hominem alienatione pignoris quoque datio prohibita esse intelligatur. Quomodo iam olim ex oratione Diui Marci, & Senatusconsulto ad eam facto oppigneratio suburbanorum vel rusticorum prædiorum minoris perinde interdicta erat, atque alienatio *l. 1. l. si pupillorum 7. §. & seqq. De reb. eor. qui sub tut.* Sed aliud est alienare, aliud verò alienandi viam & rationem quærere aduersus prohibitionem alienationis. Prohibita namque alienatione censentur prohibita quoque omnia, per quæ alienandi ratio aliqua inueniretur. *l. magis puto 5. §. si pupillus eo. tit.* quia prohibito aliquo fine, censentur prohibita etiam omnia ad illum finem tendentia ne quod directè fieri prohibitum est, per indirectum permittatur *l. scire oportet 21 §. 1. D. de legit. tutor.* At non ideò consequens est, vt cùm de alienatione permissa tractatur, vt purà cùm de laudimiis agitur alienationis appellatione comprehendantur omnia prohibita alienatione etiam prohibita censerentur: Quia nihil est quod in casu permissæ alienationis facere debeat, vt alienare videatur is qui dat pignori, quomodo è contrario alienatione prohibita pignoris quoque datio prohibita intelligitur, Non quia sit alienatio, vt dixi, sed ne inueniatur alienandi ratio contra prohibitionem, cùm per constitutionem pignoris etiam ad alienationem tandem perueniatur, vt dixi. Certum igitur est etiam apud interpretes, Laudimia quæ ex præcedentis alienationis causa debentur, ex pignoris datione deberi nulla posse, Cùm vt toties in hoc tractatu diximus, ea demùm alienatio dicenda sit per quam proprietas, & dominium transfertur *l. 1. Cod. de fund. dotal. l. alienationis 28. l. alienatum 67. De verbor. signific.* Hancque conclusionem probari video ab interpretibus non minùs in feudo, quàm in emphyteusi, licèt inter feudum & emphyteusim hac parte differentia illa sit quòd feudum pignori dari non potest irrequisito domino: At emphyteusis potest, vt ex communi nostrorum sententia concludit Amedeus *quæst. 33.* post glos. & DD *in cap. 1. De alien. feud. & Ias. in l. vltim. num. 78. Cod. de iur. emphyt.* Sed tamen dubitandi & aliter atque aliter distinguendi causam plerisque interpretibus dedit, quod sæpè ac sæpiùs huiusmodi contractus pignorum contrahuntur in fraudem domini directi ab iis qui potiùs id agunt, vt venditio emptioque contrahatur. Cuius fraudis materia & occasio inde proficiscitur, quòd contractus pignoris eo saltem casu quo antichresim permixtam habeat, quo plerumque fit, proximè accedat ad contractum venditionis factæ sub pacto de retrouendendo: Quandoquidem vtroque casu & possessor fit, fructúsque lucratur is qui rem accipit, & redhibendi ac recuperandi spem retinet is, qui tradit, restituta scilicet ea pecunia quæ siue pro venditionis pretio, siue debiti nomine accepta fuit. Vt proinde si rei effectum inspicias potiùs quàm modum contrahendi, parùm referre videatur an vendas mihi fundum certo pretio sub pacto de retrouendendo, an mihi des in antichresim pro eadem quantitate. Indéque primùm distinguendi occasionem sumunt interpretes, mox errandi. Prima autem quæ ab iis adhibetur distinctio illa est, An res feudalis vel emphyteuticaria pignorata sit pro æquiualenti pretio rei, vt verisimile ret nulla sit spes luitionis, an pro minore. Vt priore casu non sit permittenda oppigneratio sine consensu domini, & ideò laudimium ex huiusmodi contractu pignoris, quasi in fraudem laudimiorum facto debeatur. Ex Baldo *in dict. l. fin. Cod. de reb. alien. non alienand. & in cap. 1. in princip. Notab. 1. De prohib. feud. alien. per* Federic. & Alex. *consil. 169. in fin. volum. 6.* Per text. *in l. qui habebat* 101. *De leg. 3.* Alia distinctio est, An oppignerationem secuta sit actualis traditio necne. Vt si secuta sit, venditio magis contracta esse videatur quàm pignus. Ita enim Afflictus *ad dict. cap. 1. num. 42. & 46.* & distinctionem hanc rationabilem videri sit Amedeus *dict. quæst. 33.* & à Senatu Pedemontano comprobatum. Per text. *in Tit. 5. Quib. mod. feud. amitt. lib. 1. vers. aut si libellario*, Et per Alex. *in l. 1. §. per seruum corporaliter circ. fin. De acquir. possess.* Tertia distinctio & quæ omnium probabilissima videri possit, An is cui pignus datum est fructus percipiat quos alioquin suos non faceret, inquit Amedeus, nisi ex translatione dominij. Quasi hoc casu dubitandum proinde non sit quin id actum sit inter contrahentes vt dominium transferretur, velut in necessarium antecedens: quo præsupposito, cōsequens necessariò est vt laudimiū debeatur. Ego, quod pace tantorum virorum dixerim, omnes istas distinctiones inanes ac nugatorias esse arbitror. Et generaliter concludo, Nūquam ex contractu pignoris laudimia deberi, nisi fraudis consilium probetur, simulatione contractus probata, & quod id egerint contrahentes vt sub pignoris nomine venditio contraheretur. Hæc enim necessariò subiicienda est exceptio quia nunquàm fraus impunita esse debet in ea re præsertim quæ tam multis fraudibus obnoxia est, Cùm nemo nesciat id passim agere in

fundatarios & emphyteutas quantùm possunt vt vndequaque coloribus quæsitis dominos directos fraudent suis iuribus, præsertim quantum ad laudimiorum præstationem. Sed non ideò fit consequens vt quisquis fraudem comminisci potuit, statim voluisse ac fecisse credendus sit, quandoquidem à posse ad esse non valet argumentum, vt aiunt philosophi: Quod Doctores nostri sic exprimunt vt dicant, Probationes non debere à possibili concludere, sed à necessario *l. vltim. Cod. vnd legit. l. neque natales* 10. *& leg. non epistolis Cod. de probat.* Atqui constat contractum pignoris licitum esse nec prohibitum in emphyteusi etiam irrequisito domino, vt præfati sumus, & aliter pignora contrahi, aliter venditiones, vt Vlpianus ratiocinatur *in l. sciendum* 63. D. *de adil. edict.* quemadmodum & aliter venditiones quæ fiunt sub pacto de retrouendendo. Aliter verò antichreses, quæ nihil aliud sunt quàm pignora eo pacto data, vt liceat creditori frui pignora in vicem legitimarum vsurarum *l. si is qui* 11. §. 1. *D. de pignor. l. si pecuniam* 33. *D. de pignorat. action.* Non ergo statim atque contracta est antichresis, dicendum est contractam eam esse in fraudem domini directi, & in vicem pacti de retrouendendo, sicuti nec in dubio præsumenda est facta esse in fraudem legitimarum vsurarum, quamuis natura contractus ad hue longè sit procliuior *l. si ea pactione* 14. *Cod. de vsur.* Sed fraus omnimodo probanda est, & quidem aliter quàm ex fructuum perceptione sola. Nam probanda est fructuum quantitas immodica, vt probari possit facta antichresis in fraudem legitimarum vsurarum *dict. l. si ea pactione.* Et similiter probanda est intentio contrahentium, quòd voluerint vendere & emere sub pacto de retrouendendo, vt antichresis possit dici facta in fraudem laudimiorum. Alioqui statim induceretur fœda & nominum & rerum confusio si contractum pignoris & antichresim pro ea venditione accipiamus, quæ facta sit sub pacto de retrouendendo. Præsertim cùm è contrariò, Pactum de retrouendendo adeò sit suspectum apud interpretes, vt venditionem quæ sub eo pacto facta est plerique interpretum habeant pro contractu simulato & pignoratitio antichrestico si quæ læsio dum ne modica interuenerit. Quamuis Senatus noster aliorum sententiam magis probare soleat qui exigunt præterea fœnerandi consuetudinem in emptorem, vt in Codice nostro scripsimus. Ita fiet circulus & circuitus perpetuus si & venditionem factam sub pacto de retrouendendo habeamus pro antichresi, & vicissim ipsam antichresim pro venditione facta sub pacto de retrouendendo. Sed & ratio illa falsa est, qua mouentur nostri vt antichresim habeant pro contractu suspecto & in laudimiorum fraudem facto, quod non possit creditor fructus suos facere quos ex pignore percipit, nisi per mediam translationem dominij Etsi enim verum est regulariter fructus non percipi nec acquiri nisi iure soli *d. l. qui scit* 25. §. 1. *D. de vsur.* Non est tamen id perpetuum. Alioqui nec bonæ fidei possessor fructus suos vnquam faceret cùm non sit dominus soli, nec vsufructuarius, nec conductor. Quæ tamen omnia falsa sunt *l. si fructuarius* 13. *D. quib. mod. vsufr. amitt. leg. bona fides* 48. *De acquir. rer. domin. l. si seruus* 61. §. *locaui de furt.* Nimirum ad fructuum acquisitionem sufficit, quòd percepti sint ex domini voluntate, vt scriptum est *in dict. §. locaui.* Percipit autem ex domini voluntate non minùs creditor cui pignus traditum est, quàm fructuarius & conductor cùm rem obligatam ab ipso creditore ac per ipsius manus acceperit. Ideóque facit suos fructus creditor pignoratitius tùm quoque cùm nulla antichresis contracta est nec de fructibus percipiendis quicquam conuenit, sed hac tamen differentia, quòd ita suos eos facit vt tamen ipsos non lucretur, sed perceptos cogatur in sortem imputare, vt ait *l. 1. 2. & alia pass. Cod. de pignorat. act.* quod antichresi contracta diuersum est, quippe quæ facit vt fructus lucretur creditor nec eos in sortem imputet, quoties licita est. Inde namque nomen suum sumpsit antichresis quod sit, quædam veluti contrafruitio, Vt dum fruitur debitor pecunia creditoris vicissim ac vsurarum loco fruatur creditor pignore, & re debitoris. Quemadmodum alio loco scripsimus, Bonæ fidei possessorem percipiendo facere fructus suos & quidem statim atque à solo separati sunt *dict. l. bona fides & dict. l. si fructuarius*, Sed tamen non priùs eos lucrari quàm vel consumpserit, vel vsu ceperit *l. 4. §. f. si litem D. fin. regund.* iunct. *l. 4. §. lana D. de vsucap. l. certum* 21. *Cod. de rei vindic.* Proinde illa quoque distinctio superuacua est, An rei pignoratæ traditio actualis facta sit, necne, Quia pignoris natura illa est, vt requirat actualem rei obligatæ traditionem, aut eam saltem, quæ fiat per clausulam constituti, Cùm sit ex eorum contractuum genere qui re contrahuntur *§. creditor Instit. quib. mod. re contr. oblig.* iunct. *l. 1. §. creditor quoque D. de oblig. & act. l. si rem* 9. *§. propriè & dict. l. cum & sortis* 35. *§. 1. De pignorat. act.* in eóque maximè differt pignus ab hypotheca *dict. §. propriè*, licèt quantum ad formulam hypothecariam non differant, *l. 5. §. 1. D de pignor.* Sed neque distinctio illa placere potest an pignus datum sit pro debito, quod æquipolleat iusto rei pretio, an non. Etsi enim ita ferè obseruari solet vt pignus sit maioris æstimationis, quò magis cautum sit creditori (quæ præcipua vel potiùs vnica pignoris dandi causa est *l. si mandatus* 59. *§. vltim. D. mandat. l. 4. §. addici D. de fideic. libert.*) nihil tamen vetat dari pignori rem æquiualentem, adeóque etiam quæ sit minoris æstimationis si quando ita conuenerit, Neque enim tam alienum illud est à natura pignoris, vt non facilè hanc patiatur conuentionem. Nec verum est eo casu videri pignus venditum aut datum in solutum, quasi nulla spe reliqua luitionis. An enim pignus eò minùs lui potest, quod pro æquiualenti pretio sit obligatum? An non illa saltem luendi vtilitas superest debitori quod luendo rem suam recuperaturus sit si fortè malit eam habere quàm pecuniam, Puta quod aliquam iustam habeat causam & affectionem ad rem retinendam, quam nec iusto nec iniusto pretio venditam vellet, vt *in l. si in emptionem* 35. *D. de minor. l. 1. §. & alias videamus D. si quid in fraud. patron. l. lex qua tutores* 22. *Cod. de admin. tutor.* Denique nemo dixerit rem pignori datam pro æquiualenti summa eo magis alienatam videri, quamuis nulla luitionis vtilitas sperari posset, Quia certi sunt, & legitimi modi transferendi dominij, inter quos hic non est, vt pignus pro summa æquiualenti detur, Semperque remanet pignus in dominio debitoris, quandiu ius dominij impetratum non est à creditore secundum formam à Iustiniano præscriptam *in l. vlt. C. de iur. domin. impetr.* Generaliter igitur verum est quod defendimus, Nunquam ex causa pignoris deberi laudimium quòd ex ea nullo penitus casu dominium transferatur, Cùm non sit titulus habilis ad inducendam dominij translationem nec si millies actualis traditio secuta proponatur *l. nunquam* 35. *D. de acquir. rer. dom.* iunct. *d. l. pignori* 13. *D. de vsucap. d. § propriè & d. l. cùm & sortis §. 1.* Si modò venditioni factæ sub pacto de retrouendendo color pignoris quæsitus sit. Tunc enim venditio potiùs contracta videri debet, vt plus valeat quod verè actum, quàm quod simulatè conceptum fuit. Cùm tamen apud nos directi domini plerique omnes conquererentur quod per emphyteutarum fraudem

fraudem passim contractus pignorum per antichresim fierent, venditiones verò iam fere nullæ; Placuit edicto Serenissimi Ducis nostri nouum ius induci, vt etiam ex eiusmodi contractibus si antichresis per decennium durauerit, laudimia ex decennij præterito die debeantur. Quod tamen ipsis edicti verbis ad futuras antichreses restrictum est ne quis fortè ius nouum & à legibus nostris alienum ad præteritas quoque vellet extendere, nec si per decennium ab edicti publicati die durasse proponerentur. Idque nonnullis etiam Senatus nostri decretis ita interpretatum est.

ERROR V.

De locatione ad longum tempus, & an laudimium ex ea debeatur.

PErinde absurda videri possit hæc quæstio atque illa de qua proximè diximus apud eos qui omnia æstimant ex mera, veráque iuris ratione. Tam enim certum est ex locatione dominium transferri non posse quàm ex pignore cùm neuter titulus habilis sit ad transferendum dominium *l. non solet 39. D. locat.* vbi quod dicitur non solere locationem dominium mutare, non ita accipiendum est quasi aliquo casu mutet, sed sic potiùs vt nullo casu possit mutare: Cùm ne quidem possessionem transferat, quia conductor non sibi sed domino possidet *l. 2. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* quamuis in possessione illum esse necesse sit, vt re conducta frui possit. Sed aliud nimirum est possidere, aliud esse in possessione *l. si quis ante 10. D. de acquirend. possess.* In eóque melior conditio est creditoris pignoratitij quàm conductoris. Creditor enim etsi æquè scit rem alienam se possidere *l. pignori 13. D. de vsucap.* sibi tamen non debitori possidet quod ad omnia, præterquàm quod ad causam vsucapionis *l. seruo nomine 16. eod. tit.* Conductor verò in possessione tantùm est, fruendi duntaxat gratia, eóque nomine præstat pensionem domino, qui per eam pensionis perceptionem non tantùm rei suæ possessionem retinere, sed etiam re ipsa frui intelligitur *l. non vtitur 38. cum seq. D. de vsufr.* Vnde illud etiam est quod creditores pignoratitij tanquam verè possidentes habent interdictum Vti possidetis, quod non habent conductores & cæteri qui tantùm sunt in possessione *l. 3. §. creditores D. de vti possid. iunct. l. officium 9. D. de rei vindic.* Ergo si ea causa pignoris laudimium nunquam debetur vt superiore capite disputauimus, multò magis dicendum est ex conductione nullum deberi: Adeò vt nec fortassis in locatione adhibenda sit illa exceptio, quam in pignore antichrestico adhibuimus, Nisi in fraudem domini directi ac laudimiorum facta locatio proponatur. Non enim video qua ratione vel arte possit per locationem fraus fieri laudimio, vel quonam demùm casu possit locatio euadere in alienationem, cùm nullum ius conductor habeat percipiendorum fructuum, nisi beneficio pensionis quàm locatori annuam soluit, vt ex pensionis solutione appareat locationem durare, quæ porrò cum acquisitione dominij non potest consistere *l. neque pignus 45. De reg. iur.* Vnde est, quod nec si per triginta vel quadraginta annos durauerit, vlla tamen conductori potest competere præscriptio, nec magis triginta vel quadraginta quàm decem annorum *d. l. 2. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* Atque ita interpretes quoque omnes sentiunt in locatione quæ facta sit ad breue tempus, id est quod sit breuius decennio, tametsi sæpius renouata fuerit, atque ita per plures annos durauerit. Et eo sensu admittunt procedere omnia, quæ modò diximus. Sed in locatione facta ad longum tempus non minus decennio, aliud esse volunt magis communiter, vt eiusmodi locatio species quædam sit alienationis, ea qua proinde laudimium debeatur. Sic enim ex communione nostrorum sententia concludit Amedeus noster *Quæst. laudim. 34.* ne authores hîc omnes congeram, quos ille refert contra Boer. *quæst. 234.* & alios ibid. citatos. Ratio vnica, quam omnes afferunt, illa est quòd per huiusmodi locationem transferatur ius in re, & vtilis in rem actio conductori acquiratur, *Ex l. vlt. D. si ager vectig. vel emphyt. petat. & l. 1. § quod ait D. de superfic.* Quibus tamen locis non simpliciter de conductione agitur, quæ facta sit ad longum tempus, de qua nunc loquimur, sed de fundo vectigali, vel emphyteuticario, vel superficiario qui locatus sit vel in perpetuum, vel saltem ad non modicum tempus non solùm constituta certa pensione annua, sed illa etiam lege adiecta vt quandiu vectigal aut pensio soluetur non possit dominus rem auferre conductori, vt scriptum est *in l. 1. D. si ager vectig.* Hæc enim pactio illa est, quæ ius in re & in rem præbet conductori, propter ius retentionis quod ei tribuit, vt inuito etiam domino possit rem sibi retinere: quod in cæteris vulgaribus & ordinariis conductionibus diuersum est. Ex qua *l. 1.* supplendum est quod scribit Paulus *in l. id est 74. de rei vendic.* Superficiarium eum esse qui in alieno solo superficiem ita habet vt certam pensionem præstet, nimirum eo prætereà concurrente, vt quandiu pensio præstabitur, auferri ei res à domino non possit, Alioqui simplex erit conductor superficiei, non etiam superficiarius. Accedit enim proximè ius superficiei ad ius vectigale aut emphyteuticum, Sicut & vtrumque ius hoc vectigale & emphyteuticarium proximè accedit ad locationem, Ita vt dubitatum olim fuerit apud ipsos etiam prudentes an emphyteusis esset locatio, vt Iustinianus refert *in §. adeo Inst. de locat. & conduct.* Nempe propter magnam similitudinem quam habet id genus contractus cum locatione. Sed tamen quoniam habet maximè quod differentia, nec minùs proximè accedit ad venditionem, vel ob id maximè quod alienationis speciem quandam continet, cùm faciat vt ab inuito possessore dominus auocare rem non possit. Ideóque bene placuit nouum hoc esse & tertium genus contractus à locatione ac venditione distinctum: A quo proinde nihil inferri potest ad locationem quandoquidem, vt est in vulgari nostrorum brocardico non benè à separatis infertur *vt l. Papinianus 26. D. ex quib. caus. maior.* Nam si pones locationem non modò ad longum tempus factam esse, sed hoc etiam addito vt quandiu soluetur pensio non possit locator rem suam à conductore auocare, iam erit emphyteusis non locatio, & hoc demùm casu admittam & habiturū conductorem ius in re, & per consequens laudimia debiturū quæ ex emptione aut alia qualibet alienatione debuisset. Nam & emphyteusis species procul dubio quædam est alienationis *l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* Non eo sensu quo in eadem lege dicitur etiam pignoris dationem alienationis nomine contineri, quippe quòd per eam ad alienationem perueniatur vt superiore capite explicauimus, sed per se & absolutè, quia quisquis rem accipit in emphyteusim iam inde ab initio totum ius suum nanciscitur rei in perpetuum etiam inuito domino retinendæ, nec si per mille annos rem retineat plus iuris sibi acquirere vnquā potest, quamuis ex variis causis & pluribus casibus amittere rem possit *l. vlt. C. de iur. emphyt.* Neq; tamen hoc volo sic accipi, vt putem cū interpretibus in conductorem & possessorem fundi vectigalis aut emphyteuticarij dominium vtile transferri. Semper enim negaui &

negabo, aliquod esse dominium vtile quod separari à directo possit, sed quia vix est vt non alienatum quodammodo videri debeat id quod neque dominus vindicare vnquam possit neque possessor inuitus cogi vt domino restituat propter ius illud quod habet, vt diximus, retentionis. Qua de causa videtur Tribonianus, licet propriè loquendi parum studiosus *in d. l. vlt. C. de iur. emphyt.* cùm de venditione per emphyteutam facta loquitur, non ita loqui vt dicat emphyteutam rem ipsam vendere aut in alium transferre sed emphyteusim tantùm, id est meliorationis in rem alienam factas, & ius suum emphyteuticum, vt doceat rem ipsam emphyteuticariam, quia non est emphyteutæ nec alienari ab eo nec transferri posse, sed tantùm à domino directo, tanquam qui solus sit dominus rei. Habet tamen vtilem actionem in rem. Fateor, quam scilicet dat Prætor ex æquitate non ex legibus: neque ex iuris ciuilis ratione. Ob idque appellatur vtilis, & dicitur à Paulo *in l. tutor 16 §. 1. De pignor. act.* vbi quod scriptum est, superficiario dari vtiles actiones hodie ex natura & vi ac potestate contractus, sed ex mera æquitate, & indulgentia Prætoris. Nempe quia rem illam habet in bonis suis, ob idque habet eum Prætor pro domino bonitario, quod sufficit vt det illi vtilem actionem in rem, vt cernere etiam est in Publiciana quam idem Prætor dat ei qui in cursu tantum vsucapiendi est, necdum vsucepit tanquam habenti rem in bonis licèt iure ciuili nullomodo sit eius dominus *l. 1. & pass. D. de Public. in rem act. & § namque Instit. de action.* Non est igitur bona illa interpretum collectio, vt quia conductor ad longum tempus habet aliquod ius in re, & ob id actionem in rem habendus tamen sit pro domino saltem vtili: quia non omne ius in re aut in rem parit dominium, Alioqui etiam creditor pignoratitius dicendus esset dominus saltem vtilis, cùm negari non possit, quin habeat ius in re quandoquidem certissimum est vinculo pignoris rem ipsam affici, non personam *l. pignoris 17. D. de pignor. l. pignoris 15. C. eod.* Sed neque verum est cuilibet conductori ad longum tempus competere ius in re, aut tam generaliter interpretandum esse quod ait *d. l. vlt. in. si ager. vectig.* vt de quolibet conductore ad longum tempus intelligatur. De illo enim solo intelligi debet, qui præterea ex conuentione ius illud habet vt quandiu pensionem soluet, non possit ei res auferri. Qua pactione interueniente vereor ne idem sit dicendum, etiamsi conductio non ad longum tempus facta proponatur. Cùm *in d. l. fin.* non adhibeatur hæc distinctio, quam desumunt, & supplent Interpretes *ex dict. l. 1. §. quod ait D. de superfic.* quo tamen loco non de conductore fundi agitur, de quo *in d. l. vlt.* sed tantùm de conductore superficiei, quem tantò minus iuris habere æquum est quantò minus est habere ius in superficie, quàm in fundo ipso. Vt difficilior sit Prætor in danda actione aliqua vtili, superficiario, quàm ei qui fundum habet vectigalem, vel emphyteuticarium: Nam in his non distinguit, an conduxerint fundum vectigalem vel emphyteuticarium in longum tempus, an in breuius; quomodo distinguit in superficiario *d. §. quod ait.* Et superficiarium minus iuris hac parte habere quàm cæteros, ex eo quoque apparet quod Prætor edicto suo speciale interdictum superficiario proposuit, De quo *in Tit. de superfic. & in l. Aquilius 27. D. de donat.* secundum eam loci illius emendationem, quam in præcedentibus attulimus, cùm docuimus pro *fructuario* legendum ibi esse *superficiario*. Quo interdicto vtilem quoque actionem De superficie causa cognita daturum se Prætor pollicitus est, qui tamen de cæteris ius aliquod in re habentibus nihil nominatim dixit, nec interdictum aliquod speciale [illegible] contentus solâ rei æquitate, & suæ [illegible] potestate. Multa enim facit Prætor pro sua iurisdictione [illegible] clam: Sicut & multa sunt quæ authoritatem legis exigunt, vt ea Prætor facere possit. Ergo non illud tantùm inspiciendum est, quod vnum inspiciunt interpretes, an locatio facta sit ad longum tempus, sed hoc potissimum, an facta sit eo pacto adiecto, vt quandiu pensio soluetur possit conductor rem retinere. Quod si neque actio hæc sufficit in superficiario, nisi etiam illud conueniat vt superficiem ad longum tempus conduxerit, Quantò magis dicendum est in cæteris conductoribus qui minus iuris habent, quàm superficiarius in eo quod eiusmodi conuentione non nituntur, nihil eis prodesse debere quod ad longum tempus conduxerint: siquidem plus potest illa pactio ad rem afficiendam, quàm longi temporis ratio. Nam si tempus per se non est modus tollendæ aut inducendæ obligationis personalis *l. obligationem fere 44. §. placet De verb. obligat.* ita vt ne quidem possessio longi temporis coniuncta cum titulo & bona fide dominium vllum posset tribuere, sed tantùm præscriptionem & exceptionem *Tot. tit. Cod. de præscript. long. temp. l. præscriptio 45. in princip. D. de vsucap.* Quanto minùs poterit esse modus per se acquirendi, vel amittendi dominij? Quòd si ponas ita factam esse locationem, vt quandiu pensio soluetur, non possit res auferri conductori siue ad longum siue ad breue tempus facta sit, iam non erit simplex locatio, sed in alium degenerabit contractum, fietque ex locatione emphyteusis, quoniam & ad tempus constitui emphyteusis potest, licèt in fundis vectigalibus aliud sit quos necesse est in perpetuum fruendos dari *d. l. 1. in princip. si ager vectig.* Emphyteusis enim omnes formas & conuentiones admittit quæ contrahentibus placent, nec aliam habet naturam, quam quæ certis conuentionibus constituta est *l. 1. C. de iur. emphyt.* Cæterum extra emphyteusim non potest in locatione communi valere conuentio vt non liceat domino eodémque locatori rem suam à conductore reuocare *l. cum precario 12. D. de precar.* egrediturque ea res notissimos locationis terminos, vt loquitur *l. Lucius 24. D. depos.* Ex quo intelligimus, contractum locationis minùs capacem esse fraudis comminiscendæ aduersus dominium directum, quàm sit contractus pignoris, Quoniam in antichresi valde suspecta est illa pactio, si conueniat inter debitorem & creditorem, vt ante certum tempus lui pignus non possit. Debet enim libera esse debitori luitio pignoris non solùm ne antichresis in fraudem legitimarum vsurarum facta esse videatur, in quo Theologi quoque cum interpretibus nostris consentiunt, sed etiam ne quid in fraudem domini directi, & laudimiorum excogitatum dici possit. Et ad has demum antichreses, id est sic factas vt non liceat debitori pignus luere ante certum tempus, putabam ego restringendum ius illud nouum quod edicto Principis nostri inductum diximus, De laudimiis ex contractu antichrestico post decennium soluendis quod solæ illæ sint suspectæ, & ad venditiones propriùs accedant. Pluribus tamen placuit, tandémque obtinuit contraria sententia, vt in qualibet antichresi etiam quæ liberè lui posset idem iuris constitueretur.

***

ERROR

ERROR VI.

De moderatione laudimij ex locatione ad longum tempus facta debiti. Et de venditione fructuum & de constitutione vsusfructus.

QVi defundunt ex locatione ad decennium facta laudimium deberi tanquam ex alienatione, in eo maximè laborant, & laborandum habent. Ad quam vsque quantitatem laudimium æstimari hoc casu debeat. Et fateri tandem coguntur ratam esse moderandam arbitrio iudicis vt concludit Amedeus à Ponte *quæst.* 34. Nam quod Iustinianus constituit *in l vlt, C. de iur. emphyt.* vt sit quinquagesima pretij, certum est ad hunc casum aptari non posse. Cùm neque pretium vllum sit in locatione, neque integri decennij pensiones possint æquiualere vero rei pretio, vt manifestissimum est. At neque rursus potest, in hoc casu remedium illud indici, quod in alijs contractibus alienationum quæ pretium nullum habent inducere solemus, vt in permutationibus, donationibus, & dotibus Vt scilicet res alienata æstimetur, & pro laudimio quinquagesima pars æstimationis præstetur, aut alia portio quanta laudimiorum nomine ex loci consuetudine præstanda est, Iuri siquidem scripto hac parte derogatum est generali locorum ferè omnium consuetudine, nec vspiam gentium, quod sciam quinquagesimæ vllus amplius vsus est. Quis enim æquum putet, vt locata res æstimetur, & ex æstimationis comparatione quinquagesima sumatur: Cùm is qui rem suam locat certis pensionibus non id agat vt rem suam aut ipse æstimet, aut ab alijs æstimari velit, sed tantùm vt rei suæ fructus annuos tanti faciat quanti pensio est In...tionē accedere propiùs ad fructuū venditionē, licèt ab ea in plerisque differat vt alio loco docuimus: Sed ex hoc ipso intelligimus tantò magis distare locationem à venditione rei, quantò distat longiùs res ipsa à fructibus, & pretium rei pretio fructuum. Idque nec diffitentur ij ipsi interpretes, qui contra nos sentiunt, Fatentur enim, quod & verissimum est, ex venditione fructuum, quanticumque temporis illa sit laudimia nulla deberi, quòd ex ea, inquiunt, nullum ius in re, nec in rem transferatur, vt ex Aluaroti & veterum omnium sententia scribit Amedeus *dict. quæst.* 34. Licet subijciat aliter pronunciatum fuisse à Senatu Pedemontàno, vt etiam ex fructuum venditione vltra nouennium facta laudimium debeatur. Quod tamen mihi prorsus improbabile videtur nec minus ab interpretum traditionibus quàm à iuris ratione alienum. Et tamen apertissimum est propiùs accedere venditionem fructuum ad ipsius rei venditionem quàm accedat locatio, Quoniam licèt locatio sit rei non fructuum, nihil tamen in conductorem transfert nisi commodum & emolumentum percipiendorum fructuum, Vt proinde duplici extensione aut potiùs conuersione opus sit ad transmutandam locationem quantumuis longi temporis in alienationem, Vna est vt ex locatione fiat venditio, Altera vt venditio fructuum fiat venditio rei: quæ tamen posterior multò facilior est, quàm prior. Cùm non fiat de vna specie ad aliam speciem contractus, sed tantùm de vna contractus materia ad aliam eiusdem contractus materiam. Aliter namque venditiones contrahuntur, aliter locationes *lege tenendum* 63. *Digest. de ædilit. edict.* Non etiam aliter venditio rei, aliter venditio fructuum quamuis aliæ atque aliæ sint conuentiones *lege in ædibus* 9. §. 1. *D. de donat.* Vnde etiam fit vt multò facilius sit fraudes comminisci per venditionem fructuum quam per locationem fundi ad longum tempus in necem domini directi ne laudimia ei vlla debere vnquam possint. Quæ sola ratio errandi causam tribuit ijs qui ex venditione quoque fructuum laudimium deberi volunt. Igitur cùm neque in locatione ad longum tempus, neque in fructuum venditione pretium vllum sit, neque ratio vlla ineundæ æstimationis rei, quæ ipsa vendita non est, sed tantùm locata, aut cuius tantùm fructus sunt venditi, Apparet nihil esse ex cuius comparatione laudimij quantitas & computatio iniri possit. Nihil siquidem commune habet æstimatio rei cum æstimatione fructuum, vt circa legis Cinciæ interpretationem quæ certum modum donationibus imposuerat, Pomponius tractat in *d. l. in ædib.* 9. § 1. *D. de donat.* Nec illud quoque possum prætermittere quod nondum dixi, Non posse fieri venditionem fundi ad tempus, quoniam iuris ratio non patitur vt dominia vnquam ad certum tempus transferantur, Ideoque nec ex causa temporali transferuntur sed ex perpetua tant... *l.* 1. *D. de iur. dot.* quia vbi semel acquisitum est dominium non potest amitti nisi certis modis, inter quos non est tempus. Fac ergo siue locationem fundi, siue venditionē fructuum, in quam longum tempus voles. Nunquam assequeris vt dominium vllum trāslatum intelligatur, quia non nisi ad tempus illud translatum esse posset: quod ratio iuris non admittit. Sed etsi poneres venditionem fructuum factam esse in perpetuum, etsi maxima subesset suspicio fraudis excogitatæ. Vix tamen adhuc crederem laudimia deberi, quoniam ad vitam emptoris ea conuentio referri potiùs deberet, vt de societate in perpetuum inita scriptum est *in l.* 1. *D. pro socio.* Ne alio qui semper abscedente commodo fructuum inutilis maneret proprietas penes venditorē. Quomodo dicimus fore vt inutiles essent proprietates constituto vsufructu nisi ita comparatum esset vt certis modis vsufructus amitteretur *l.* 3. *D. de vsufr.* Quod si adderes, Etiam de hærede locutam conuentionem vt ad eum quoque perpetua illa fructuū venditio pertineret (nemo enim dubitat quin conuentione id fieri possit, cùm ex cæteris ferè causis omnibus quisquis sibi stipulatur etiam hæredibus suis prospicere velle censeatur, tametsi de ijs nihil prorsus exprimat *vulg. l. si pact.* 9. *D. de prob.*) adhuc tamen dicerem, Ita interpretandam conuentionē vt primi hæredis personam non egrederetur, quemadmodum de vsufructu à Iustiniano constitutum est *in l antiquit.* 14. *C. de vsufr.* Quid ergo, si venditio fructuum sic concepta est vt omnes hæredis gradus etiam remotissimos complectatur? Non eò magis tamē addmittam deberi luadimium ex eiusmodi venditione, nisi addas constitutum ea venditione vnicum pretium pro fructibus omnibus in perpetuum percipiendis. Quo certè casu sicuti non posset dubitari, quin pretium illud esset ipsius rei potiùs quàm fructuum tam propter abdicatam spem omnem rei vnquam recuperandæ, quàm quia vel viginti duntaxat annorum fructus computari ad ratam vsurarum quincuncium iustu sei pretio æquipollere credantur, quemadmodum vsuræ quicunces anno demùm vicesimo æquant sortem: Ita certè fatendum esset, si aliud nihil obstaret, laudimium deberi ex comparatione pretij, quod perpetuæ fructuum vēditioni vnicum esset constitutum. Nihil enim ex eo absurdi sequeretur. Sed si poneres venditos inperpetuum fructus annuos certo pretio in singulos annos constituto, dicerem nullum deberi posse laudimium, quia neque pretium vllum esset, neque aliud quicquam vice pretij ex quo posset sumi comparatio ad ineundam, & computandam laudimij quantitatem, nisi fortè vellet quis dicere tot esse soluenda laudimia,

quot essent pretia in singulos annos constituta, quod esset absurdissimum. Quis enim dicat tot esse hoc casu venditiones quot sunt anni? Cùm etiamsi in annos plures annuum quid stipulatus aliquis proponatur, non tot stipulationes esse placeat quot sunt anni, sed vnicam duntaxat stipulationem, quamuis in legato annuo diuersum sit *l. si Stichum* 16. §. 1. *De verb. obligat.* Porrò si plures non sunt venditiones, nec illud sanè fieri potest vt plura laudimia debeantur. Enimuerò vt ne vnum quidem laudimium deberi existimem, illud etiam me non parùm mouet, quod post factam quoque perpetuam fructuum venditionem, nihil vetat dominum ipsam rem alicui vendere ac tradere, atque ita eius dominium in alium transferre: Verissimum enim est, quod pragmatici nostri iactitant, Locationem dissolui per venditionem fructuum, Ipsam verò fructuum venditionem, per subsequentem venditionem fundi. Nec videri potest hoc casu eadem res duobus vendita, vt & emptor fructuum potior haberi debeat, tanquam cui priori res tradita sit ex *l. quoties* 15. *C. de rei vindi.* & in crimen falsi aut stellionatus incidat venditor, quomodo incidit is qui eandem rem duobus vendidit aut pignorauit *l. qui duobus* 18. *D. ad leg. Cornel. de fals. l. si is qui* 11. §. 1. *D. de pignor. l.* 3. §. 1. *De crimin. stellion.* Cùm aliud sit rem vendere, Aliud verò rei fructus, vt iam diximus ex *d. l. in edibus* 9. §. 1. *D. de donat.* Nec certè minùs alieno nomine possidet emptor fructuum quàm conductor, licèt fructus cogat suo nomine tanquam emptor *l. Pompon.* 29. *D. quib. mod. vsusfr. amitt.* Quis verò æquum putet, vt is, cui in perpetuum fructus sunt venditi perinde teneatur laudimia soluere atque si alienatio rei in eum facta esset, & ei tamen res auferatur ab illo qui posteà fundum emit: Quinimò si verum amamus, quomodo fieri potest vt venditio illa fructuum quantumuis perpetua, venditionis fundi & alienationis vim habeat, cùm impedire non possit, quominùs alteri fundus vendi possit? Alinqui duæ erunt eiusdem fundi venditiones in solidum, & duo eiusdem rei domini vtiles in solidum: quod planè iuris ratio non admittit. Ex quo intelligimus, tùm quoque cùm facta esset perpetua venditio fructuum vno pretio, adhuc tamen posse defendi nullam intelligi factam alienationem, nullàque laudimia deberi, si non prætereà illud concurrat, vt conuenerit, ne res illa vendi possit constituto emptori iure in rem ipsam per obligationem pignoris specialem, aut generalem quidem, sed cum clausula constituti, quæ impediat ne alienatio sequi possit, Iuxta *l. si creditor* 7. §. *vltim. D. de distract. pignor.* de cuius tamen sententia & emendatione videri volumus, quæ alibi scripsimus. Denique aliquod ius in re acquisitú esse oportet emptori fructuum, vt ex doctrina quoque interpretum venditio fructuum venditioné & alienationem ipsius fundi includat. Quomodo euenire diximus in fundo vectigali, vel emphyteuticario: Quia quandiu fundus auferri possessori & alienari potest, nullomodo alienatus videri debet, tametsi competitura sit emptori fructuum aut conductori actio personalis ad indemnitatem, id est vt quicquid eo nomine ipsius interetit præstetur. Nihil enim commune habet actio personalis cum iure dominij, adeóque nec cum iure vllo quod rei cohæreat. Potest autem venditioni fructuum siue temporali, siue perpetuæ, quæ non vno pretio facta sit, sed constituto pretio in singulos annos, meliùs conuenire pactio illa vt quandiu pretium venditionis fructuum soluetur non possit res auferri emptori. Nam cùm vno pretio facta venditio est, solutúmque semel pretium, nihil faciendum superest ex parte emptoris, quod facere possit, vt ad venditorem eundémque dominum res redeat vllo casu, ideóque difficilius est, vt id genus contractus in emphyteusim transeat, aut quid simile habeat cum emphyteusi, vt proinde tantò etiam alienius sit, vt ex eiusmodi contractu laudimium debeatur. Quid ergo si vsusfructus venditus fuerit, aut aliter constitutus ab eo, qui cōstituendi ius habuerit: Est enim longe aliud Fructus vendere, Aliud verò, vsumfructum constituere: cùm vsusfructus sit quid distinctum à perceptione fructuum, quia vsusfructus in iure consistit fructuum autem perceptio in facto *l. si vsusfructus* 66. *D. de iur. dot.* Nec rursum negari potest, quin vsufructuarius habeat ius *in re l.* 2. *D. de vsufr.* prohibitaque alienatione etiam vsusfructus constitutio prohibita intelligatur *l. vltim. Cod. de reb. alien. non alienand.* An ergo erit consequens vt ex vsusfructus constitutione laudimium debeatur? Ita plerique putant, distinguentes constitutiones vsusfructus à venditione fructuum, vt refert Amedeus à Pont. *dict. quæst.* 34. *post apostill. ad Bald. in cap.* 1. *in verb. alienationes De his qui feud. dar. poss.* Ita vt feudatarius vel emphyteuta fructus quidem possit vendere, sed alium vsufructuarium facere non possit Glos. *in cap.* 1 §. *prætereà De capit.* Corrad. Petr. Iacob. *in verb. ita etiam quod num.* 14. Alex. *cons.* 18. *num.* 6. *volum* 5. Cremon. *sing.* 85. Hippol. de Marsil. *ad l.* 1. §. *cum quidam De quæst.* Ego tamé adhuc contrà puto. Sunt. n. omninu separata iura vsusfructus, possessionis, & proprietatis, neq; permisceri debent, vt ait *l. penultim. D. de acquir. possess.* Iunct. *l. naturalit.* 12. § *nihil commune eod.* Et quamuis prohibita siue per legé, siue per hominé alienatione, vsusfructus quoque constitutio prohibita intelligatur *dict. l. vltim. Cod. de reb. alien. non alienand.* Non ideò tamen bona consecutio est, vt qui vsumfructum alicuius rei constituit, rem ipsam ideò alienare censeatur, non magis quàm qui dat pignori, de quo diximus in præcedentibus, & cuius tamé æquè métio fit *in dict. l. vlt.* Imò contradictionem implicat vt qui in re aliqua vel pignus vel vsumfructum constituit, licèt transferat ius in re, ipsam tamen rem alienare existimetur, cùm fieri nequeat vt eiusdem rei idem & dominus sit & fructuarius, aut pignoratitius *l. vti frui* 5. *D. si vsusfr. pet. l. neque pign.* 45. *De regul. iur.* Quis enim dubitat quin ille ipse qui vsumfructum alicui constituit, possit adhuc eiusdem rei proprietatem alteri vendere: Idque in vsufructu tantò certius est, quod sui natura finitur ille certis & pluribus modis, nec vnquam patitur illam connexionem vt sit perpetuus, & æternus, Ne vt iá dixi maneat inutilis proprietas semper abscedente vsufructu *dict. l.* 3. § 1 *D. de vsufruct.* Nec quod vsufructuarius habeat ius in re ad vendendum fructum inuito quoque proprietario, & ius ceterioris eiusmodi vt inuito ei quandiu vsusfructus durabit, auferri res non possit, facere potest, vt vsusfructus constitutio alienationi, aut Emphyteusi similis videri debeat, Cùm neque directum, neque vtile dominium habeat fructuarius, quemadmodum nec olim habebat bonitarium, non magis quàm quiritiarium, adeóque nec veram & ciuilem possessionem, sed naturalem tantùm quæ in detentatione mera consistit *dict. l. naturaliter* 12. *in princip. D. de acquir. possess.* quia scilicet non sibi possidet sed domino quamuis sibi & suo nomine fructus percipiat vt & conductor *l. certè* 6. § *si qui rogauit D. de precar.* Qui ergo fieri potest, vt ob constitutionem vsusfructus laudimia vlla debeantur, cùm nullo casu ne per fraudem quidem possit vsusfructus constitutio in alienam aut emphyteusim degenerare? Fateamur igitur quod res est, neque ex locatione, neque ex venditione fructuum, neque ex constitutione vsusfructus laudimia deberi vlla posse. Poteram addere varias quæstiones alias ad hunc tractatum De laudimiis pertinentes nec inutilea,

les, & in quotidiano vsu forensi positas. Sed quoniam Chiliadis meæ portum hic iam video, & ex iis quæ hucusque disputauimos, quid de aliis sentiendum sit intelligi facilè potest, Tum multa de laudimialibus quæstionibus dixisse sufficiat. Reliquam huius postremæ Decadis partem aliis difficultatibus & subtilioribus concludemus, Memores id etiam à nobis in præcedentibus promissum fuisse quod nunc præstamus.

ERROR VII.

Si data sit in solutum res quæ posteà fuerit euicta, An contingat liberatio vt prima actione amplius agi non possit, An sola supersit vtilis ex empto.

VTilis & in praxi non infrequens quæstio est, si debitor creditori in solutum dederit rem quæ postmodum euicta fuerit, An ressuscitetur obligatio quæ per dationem in solutum extincta fuerat, & cum obligatione illa primæua fideiussores quoque & pignora quæ primæ obligationi accesserant, Sunt enim hac de re varij iuris nostri loci qui ab interpretibus sic accepti sunt quasi pugnare inter se videantur. Etsi autem de quæstione ista iam multa scripsimus in Codice *ad Defin. 20. De euict.* nondum tamen satis multa vt tota hæc quæstio, & quid ex iuris ratione ad eam respondendum sit benè intelligatur. Illud primum constat, Aliud quidem pro alio solui inuito creditori non posse *l. 2. §. mutui D. de reb. credit.* At tamen rem pro pecunia solutam volenti creditori parere liberationem *l. si non sortem 26. §. si centum D. de condict. indeb. l. manifesti 17. C. de solut.* Sed de hoc tantùm dubitari potest, an ita demum id obtineat si res quæ in solutum datur, fiat accipientis pleno iure & adeò irreuocabiliter vt auferri ei nunquam possit? Mihi certè ita semper visum est & videtur. Si enim posteà rem illam euinci contingat siue dominij, siue pignoris iure quod ea res aut aliena fuerit, aut alij obligata, non possum ferre vt liberatus debitor videri debeat, cùm creditori satisfactum dici non possit. Sic namque Pomponius *in l. si rem meam 20. D. de solut.* Si rem, inquit, meam quæ iure pignoris alij esset obligata, debitam tibi soluero, non liberabor, quia auocari tibi res possit ab eo qui pignori accepisset, Et *in l. si creditor 20. eodem titul.* Si seruus pignoratus à creditore venierit quamdiu redhiberi potest non liberari debitorem sicut in quolibet pignore vendito quamdiu res inempta fieri possit. Sed apertius Marcianus *in l. si quis aliam 46. eodem tit.* Si quis aliam rem pro alia volenti soluerit & euicta fuerit, remanet pristina obligatio, Adeoque si pro parte fuerit euicta, Tamen pro solido durat obligatio. Nam non accepisset re integra creditor nisi pro solido eius fieret. Sed etsi duos inquit, fundos pro debito dederit, euicto altero fundo remanet integra obligatio. Tunc ergo, inquit, res pro re soluta parit liberationem cum pro solido eius facta fuerit. At omnium apertissimè Paulus *in l. qui res 98. in princip. eodem tit.* tractant de eo qui cùm res suas pignori obligasset, tùm ex iis aliquas pro filia in dotem dederat euictas postmodum à creditore, Non dubitat quin maritus ex dotis promissione agere possit, Ac si statuliberum, inquit, aut rem sub conditione legatam pater pro dote soluisset, Mox rationem hanc affert, Quod harum rerum solutio non possit, nisi ex euentu liberare, scilicet, inquit, quo casu certum sit eas penes maritum remanere. At in contrarium illud monet quod contractus dationis in solutum simillimus sit emptioni & venditioni, ob idque si res quæ in solutum data fuit euicta sit, competere ex hac causa soleat ex empto actio saltem vtilis, ad exemplum directæ quæ competeret euicta re vendita, vt disertè scriptum est *in l. si prædium 4. C. de euict. & in l. eleganter 24. D. de pign. act.* Quam vtilem ex empto actionem constat esse nouam actionem cùm ex euictione nascatur, non veterem illam quæ ante dationem in solutum ex primo contractu competebat. Videtur namque recessum à primo contractu vt ait Vlp. *in d. l. eleganter.* Nec solum si quid in solutum sit datum pro debita quantitate, sed etiam si creditor impetrauerit à Principe vt pignus possideret iure dominij. Qui tamen casus multo minùs ad emptionem accedit quàm si res ipsa obligata in solutum à creditore data proponeretur. Ne quis autem putet otiosam esse hanc quæstionem quasi parum intersit, an debitor ex prima obligatione teneatur post euictionem an vtili actione ex empto, Rectè notant interpretes. Imò verò multum interesse vtra actione debitor conueniatur, Nimirum propter fideiussores & pignora si qua accesserint priori obligationi. Nemo enim nescit si prima illa principalis obligatio extincta sit siue solutione, siue quo alio genere satisfactionis, Non posse fideiussorum & pignorum obligationes quæ non nisi accessoriæ sunt subsistere, Neque rursum in actionem ex empto transire quæ alia nec nisi personalis actio est nullum habens priuilegium taciti pignoris si non expressim conuenerit de pignore. His nimirum & legibus & rationibus in vtramque partem agitati interpretes duce semper & antesignano post Accursium Bartolo, vt se hinc euoluant & explicent coguntur distinguere, An in solutum data sit res pro re, vt *in d. l. si quis aliam 46. D. de solut.* an verò res pro pecunia vt *in d. l. si prædium & d. l. eleganter.* Primo casu admittunt non aliter tolli posse obligationem primam per dationem in solutum, quàm si res quæ soluitur ita fiat accipientis vt ei acquiratur irreuocabiliter nec auferri vnquam ab eo possit. Ideòque secuta tandem euictione primam obligationem non tam ressuscitari (quod esset contra iuris regulam quæ obligationem semel extinctam reuiuiscere nunquam patitur *d. l. qui res 98. §. aream De solut.*) quam extinctam nunquam fuisse ac proinde agi ex ea posse, non minùs contra fideiussores & in pignora quàm aduersus ipsum debitorem. Tanquam qui ex postfacto appareat nunquam fuisse liberatus. Altero autem casu negant aut reuiuiscere primam actionem nec magis hypothecariam aut fideiussoriam quàm principalem, solam ex empto actionem competere eamque vtilem ad exemplum actionis directæ ex empto *d. l. si prædium & d. l. eleganter*, Huius autem dissimilitudinis rationem illam afferunt, quod cùm res pro pecunia soluitur contractus sit emptioni simillimus, in quo scilicet ex vna parte species, ex altera interuenit pecunia *l. 1. De contr. empt. l. vlt. De condict. caus. dat. l. naturalis 5. §. 1. De præscrips. verb.* Cùm verò species pro specie in solutum datur, contractus sit innominatus Do vt des. In quo genere contractuum placet necessariam esse ad implementum translationem dominij nec prius contractum videri perfectum, quam dominium pleno iure in accipientem translatum sit, vt & in permutatione euenit *d. l. vlt. De condict. caus. dat.* Cùm tamen in venditione aliud obtineat, & consequenter in contractu simillimo emptioni vt rem venditam tradi à venditore sufficiat nec dari sit necesse *ex empt. 11. §. 2. & pass. D. de action. empt.* Solent enim contractus innominati naturam assumere nominatorum quibus sunt similes *l. naturalis 5. §. vltim. l. Titius 34. De præscr. verb.* Atque ita nostri passim post Accursium &

Bartolum ratiocinantur. Nec tantùm quod ad obligationem personalem, sed etiam quantum ad fideiussorea & pignora, vt nimirum si ex contractu innominato translatum non sit plenè dominium quod transferendum fuit, neque fideiussores liberati possint dici, neque extincta pignora. Si verò nihil nisi traditionem fieri oportuit quæ facta sit licèt secuta euictio proponatur, non magis eum fideiussoribus aut in pignora agi possit ex primo contractu quàm aduersus ipsum debitorem. Quod omnium apertissimè post Petrum & Cynum contra Butrigarium defendit Baldus ad *l. libera 8. Cod. de sentent. & interloc. omn. iud.* Mihi verò ista distinctio semper visa est ex interpretum nostrorum ingenio ad conciliandos textus quin alioquin conciliari non posse videbantur, excogitata quàm ad rationem iuris accommodata. Primum quia video Paulum in *dict. l. qui res 98. in princip. De solut.* casum manifestè tractare, quo species quæ pro pecuniaria dote fuerat obligata, eadem in solutum data fuerit, Nec tamen dubitat quin eâdê euicta ex promissione dotis agi oporteat, id est ex prima obligatione. Scio respondere Bartolum esse hoc speciale in dote fauore quodam ac priuilegio dotis, Vt soler ille in suis distinctionibus tot membra & partes ferè constituere quot habet leges ad propositam quæstionem pertinentes ne quid superesse videatur quod contra ipsius distinctionem obiici possit, Nimium rationem iuris quam plerumque non satis benè perspectam habet, ad verba legum accommodat, non vt fieri decet obscuriorem legum sententiam ex ratione iuris metitur ac perpendit: quod in proposito ei visuuenisse tam apertum est, vt nihil possit esse apertius. Paulus enim sententiæ suæ rationem non ex dotis fauore aliquo desumit, sed ex natura ipsa dationis in solutum & rerum quæ in solutum dantur. *Harum enim*, inquit, *rerum* scilicet quæ aut alij obligatæ sunt, aut sub conditione legatæ, aut etiam statuliberi qui habet implicitum casum libertatis, *solutio non potest nisi ex euentu liberare, id est quo casu certum sit remanere eas penes accipientem*, nec ab eo auocari posse: Itaque non distinguit quænam sit causa debiti, sed qualis sit res quæ soluitur, An talis quæ pleno iure fieri possit accipientis & perfectè, vt loquitur African. *in l. cùm quis 38. §. qui hominem De solut.* an quæ non possit, Vt priore casu solutio patiat liberationem, Posteriore non pariat, quod ipsum etiam apertissimè scriptum est *in l. libera 8. Cod. de sentent. & interloc. omn. iudic.* in postremis illis verbis *vel ob debitum reddendum si in solutum data est repetere non prohiberis.* Nec enim ibi de dote agitur, sed de pecuniario debito pro quo fuerat mulier libera data in solutum cùm ancilla crederetur. Eáque sententia naturalem sanè intellectum habet. Quoties enim quisque est qui pro pecunia sibi debita velit in solutum accipere eam rem quam putet apud se non remansuram? Aut qui in solutum accipiendo speciem aliquam pro pecunia id agat vt debitorem suum ipso iure liberet priusquàm ex euentu compertum habeat, an res apud se sit remansura? Id enim est quod Marcianus ait in *dict. l. si quis aliam, nam non accepisset redintegra creditor nisi pro solido eius fieret.* Quod sicuti generaliter à Marciano scriptum est, ita & generaliter accipi debet in quocumque creditore cui aliquid in solutum datur, siue speciei alicuius fuerit creditor, siue pecuniæ. Qui enim aliquid in solutum accipit, non cogitat quid anteà sibi debitum fuerit (quid enim ipsius iam interest cùm liberare debitorem velit?) sed tantùm quid in solutum accipiat pro debito vt non frustra, & pro nihilo amittat debitorem. Sed & in secunda specie *dict. l. si quis aliam*, cùm poni Marcianus duos fundos in solutum datos *pro debito*, cur nomen debiti coangustabimus ad debitam speciem ad exclusionem debiti pecuniarij, quod tamen nemo nescit potissimo ac præcipuo quodam iure debiti appellatione significari solere. Neque verò ad hanc tam improbabilem interpret[illegible] omminiscendam moueri ex eo Bartolus d[illegible] quod in præcedentibus & sequentibus verb[illegible] em legis ponit Marcianus rem pro re solutam esse. Id enim nihil aliud est quàm dicere *aliud pro alio* [illegible], qua locutione non minùs speciem pro pecunia quàm pro specie solutam significamus. Et verò q[illegible] alind pro alio inuito creditori solui non po[illegible] vt suprà diximus ex *dict. l. 2. §. mutui D. de reb. credit.* non magis posset solui res pro pecunia quam res pro re, si non id à prudentibus vtilitatis causa tandem acceptum esset, Accedente sc. voluntate creditoris. Sic namque intelligi debet quod scriptum est *in dict. l. si non sortem 26. §. si centum De condict. indeb. dicet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem.* Vt constat ex *dict. l. manifesti 17. Cod. de solut.* Qua porrò creditoris voluntate accedente nemo dubitat quin perinde solui *possit* species pro specie atque pro pecunia: Siue solutionem *hanc* velis dicere, cùm solutionis verbum ad omnem liberationem quoquomodo factam pertineat magisque ad substantiam obligationis quàm ad nummorum solutionem *l. solutionis 54. D. de solut.* siue potius satisfactionem quæ semper pro solutione est *l. satisfactio 52. eodem.* Siquidem satisfecisse semper prodest, licet satisfactionem offerre nihil prosit si eam creditor recuset *l. item liberatur 6. §. 1. D. quib. mod. pign. vel hyp. solu.* Sed & cùm pro pecunia species aliqua in solutum datur, finge non nisi partem euincei eius rei quæ in solutum data est. Si dicas cum interpretibus sublatam esse primam obligationem nec nisi [illegible] ionem ex empto vtilem propter euictionem accommodari posse creditori: Euenire necesse erit vt qui rem illam in solutum accepit inuitus incidat in communionem cum eo qui euicit. Quod tamen absurdum sanè fuerit & iniquum, Nam quemadmodum inuitus nemo in communione manere compellitur *l.* [illegible] *r. Cod. commun. diuid.* ita nec in communem incidere quisquam cogendus est: Ob eámque nimirum causam in eo ipso contractu de quo disputamus dationis in solutum ita ius constitutum est vt si ex falsa debiti quantitate maioris pretij res soluta sit non fiat confusio partis cum pecunia, sed & condictio integra remaneat & obligatio incorrupta, quemadmodum ratiocinatur Vlpian. *in dict. leg. si non sortem 26. paragrapho si centum De condict. & indeb.* Quidni ergo idem admittemus, si dationem in solutum illud inutilem faciat quod res quæ in solidum data fuerat, pro parte euicta sit? Quòd si partis euictio tùm quoque cùm species data est in solutum pro pecunia totam dationem irritam facit, Cur aliud iuris constituemus data in solutum ea re quæ tota sit euicta? An fortè melior esse debet conditio debitoris aut durior creditoris ob id quòd euictio partis tantùm facta sit quam si tota res euicta esset? Atqui nemo dixerit euicta duntaxat parte rei venditæ dandam vtilem ex empto actionem in solidum aduersus venditorem: Competit enim duntaxat pro parte euicta *l.* [illegible] *De act. empt.* Ergo si datio in solutum similis est, fatendum eritne quidem vtilem ex empto actionem competituram creditori ad exemplum directæ [illegible] si pro parte quæ euicta fuerit, atque ita remansuram validam dationem in solutum pro alia parte quæ non fuit euicta, & consequenter in communionem casurum eum qui in solutum accepit quod maximè in datione in solutum esset absurdum si Vlpian. cre-

dsmus

dimus *in d. §. si centum*, quia semper verum est quod generaliter scribit Marcianus *in d. l. si quis aliam*, Creditorem nō fuisse re integra accepturum in solutum si non credidisset futuram rem suam in solidum. Quod in emptione dissimile est, quia is qui accedit ad emptionem non id agit omnimodo vt rem suam totam faciat, sed tantùm pro qua parte erit venditoris; Cùm non ignoret etiam rem alienam vendi vtiliter posse ac sufficere vt venditor obligetur de euictione *l. ex empto 11. §. 1. De act. empt. l. rem alienam 28. D. de contr. empt.* Cùm e contrario nomen ipsum dationis in solutum nihil nisi dominij transferendi necessitatem significet. Quid enim aliud est dare quàm dominium transferre? *l. vbi autem 75. §. vlt. De verb. oblig. d. l. vlt. De condict. caus. dat. §. sic itaque Inst. de action.* In eòque præcipuus & insignis est error interpretum nostrorum qui cùm admittant; In iis contractibus qui dandi obligationem contineant, cuiusmodi sunt omnes innominati excepto illo vno *Facio vt facias*, non prius debitori posse liberationem contingere quàm dominium transtulerit & quidem pleno iure ac irreuocabiliter & cum effectu, quòd videant, neque ad tempus rerum dominia transferri posse *l. 1. de iur. dot.* neque meum absolutè dici posse quod an plenum factum non sit meum *l. Neratius 63. D. de condict. indeb.* Negant tamen in datione in solutum idem obtinere, nec animaduertunt quod vel ex ipsa nominis nota debuerunt animaduertere. Non minùs in hoc contractus genere quàm in omnibus innominatis in quibus dandi mentio fit, transferendi dominij necessitatem incũbere debitori, vt obligationi suæ satisfecisse, & ita liberationem cōsecutus esse videatur. Non enim traditio in solutum appellatur sed datio, Igitur dominij non possessionis. Neque verò in contrarium moueri ex eo debuerunt quòd hic contractus magnam cum emptione ac venditione habeat similitudinem. Habet enim equidem in eo quod ex vna parte res interuenit ex alio pecunia, vt diximus, sed non in omnibus: Minimè autem in eo de quo disputamus quòd in venditione non ad aliud obligatur venditor ex natura contractus, quàm vt rem venditam tradat, Qui verò dat in solutum ad hoc præcisè tenetur vt dominium transferat, ne alioqui dedisse non videatur, etiamsi tradiderit millies. Nam nec illud negari potest quin datio in solutum sit similior solutioni quàm venditioni; cùm eo animo & proposito fiat vt debitor liberetur, Creditor autem non tam acquirat sibi aliquid quàm vt consequatur debitum & amittat debitorem: Est enim hæc acquisitionis species, non tam ex parte illius qui accipit in solutum, quàm ex eius parte qui dat, quippe cùm ab obligatione liberetur & hoc ipso locupletior factus intelligatur *l. si pupilli 66. in fin. De solut. l. species 21. D. de acceptilat.* Atqui generaliter proditum & verum est, quoque qui cùm nummos deberet nummos soluit, non aliter liberari posse quàm si faciat res accipientis *l. qui sic soluit 55. & l. si alienam 78. D. de solut.* Cur ergo aliud recipiamus in solutione facta corporis pro pecunia, cùm nec aliud sit in soluto eo ipso corpore, quod debebatur *l. Iulianus 47. § 1. D. mandat. d. l. si rem 20. D. de solut.* Neque rursum à natura venditionis tam aliena est translatio dominij in emptorem, vt ob id minùs videri debeat datio in solutum similis venditioni, quod dantem obliget ad dominium transferendum. Nam & venditor si dominus sit rei venditæ dominium eius in accipientem transferre cogitur *d. §. 1. l. ex empto §. 1.* Adeóque quod magis est, si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore, id est ante traditionem domino rei hæres extiterit, cogitur implere venditionem, vt Paulus loquitur *in l. si quis alienam 46. De act. empt.* id est dominium rei quod nunc habet transferre, licet venditionis tēpore non habuerit. Tantùm ergo abest vt venditionis contractum repugnet translatio dominij, vt è contrario tum demùm impleta possit dici venditio, cùm dominium translatum est in emptorem non antea. Nam nec actio de euictione post rem euictam alio colore datur contra venditorem quàm quia venditor ex natura contractus emptori præstare debeat quanti eius interest rem venditoris fuisse *l. venditor 8. & pass. D. de euict.* Quis enim tam sit imprudens vt vltrò velit accedere ad rei alienæ emptionem: Quamquam cùm hoc accidit, certum est, Etiam secuta euictione nullam tamen actionem posse emptori competere, Non magis quàm si conuenisset vt venditor nullo casu de euictione teneretur, Tanquam qui à seipso non ab alio deceptus esset *l. si sciens 26. & seq. l. qui officij 62. §. qui nesciens D. de contr. empt. iunct. l. nam is fuit 26. D. de her. vend. l. si fundum sciens 27. C. de euict. l. si fratres 7. in pr. C. commun. vtr. iud.* Vbi additur idem esse etiamsi quis eum fundum emerit quem sciebat venditoris quidem esse, sed alij obligatum. Nam quod ad causam euictionis pertinet nihil interest an res aliena fuerit an alij obligata, cùm hoc etiam casu euinci possit per hypothecariam, nec magis vno quàm alio casu rem habere emptori liceat si non satisfiat creditori *l. si quis mancipium. 34. §. vlt. cum l. seq. D. de euict.* Qua ratione etiam cùm de datione in solutum tractamus, solemus dicere non magis liberari debitorem qui rem suam sed alij obligatam in solutum dedit, quàm si eam ipsam debitam dedisset suam quidem sed quæ alij fuisset obligata *d. l. qui res 98. iunct. d. l. si rem meam 20. D. de solut.* Cæterùm nihil vetat, Eo quoque casu quo data sit in solutum species pro pecunia, si postmodum species euicta sit, manere quidem pristinam obligationem incorruptam, sed nihilominùs teneri debitorem actione vtili ex empto. Potest enim creditoris interesse vt euictione secuta vtramque habeat actionem Primam quidem propter fideiussores & pignora si quæ ei fortè accesserant: Alteram verò ad consequendum si quid præter quantitatem debitam interesset. Venit enim hoc in actionem ex empto de euictione cùm in primam nihil nisi simplum venire possit *l. si in venditione 60. D. de euict.* Denique stultum est dicere ob id solùm quod euicta re, quæ in solutum data fuerat, vtilis actio ex empto creditori accommodata sit, vt scriptum est *in d. l. eleganter 23. D. de pignor. act. l. si prædium 4. C. de euict.* ademptam ei veterem actionem quam potiùs retineri expediat. Non enim adimit primam qui nouam tribuit *l. vlt. C. de nouat.* nec quicquam iniquius dici potest quàm vt quod in fauorem creditoris constitutum est in eius odium retorqueatur *l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. D. eo. l. pen. C. ad SC. Treb.* Non nescio eam esse venditionis naturam, quemadmodum iam diximus, vt venditor non cogatur rem facere emptoris, sed nuda rei traditione liberetur *l. si ita distrahatur 25. §. 1. D. de contr. empt.* Sed non ideò iuris loco vllo scriptum reperias, Prohibitam esse venditione conuentionem illam, vt venditor dominium emptoris facere cogendus sit nec priùs satisfecisse videri possit quàm id perfecerit. Emptio namque & venditio recipit facilè huiusmodi pacta omnia siue adiicientia sint, siue detrahentia dum ne ad substantiam contractus pertineant. Puta si conuenerit, ne cautio duplæ præstetur quod pactum detrahens est. Aut contrà vt cum fideiussore præstetur quod est adiiciens *l. pacta conuenta 72. De contr. empt.* Est autem pactum hoc adiiciens si conuenerit, vt venditor cogatur dominium transferre in emptorem quia auget præstationem quæ alioqui

qui leuiot fieri ex venditione debuisset. Pertinet enim hoc non ad substantiam contractus, sed ad præstationes quæ ex contrahentium voluntate & conuentione legem accipiunt *d. l. ex empto §. 1. De action. empt. l. 1. §. si conuenit D. deposit. l. vendit. 13. D. commun. præd.* Dic ergo quantum voles, Dationem in solutum similem esse emptioni & venditioni quoties datur in solutum species pro pecunia. Id ego non negabo, sed addam similem esse emptioni in qua pactum intercesserit vt venditor rem facere emptoris cogeretur: nec tradendo sed dando tantùm liberaretur. Quænam enim aptior ad hanc voluntatem exprimendam conuentio ita potest quam si contrahentes non de venditione facienda tractatum inierint, sed de datione in solutum. Sic dicimus permutationem quæ non nisi rebus fit similem esse emptioni *l. 2. D. de rer. perm. l. 2. C. ead.* adeóque interdum ex permutatione quoque competere actionem in id quod interest ad exemplum actionis ex empto si permutata res euicta sit *l. 1. eod. l. si permutationis 29. C. de euict.* quamuis emptionem rebus fieri non posse certum sit *l. pen. C. de rer. permut.* Et tamen nemo vtique negauerit quod dicebat Pedius, Alienam rem dantem nullam contrahere permutationem *l. 1. D. eod.* Nempe quia ipsum permutationis nomen non possessionis sed dominij commutationem significat, vt adiecta dictio *per* augeat significationem & ad potentius significatum dictionis sensum restringat. Ea namque vera demum mutatio est quæ dominij alienationem habet comitem *l. 5. C. de fund. dotal.* Cum alienare dicatur is qui duntaxat omittit possessionem *l. 4. §. 1. D. de alien. iudic. mut. caus. fact. l. non alienat. 119. De regul. iur.* Similiter diuisio quoque vicem venditionis obtinet *l. 1. C. commun. vtriusque indic.* quoniam diuidit alienat *l. 1. l. si pupillorum 7. D. de reb. eor. qui sub tutel.* Nec ideo tamen alienæ rei diuisio valere potest non magis quam permutatio *l. familiæ 9. C. commun. vtr. indic.* Nam & permutationi similis diuisio est *l. si filia 20. §. si pater D. famil. ercisc.* Ideóque euicta iure pignoris ea re quæ per diuisionem translata fuerat, Præscriptis verbis actio datur ad id quod interest *l. fratres 7. Cod. commun. vtriusque indic.* non aliter quàm ex permutatione *dict. l. si permutationis 29. C. de euict.* Denique datio in solutum non tam contractus est, si causam & originem eius inspiciamus, quàm distractus, cùm non alia mente fiat quàm vt distrahatur & tollatur obligatio, sicuti alterius cujuslibet solutionibus potestate. Vnde illud quoque fit, vt ex datione in solutum nulla propria nascatur actio, neque ex parte illius qui dat, nec ex parte eius qui accipit: Non magis quàm si pecunia ipsa debita soluta esset, nempe quia cùm contractus à datione incipiat ex parte dantis, Ex parte verò accipientis nihil interuenire debeat nisi vt accipiendo liberet debitorem, quo ipso iure contingit quoties valet datio. Apparet nihil superesse quod alter alteri præstare debeat, & cuius præstandi gratia vtrumque comparari oportuerit actiones quomodo ex emptione & venditione nascuntur mutuæ obligationes & actiones empti ac venditi *dict. leg. ex empto 11. paragrapho 1. De action. empt.* Initium enim obligationi præbet ipsa datio & traditio rei quæ in solutum datur, vt de permutatione Paulus scribit *in dict. l. 1. De rer. permut.* Vt verè dici possit eum qui dat in solutum non obligari ad dandum, et neque accipientem sibi ad aliquid obligat, Cùm non id agat vt vel alterum sibi vel se alteri obliget, sed tantum vt se liberet *arg. l. in hoc iudicium 14. §. 1. D. commun. diuid. l. Papinianus 28. D. mandat.* Hoc verò fit sola, vt diximus, iuris potestate. Tantùm abest vt, quod interpretes supponunt pro vero, sit ille obligatus ad traden[...] exemplo venditoris. Planè si alienam rem aut alij obligatam in solutum dederit quæ euicta sit, incipit obligari is qui in solutum dedit, Non quia dederit, sed potiùs quia non dedit, cùm aut dominium non transtulerit si res aliena fuit, aut si alteri tantùm fuit obligata, sic transtulerit vt non possit remanere res penes emptorem. Sed ea obligatio cùm aduersus eum solum qui soluit inducatur ne is creditorem suum eam rem accipientem in solutum impunè deceperit, quod contingeret si non id omne quod ipsius interest præstare teneretur, non potest eundem liberare. Quis enim vnquam audiit ob id solum liberari quin debere, quod obligetur? An non ita fieret vt contrà nostrorum vulgare brocardicum, inducta ad vnum finem, operarentur contrarium? *l. legato inutiliter 14. De adim. legat.* quamuis possit fieri vt eadem numeratione & liberetur aliquis & alium sibi obliget *l. in numerationibus 44. in fin. De solut.* Imò verò quemadmodum secuta euictio parit vtilem actionem ex empto contra eum qui dedit in solutum aut potiùs qui non dedit quod dare debuit quia in plenum rem accipientis non fecit, Ita & ostendit ex euentu non fuisse liberatum debitorem qui per dationem in solutum liberatus credebatur, vt eleganter Paulus loquitur *in dict. l. qui res in fine principij D. de solut.* & Tryphoninus *in l. rescriptum 12.* in postremis illis verbis *quia apparuit non esse liberatum D. de distract. pignor.* Interim igitur in suspenso est liberatio, vt ibidem loquitur Tryphoninus, quia pendet euentu vt ait Paulus *in dict. l. qui res.* Pendere enim necesse est quoniam alioquin si extincta esset ipso iure, posteà resuscitari nunquam posset *dict. l. qui res §. aream De solut. l. ob eam causam 9. De præscrip. verb.* Et verò si debitor soluendo eam ipsam rem quam debet, adeoque cuius sit dominus, nondum tamen liberatur si ea res alij priùs fuerat obligata, quia scilicet adhuc res euelli creditori potest *dict. l. si rem meam 20. eod.* Quantò magis idem admittere oportet cùm is qui non rem illam debebat sed nummos, pro nu[...]is tamen rem soluit sed quæ euinci aliquo casu possit. An non satis debimel esse debet quod aliud pro alio soluens debitori volenti liberationem conse[...]atur, quam summo iure non aliter consequi deberet quàm si illud ipsum quod debitum esset solueret. Nam & si placuit non nisi volente creditore posse huiusmodi liberationem contingere. Certum tamen est non creditoris fauore id comparatum esse cuius interesset potiùs idipsum consequi quod debetur ex diffinitione obligationis & actionis, sed solius fauore debitoris vt tantò expeditius liberationem assequatur. Cur ergo in eo prætereà debitori fauere velimus vt alienam rem aut alij obligatam pro pecunia dando liberetur, qui si nummos ipsos solueret quos debet, nunquam tamen aut alienos aut alij obligatos dando liberaretur, quia euinci nimirum possent. Cùm & in pecunia numerata sicut & in alia re qualibet constitui pignus possit *l. itémque 7. in fin. D. de qui potior. in pignor. hab.* Nam neque contracta venditione liberaretur emptor si pretium solueret ex pecunia vel aliena vel alij obligata, quoniam pretium vendito[ri]s facere cogitur *dict. l. ex empto §. 1.* hoc est pecuniæ dominium ita eum transferre, vt nulla peni[tu]s de causa euinci possit. Nec tamen similiter possis in venditione dicere fieri eam gratia venditoris. Fit enim potiùs gratia emptoris, q[ui]ppe qui emendo acquirit non etiam venditor [v]endendo licet pro re vendita pretium accipiat. At è contrario, qui dat in solutum acquirit liberationem, qui verò accipit nihil acquirit, sed quod sibi debetur duntaxat consequitur,

sequitur, Nisi quòd pro pecunia rem habet, non tam quasi acquisitam, quàm quasi solutam. Sed & cùm res pro re soluitur volenti creditori, potest meo iudicio defendi non male, etiam genus hoc contractus vicem venditionis obtinere non secus ac si rea pro pecunia daretur, Non solùm quia generalis est sententia *dict. l. si prædium*, de prædio dato in solutum, Non addito eo an pro alia re, an pro pecunia, sed etiam quasi facta inter debitorem & creditorem permutatione rerum quæ & ipsa, vt diximus, venditionis non obtinet *dict. l. 2. De rer. permut. D. & C. l. Titia 62. ibi quasi emptione inter se facta. D. de iur. dot.* Quamquam inter hos casus differentia illa est quòd actio propria quæ nascitur ex permutatione non ex empto scriptis verbis est nisi cùm res quæ fuerat venalis permutatur cum re non venali. Quo casu ad exemplum actionis ex empto agi potest ad id quod interest *l. 1. Cod. eod.* Cæterum non est dubitandum quin si data sit in solutum res pro re, eáque posteà fuerit euicta, permittendum sit creditori agere de euictione in id quod sua interest *dict. l. permutationis 29. Cod. de euict.* Cur enim melioris sit conditionis ille qui rem alienam aut alij obligatam fortasse sciens soluit pro alia re vt non teneatur ad id quod interest creditoris, quàm si rem pro pecunia in solutum dedisset? An non æquè decipitur is, cui pro se datur in solutum ea res quæ postmodùm euincatur? Et tamen non eò minùs verum est, vel ipso fatente Bartolo minimè liberari debitorem qui rem vnam pro alia dat in solutum si datam postea contingat euinci, quia inquit tenebatur ad dominium efficaciter & irreuocabiliter transferendum. Non igitur bona consecutio est, vt quia ei qui rem accepit in solutum pro pecunia vtilis actio ex empto accommodatur creditori aduersus debitorem ad id quod interest, Statim dicendum sit liberatum esse debitorem à prima obligatione. Nam imò verò dignior est qui pluribus actionibus teneatur, cùm creditorem deceperit. Proinde siue æquitatem siue meram iuris rationem intueamur, fatendum est non posse illum liberari, Non ex æquitate cùm creditorem si non dolo ex proposito saltem re ipsa deceperit. Non etiam ex iuris ratione, cùm datio in solutum nihil aliud sit quàm solutio ad cuius substantiam omnino pertinet vt quod soluitur fiat in plenum perfectè & in perpetuum accipientis, Nec quod traditio tantùm facta sit pro datione quæ fieri debuerat liberare debitorem potest, Cùm potestas euictionis tollit intellectum traditionis, vt loquitur Papin. *in l. si patrons §. vlt. D. ad SC. Trebell. l. pen. §. 1. De except. rei iudic.* Nam nec aliam ob causam credendum est secuta euictione superesse actionem ex empto contra venditorem ad id quod interest quæ ab initio non competebat nisi ad tradendum, quam quia vendita res & tradita quidem, sed postmodum euicta perinde haberi incipiat, ac si tradita per contumaciam & procaciam venditoris nunquam fuisset. Quo casu perinde vtique teneretur venditor ad id omne quod emptoris interesset *leg. 1. in princip. D. de act. empt. l. traditio 4. C. eod.* licèt non possit nasci actio de euictione priusquàm res sit tradita *l. si quod à tuo 6. & l. sequ. in princip. D. de euict.* quia venditoris prima obligatio in eo consistit vt ad rem tradendam non ad aliud teneatur *dict. l. ex empto §. 1. De act. empt. dict. l. si ita 25. §. 1. De contrahend. empt.* Nam nec nouum est vt res vendita & tradita pro eo habeatur ac si non solùm tradita nunquam fuisset, sed neque vendita, vt in *l. bona fides 50. D. de act. empt.* Quòd si verum est vt est rem datam in solutum pro pecunia si euicta sit perinde haberi oportere ac si nunquam fuisset tradita, Quis iam dicat eiusmodi traditionem prodesse ad liberationem potuisse? Cùm datio in solutum non à conuentione incipiat vt venditio, sed à traditione adeóque ab ea traditione quæ dationem, id est dominij translationem implicitam habeat. In quo differt rursum ab ea traditione, quam ex contractu venditionis à venditore fieri necesse est, Quæ nihil commune habet cum datione nisi cùm venditor dominus est. Atque hæc quidem de personali obligatione de qua per dationem in solutum extinguenda cogitatum fuerat dixisse sufficiat. Nam quod ad pignorum obligationem pertinet alius tractatus est, Cùm etiam sublatam personali obligatione vinculum pignoris durare possit *l. 2. C. de luit. pignor.* quia nimirum actio hypothecaria suas illas perpetuas conditiones habet si solutum sit debitum vel aliter eo nomine satisfactum. Quibus cessantibus tenet *l. grege 13. §. etiamsi D. de pign. l. si rem 9. §. omnis pecunia D. de pignorat. act. l. debitor 59. D. ad SC. Trebell. l. pen. §. 1. De except. rei iudic.* Quod in fideiussoribus diuersum est quorum obligatio sine principali subsistere ac durare nunquam potest. Sed de pignorum obligatione posteà dicemus. Iam tempus est vt ad eas leges quibus potissimùm in hunc quem refutauimus errorem impulsi sunt interpretes, respondeamus.

ERROR VIII.

De sententia l. si prædium 4. Codice de euict. & l. eleganter 24. D. de pignor. action.

NOn habent interpretes alios quàm duos istos iuris nostri locos quibus probare possint, Quoties data est in solutum species aliqua pro pecunia, eaque species postmodum euicta est, adeò tamen liberatum intelligi debitorem vt ex priore obligatione neque in pignora quæ priori obligationi accesserunt agi amplius possit. Mouentur autem primùm ex eo quod scriptum est *in d. l. si prædium 4. Cod. de euict.* si prædium tibi pro soluto datum est quod aliis creditoribus fuerat obligatum causam quidem pignoris mutatam non esse, si ab anteriore creditore fuerit euictum, vtilem tibi actionem contra debitorem competere quòd huiusmodi contractus vicem venditionis obtineat. Sic enim rescriptum hoc Imperatoris Antonini ab interpretibus acceptum est quasi hoc ipso quo dat creditori contra debitorem actionem vtilem ex empto, scilicet vt sequens ratio demonstrat, & Vlp. disertè scribit *in d. l. eleganter.* Priorem quæ ex pristina obligatione competebat quasi extinctam denegare videatur, siue quòd vtilis solius actionis meminerit, cui non solet locus esse competente directa, cùm non nisi directis deficientibus vtiles comparatæ sint *l. si hæres 70. in princip. D. ad SC. Trebell.* siue etiam quòd contractum hunc dationis in solutum similem esse dicat venditioni. Ex qua tamen nemo dixerit aliam quàm ex empto actionem emptori dari posse. Verùm iam ostendimus superiore capite neutram rationem bonam esse. Non enim ex eo quod creditori post euictionem rei in solutum datæ vtilem ex empto actionem lex accommodat inferri vllomodo potest, Esse igitur debitorem liberatum à prima obligatione, Cùm nihil prohibeat vtrumque verum esse, & primam obligationem durare tanquam quæ per alienæ rei aut alij obligatæ traditionem neque extincta sit; neque extingui potuerit. Et nihilominus vti-

lem

eos iudicat. vbi tamen additur si acquisitio illa dominij non fuerit irreuocabilis, sed per subsecutā posteà euictionem reuocata sit, non eò minùs durare hypothecariam quæ tamen eùm ressuscitatur hypothecam quoque restitui necesse est quæ per confusionem, &, vt loquuntur, consolidationem finita videbatur. Proinde non potest verum esse quod scriptum est *in d.l.eleganter, finitum videri ius pignoris*, potiúsque scribi debuit finitum quidem fuisse per acquisitionem dominij sed secuta postmodùm euictione finitum nunquam fuisse videri, quod verùm sit neque solutam pecuniam neque aliter eo nomine satisfactum fuisse, quemadmodū ratiocinatur Paulus *in d.l. pen §. 1.* Nam si replices pro Bartolo & Baldo *ad l. libera 8.C.de sent. & interlac.omn.iudic.* non tantùm per confusionem extinctum fuisse pignus, sed etiam per interpretationem dominij quæ dationis in solutum vim habeat. Dicam, Secuta euictione nullam posse vim esse huiusmodi impetrationis quæ in irritum recidit, nec vllam creditori vtilitatem euicti pignoris relinquit, Cū potestas euictionis tollat intellectum impetrationis adeóque dationis in solutum *dict.l.si patroni 55.§.vlt.D.ad SC.Treb.* Quid enim prodest impetrasse dominium pignoris aut in solutum accepisse pignus quod hodie sit euictum? Nisi fortè quis respondeat cum Baldo, Non desinere esse satisfactum licèt res sit euicta, quòd actio de euictione competat loco veteris actionis. Sed hoc ridiculum videtur. Neque enim ob id videri satisfactum potest creditori quod habeat actionem nec si iudicati actio illa sit vt disertè scribit Marcianus *in d l.grege 13.§.etiamsi in fin.D. de minor.* Quanto minùs si eam actionem habeat quæ totam rem redigat ad initium nouæ petitionis? *l. minor 40. in princip. D. de minor.* Maximè verò si ponas priori obligationi accessisse fideiussores & pignora quæ non accesserint posteriori. Vt negari non possit quin plenior fuerit obligatio prior cùm actio de euictione nullā habeat hypothecam, nullósque fideiussores nisi eùm id expressè actum est *l.emptori 37. in princip. D.de euict.l pacta conuenta 72.D.de contr.empt.* Nam & cùm quis pignus liberat consentiendo venditioni pignoris non aliter tamen pignus liberare intelligitur, quàm si venditio valeat suúmque effectum sortiatur *d.l.voluntate 10.quib.mod.pig.vel hypoth.soluit.* quemadmodum & solemus dicere, Cùm quis posterius testamentum facit non aliter videri eum à primo velle recedere quam si posterius valeat *l. si iure 58. De legat. 3.* similiter & cùm diximus videri satisfactum creditori qui contentus fuit pignora possidere iure dominij & in creditū quasi eum eu de credito translatum intelligatur *l.a Diuo Pio 15.§.si pig. D. de re iudic.* ita quidem est sed cùm demum eùm ea pignora creditori retinere liceat non si alius ei posteà euincat. Et rursus quemadmodum fatetur Baldus in specie *dict.l.libera.* non fuisse dil ram priorem obligationem per dationem in solutum mulieris liberæ, non tantùm quòd esset libera & extra commercium, sed etiam quòd nihil omnino iuris in ea debitor habuisset, vt proinde ipso iure nihil solutum dici posset, Ita & in proposito quidni dicere liceat impetrato iure dominij in re pignorata quæ fuerat aliena aut dato in solutum pignore rei alienæ nec satisfactionem nec dationem in solutam vllam factā intelligi; cùm in illa re nihil omnino iuris vnquam habuerit debitor, non magis quàm si de libera muliere in solutum data tractaretur? Etsi enim hoc interest inter mulierem liberam & rem alienam datam in solutum quòd mulier libera extra commercium est, Res autem aliena non item, eùm etiam vendi possit *l.rem alienam 28.D.de contr.empt.* Quid tamen simile aut commune habet quòd res sit in commercio, cùm satisfactione quæ debetur creditori? Aut quid creditori prodest habuisse in solutum rem quæ sit in commercio quidem, sed quæ sit ei euicta, & cuius nulla vtilitas penes eum remanserit? Aut denique in quo dici obsecro potest plus iuris habere debitorē in re penitus aliena quàm in muliere libera in solutum data? Atqui tractat Vlpianus generaliter *in dict.l eleganter*, de re pignorata cuius dominium impetrauerit creditor à Cæsare, vel quam in solutum acceperit à debitore: Nec aperit an dominij an potiùs pignoris iure euicta sit. Ex quibus potissimùm duabus causis euictio sequi solet *l. si quis mancipium 14. §. vltim.& l seq. D.de euict.* Ergo procedit Vlp. sententia illa etiam casu quo pignus euictum sit iure dominij, ac proinde quo nihil omnino iuris habuerit debitor in re pignorata, Ne quis fortè vt obiectionē nostram diluat commiitici velit restringendam Vlpiani sententiam ad eum casum, quo debitor aliquid iuris in ea re habuerit pura dominij vel pignoris: quę species difficilius admittit euictionem. Neque verò actio ipsa ex empto quæ ob euictionem competit alia ex empto actio est quàm quæ competebat ad rem tradendam priusquàm traderetur, sed eadem illa tanquam ex vnoeodemque emptionis contractu descendens, licèt detur ad alium finem, scil ad id quod interest non vt tradatur iterum quod iam semel traditum est nec amplius post secutam euictionem tradi potest. Nā cū non possit res euinci nec proinde nasci actio de euictione antequā sit res tradita *l.si quod à te 61.& seq. D. de euict.* Necesse est eàdem ex empto actionem quæ ex contractu emptionis oritur, dari primùm ad hoc vt res tradatur, deinde vbi tradita & euicta est, ad hoc vt præstetur quāti emptoris interest venditorem eius rei dominiū fuisse *l.vend.8 eod. tit.* Cæterùm nemo dixerit ob id videri recessum à cōtractu venditionis quod euictione secuta sit agēdum ad id quod interest. Quinimo non alia de causa datur ex empto actio ad id quod interest aduersus venditorem, quàm quòd venditorem tradendi obligationis quidem tradendi satisfecerit, sed non ideò tamen contractum impleuerit, nec emptori satisfecisse absolutè dici possit? Adeo distat vt actio de euictione pro satisfactione, quòd Baldus credidit, haberi debeat Similiter igitur dicamus, Euicto pignore cuius dominium fuerat impetratum à Cæsare aut quod datum fuerat in solutum à debitore, pignoratitiam actionem contrariam eandem durare, quæ competebat antequam impetratum esset dominium, aut facta datio in solutum, ob id sulùm quòd aliena res pignori data esset, vt disertè scriptum est *in l. si rem 9.in princip.& d l.tutor 16 §.1. D.de pign.act.* Nam & in actione pignoratitia hoc amplius est quàm in actione ex empto quod etiamsi vendita sit & tradita res aliena aut alij obligata, non ideò tamen agi ex empto potest ante secutam euictionē *l. 3.C. de euict.* Imò nec si mota sit iam rei controuersia nisi ad hoc vt res defendatur *l.antep.§.mota quæstione D.eod.* At pignoratitia actio contraria nascitur creditori statim atque aliena res pignori data est, licet nondum fuerit euicta, quoniā ex inde certum esse incidit pignus in ea re contrahi non potuisse *tot.tit.C. si alien. res pignor.dat.sit l. 1. D.de pignor.* Nisi sub conditione si debitoris facta res fuerit *l.si fundus 16.§.aliena res eod.* aut voluntate domini obligata sit *l.aliena res 20. D.de pignor. act.* cùm tamen valeat interim venditori rei alienæ *d.l. rem alienam* Nimirum quia nec ad alium finem pignus datur quam vt ius aliquod in ipsa re acquiratur creditori quod magis ei cautū sit, Ius autem constitui nullum potest ab eo qui in ipsa re nihil planè iuris habeat. Ergo si in actione

quoque ex empto ita comparatum est, vt quæ per traditionem à venditore factam extincta & finita videbatur, duret tamen secuta euictione ad hoc vt venditor in omne idquod emptoris interest condemnetur *lege si in venditione 60. D. de euict.* Multò magis dicendum est pignoratitiam contrariam quæ per traditionem pignoris rei alienę non tam extinguitur, quàm nascitur eandem durare post euictionem, etiamsi impetratio dominij intercesserit aut datio in solutum. Quid enim noui iuris afferre potuit impetratio dominij aduersus eum facta qui dominus non fuerit datio in solutum, à non domino celebrata An illud forte quod non potuerit perseuerare pignus domino constituto creditore *dict. lege pen. §. 1. De except. rei iudic.* Atqui hoc tùm verè dicitur cùm creditor verè factus est dominus quod non potest contingere cùm debitor aduersus quem impetratio facta est aut pignus in solutum dedit dominus non fuit, quo casu non pignus tenet rei alienæ, sed eo tantùm casu quo pignori data est res propria debitoris quæ tamen alij creditori fuerat ante obligata. Nam euictio quæ fit per quasi Seruianam non impedit, quominùs pignus ab initio constiterit, Nec proinde facit quominus per confusionem extingui potuerit. Sed facit etiam vt sublata confusione per euictionem ressuscitetur pignus, quod non tam extinctum fuerat, quàm cessauerat durante impedimento. Quòd si Vlpian. velis intelligere de hoc pignore quod debitor dederit res quidem propriæ sed alij obligatæ, quæ postmodum euicta sit ab anteriore creditore. Erit quidem hæc interpretatio licet restrictior, tamen conuenientior illis verbis legis *& videtur finita esse pignoris obligatio*, cùm non possit finita videri quę nunquam initium habuit *l. Titio vsusfructus 96. De condict. & demonstr.* Sed tantò minùs verum erit quod sequitur in textu videri recessum à primo contractu. Nunquam enim recessum intelligitur à primo per secundum nisi cùm secundus tenet *d. l. voluntate d. l. si iure.* Nec si nouandi animus affuisse proponatur *l. 1. §. 1. D. de nouat.* Non autem tenet impetratio dominij nec datio in solutum eius rei quæ per hypothecariam euinci adhuc possit *d. l. si rem 20 l. si creditor 26. l. si quis aliam 46. d. l. qui res 98. De solut.* Prius enim est vt aliquo tempore debitor rem in solutum datam perfectè fecerit accipientis, id est irreuocabiliter quàm vt ex eo contractu liberationem consecutus dici possit quemadmodum Africanus ratiocinatur *in d. l. cum quis 38. §. qui hominem eod. tit.* Porrò cùm res tandem euincitur, siue dominij, siue pignoris iure apparet ex postfacto nullo eam tempore perfectè factam fuisse accipientis. Apparet igitur ex euentu nunquam fuisse liberatum debitorem, nec à primo contractu creditorem vnquam recessisse, vt *in dict. l. qui res & dict. l. rescriptum 10 §. 1. in fin. D. de distract. pignor.* Me ratio quoque illa mouet, quod etiam admisso eo, vt finita sit pignoris obligatio per impetrationem dominij aut dationem in solutum, non esset tamen bona consecutio, vt ob id minùs dãda esset creditori pignoratitia contraria. Cum neque directa pignoratitia priùs nascatur, quam pignus finitum sit & solutum per debiti solutionem aliámve satisfactionem *d. l. si rem 9 §. omnis pecunia D. de pig. act.* Cur ergo pignoratitia contraria eo minùs competet, quod finita sit pignoris obligatio, cùm ad eam inducendam non solum non requiratur, vt pignoris obligatio finita non sit, sed neque vt aliquando inceperit, Puta si res aliena pignori data sit, sed sufficit, vt de pignore conuenerit, & agatur de indemnitate creditori præstanda *dict. l. si rem in princip. & dict. l. tutor. 38. § 1. eod. tit. De pign. act.* Imò requiritur vt pignus amplius nullum sit, quia quandiu durat pignus, neque directa pignoratitia locum habere potest, neque contraria, nisi cùm debitor dedit pignori rem suam quidem, sed alij obligatam, siue sciens obligatam, siue ignorans, quia non excusat eum ignorantia nisi quantum ad crimen stellionatus *dict. l. tutor 18. §. 1. l. & qua nondum 15. §. qui res suas D. de pignor.* quamuis non eò minùs pignoris secundi datio valeat & duret, cùm possit secundus creditor confirmari pignus suum offerendo priori quicquid ei debetur *l. 1. & pass. Cod. qui potior. in pignor. hab. l. 1. Cod. si antiq. credit. pign. vendid.* Sequitur apud Vlpianum aut potius apud Tribonianum, *Imò vtilis ex empto accommodata est.* Hoc verò rursum quoque falsum est. Nullam enim legem proferre possis quæ creditori vtilem actionem ex empto accomodet post secutam euictionem rei, cuius dominium fuerat impetratum à Cæsare si hanc vnam tollas. Nam neque emptioni aut venditioni simile quicquam habet impetratio dominij cùm non alio casu dominium pignoris impetrari possit quàm quo pignoris venditio publicè proscripta sit, nec inuentus quisquam fuerit qui emere voluerit. Potest enim creditor quilibet pignus vendere iure creditoris, sed emere non potest nisi debitor vendat, vel alius nomine debitoris, puta iudex qui exequitur iudicatum. Nullo siquidem existente extraneo emptore aut minùs iustum pretium offerente, creditor quidem inuitus ad licitationem accedere non cogitur sed si accedat vice extranei cuiuslibet emere ex officio debet vt scriptum est *in l. 2. C. si in caus. iudic. pign. cap. sit.* quia nimirum eo casu non creditor qui vicit, sed iudex ipse pro debitore intelligitur vendere, & factum iudicis censetur factum non creditoris, quo postulante fit venditio, sed debitoris, cui solutio proficit *l. 1. eod. l. si ob causam 13. Cod. de euict. l. si plus vel minus 74. §. 1. D. de euict.* Alioqui non posset fieri vt quis eiusdem rei eodémque respectu & emptor esset & venditor *l. 1. D. de rer. permut. l. 5. §. item ipso D. de author. tutor.* Nemo igitur verè dixerit actionẽ ex empto aliquam siue directam, siue vtilem accommodatam esse aut accommodandam ei creditori, qui ex concessione Cæsaris ius dominij pignoris impetrauerit. Quænam enim esse potest ex empto actio siue directa, siue vtilis, vbi nulla neque emptio, neque quasi emptio intercessit? Quare nec vllibi scriptum reperias creditorem qui ius dominij in re pignorata impetrauit, videri pignus possidere in solutum, sed potiùs in creditum, id est vice crediti, vt loquitur idem Vlp. *in l. à Diuo Pio 15. §. si pignora De re iudic.* licèt ibi loquatur de creditore non qui ius dominij impetrauerit à Principe sed cui pignus addictum sit in executione iudicati quem lex ait veluti pacto transegisse de credito, ideóque superfluum petere nõ posse, ita vt si petat, repellendus sit exceptione taciti pacti. Nam si addictio illa pignoris in creditum haberet vim dationis in solutum, vtique tolleretur ipso iure obligatio, neque vlla pacti exceptione opus esset ad summouendum creditorem superfluum petentem. In eo autẽ qui ius dominij à Principe impetrauit, res apertior est, possideri eo quoque casu pignus in creditum non in solutum. Cùm ex Iustiniani constitutione *in d. l. vlt. Cod. ill. tit. De iur. domin. impetr.* supersit creditori petitio debiti si plus sit in debito quàm in æstimatione pignoris, sicut & debitori repetitio superflui si plus sit in æstimatione pignoris quàm in credito. Quorum neutrum verè diceretur si impetratio illa dominij censeretur iure dationis in solutum. Tunc enim liberatus esset debitor ipso iure, nec inspici oporteret, an plus esset in debito quàm in pignore, an minùs, quia pignus veluti pro toto debito vẽditũ videretur, vt à nobis disputatũ est pluribus Decade 56.

Ex

Ex quo etiam apparet quàm alienum sit, quod sequitur *in l. eleganter, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit.* Quasi verò possidere pignora iure dominij ex concessione Cæsaris, Et ea in solutum accepisse sint paria. Quod perinde sanè est acsi diceres permitti creditori à Principe vt sibi ipsi det ille pignus in solutum, aut quod effectu ferè idem est vt creditor sibi ipsi pignus vendat. Ergo quamuis Imp. Antoninus *in d. l. si prædium. 4. C. de euict.* vtilem actionem ex empto accommodauerit creditori tanquam emptori ad omne id quod ipsius interest euicto pignore quod datum fuerat in solutum (nec enim aliud rescriptum est de quo sentire Tribon. potuerit cùm dixit accommodatam esse creditori vtilem actionem ex empto. Non debuit tamen Tribon. ex suo sumere argumentum vt diceret eandem actionem accommodatam esse ad hunc quoque casum quo creditor impetrauerit à Cæsare vt pignus iure dominij possideret. Cùm sint casus omnino diuersi non solùm circa facti speciem, sed etiā quod præcipuum est diuersā habentes iuris rationem, Vt proinde quod in vno casu constitutum est ab Antonino, non possit dici constituendum in alio. Tantùm abest vt iam in alio quoque constitutum dici possit: Satiśque Tribon. esse debuerat scribere, *Imo vtilis ex empto accommodanda est,* non quomodo scripsit *accommodata* pro facto habens quod nec factum nec faciendum fuit. Mure sc. ei familiari vt Imper. rescripta ad certos casus accommodata protrahat ad alios casus tanquam similes qui tamen omnino sint dissimiles, vt ab eo factum esse *in l. Pannonius 86. D. de acq. hæred & in l. mulier. a 1. ad SC. Treb.* & aliis plerisque locis docuimus in Coniecturis. Addit Tribonianus *vt in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantū eius intersit.* Et hoc quoq; malè. Nam si per impetrationem dominij à Cæsare adeóq; per dationem in solutum à contractu recessum est ita vt sublata sit prima obligatio nec supersit nisi actio vtilis ex empto, vt interpretes omnes intelligunt, non iam de quantitate debiti tractandum amplius est cùm tota causa debiti quasi solutionis potestate sit extincta, sed tantùm de eo quod interest præstando, in quo & continebitur quantum aliquando debitum fuit, sicuti ex empto agitur de euictione *l. si in venditione 60. D. de euict. l. in interdicto 6. ordo vi d. l. 1. D. de act. empt.* Nec rursus debuit Tribonianus inter hæc duo disiunctionem ponere, quasi in creditoris electione & arbitrio sit an velit ex empto agere vt in debiti quantitatem ei satisfiat, an potiùs vt quod ipsius interest præstetur. Cùm ei vtrumque debeatur, & summæ quæ fuit debita restitutio & præterea quanti interest ipsius euictum pignus non esse. At hîc rursum Triboniani inscitiam & imprudentiam illud detegit, quod obligat debitorem vt creditori præstet, quanti eius interest. Constat enim id quidem obtinere cùm debitor pignus in solutum dedit, quod posteà euictum sit, sed non similiter, cùm euictum pignus est quod iussu iudicis iudicatum exequentis venditum fuit in executione iudicati. Etsi enim hoc casu tenetur debitor de euictione perinde acsi ipse vendidisset quoniam pretij solutio ei proficit vt suprà diximus *ex l. si ob causam 13. C. de euict.* Non tamen vsque adeò habetur debitor pro venditore vt obligetur de euictione ad id omne quod emptoris interest sed tantum vt teneatur ad restitutionem pretij cùm vsuris, vt disertè scriptum est *in dict. l. si plus 74. paragrapho 1. D. de euict.* Nempe quia verum est eum non vendidisse, nec nisi inuitum pro eo haberi qui vendiderit quoniam & iudicium redditur & sententia fertur & iudicati executio fit in inuitum, quæ res facit vt mitiùs cum eo agi oporteat quàm si pignus vendidisset aut in solutum dedisset.

Neque hoc Bartolus negat, sed hinc notat subtiliter si Diis placet factum iudicis non esse factum partis in omnibus & per omnia, sed factum Principis censendum esse omnino factum partis quòd beneficia Principum, Inquit, latissimè sint interpretanda. Itaque multum hac parte referre arbitratur, an pignus venditum sit à iudice, an verò ius dominij pignoris impetrauerit creditor à Cæsare, vt hoc posteriore casu teneatur debitor, non tantùm ad restitutionem pretij cum vsuris, sed etiam ad id omne quod potest interesse præterea creditoris. Valde insubtiliter meo iudicio, ne dicam imperitè. Nam & cùm in executione iudicati pignus venditur, quod iudiciale appellamus, potest authoritas Principis interuenire, adeóque esse necessaria adhoc vt pignoris dominium non modò bonitarium sed etiam quiritarium addicatur creditori si fortè per calliditatem debitoris emptor nullus inueniatur *l. vltim. C. si in caus. iudic. pignor. capt. sit l. ordo 3. C. de exec. rei iudic.* Et tamen secuta euictione non magis eo casu danda erit actio creditori contra debitorem in id quod interest supra pretium vsuráśque pretij, quàm si Principis authoritas non interuenisset. Nec enim vnquam beneficia Principum tam latè interpretanda sunt vt in alterius vergant iniuriam *l. nec auus 4. Cod. de emancip. liber. l. vltim. D. rem pupill. salu. for. l. ex facto 43. De vulg. & pupill. subst.* An verò durior fieri debitoris conditio debet ob id quod in iudicati executione Princeps authoritatem suam interposuerit? An eo magis verum erit venditorem vltrò pignus vendidisse aut in solutum dedisse, vt extranei cuiuslibet venditoris intercenseri debeat, cùm nihil ipse fecerit nisi quod iudicati executionem vel inuitus passus est, quam impedire nullomodo potuit? Sed & in eo errat Bartolus quod pignus conuentionale cum iudiciali confundit, & impetrationem dominij à Cæsare cum addictione dominij quæ in executione iudicati fiat à iudice ex authoritate Cæsaris. De addictione illa dominij loquuntur Imperatores *in dict. l. vlt. C. si in causs. iud. pign. capt. sit, & d. l. 3. C. de exec. rei iudic.* De impetratione verò dominij pignoris conuentionalis tot. *tit. C. de iur. domin. impetr* & Tribonianus *in dict. l. eleganter.* Cuius certè impetrationis factæ in pignore conuentionali longè alia ratio est, quàm sit addictionis factæ per iudicem in pignore iudiciali Nam si tùm quoque cùm factum iudicis interueniente Cæsaris authoritate est factum partis, non tamen tenetur debitor vtili actione ex empto ad id omne quod interest creditoris cui addictum pignus est, non magis quàm ad id quod interesset extranei emptoris cui in executione iudicati venditum pignus fuisset; quid causæ est obsecro, cur durior esse debeat conditio debitoris impetrato à Cæsare dominio pignoris conuentionalis postmodum euicti, cùm hoc casu nullum penitus debitoris factum intercedat, neque verum, neque fictum, nec possit videri creditor emisse pignus quod ille solus potuit & debuit vendere iure creditoris non etiam iudex, non Cæsar ipse ante debitoris condemnationem. Denique impetratio hæc dominij pignoris conuentionalis, nunquam locum habet nisi ex necessitate & in subsidium venditionis quam facere creditor potuerat iure creditoris, si emptorem inuenisset. Quo nullo existente, non potest creditor loco extranei emere, ne à seipso emere videretur. Quod dissimile est cùm in iudicati executione pignus venditur quia tunc licèt postulante creditore fiat venditio, non tamen ab ipso creditore fit sed à debitore per mediam personam iudicis repræsentantis factum debitoris inuiti quidem, sed iam condemnati. Itaque horum omnium casuum is ordo & ea distinctio esse

debet, vt debitor qui vel extraneo pignus conuentionale vendidit vel in solutum dedit creditori, si posteà secuta sit euictio, duriùs teneatur de euictione quàm qui pignus iudiciale extraneo vendi à iudice aut creditori addici passus fuit, etiam interueniente Cæsaris authoritate. Ille enim qui vendit ipse, aut dat in solutum tenetur vtili actione ex empto non tantùm ad reddendam quantitatem debitam sed etiam in omne id quod prætereà interest creditoris *dict. l. 4. Cod. de euict.* Hic verò quanti creditoris interest sed ad pretium duntaxat, & pretij vsuras *dict. l. si plus 74. §. 1. D. eod.* Qui autem neque vendidit ipse neque in solutum dedit, neque aut extraneo vendi à iudice iudicatum exequente aut creditori ipsi in creditum addici passus est, sed solummodò in solutione cessauit per tantum temporis vt creditor ius dominij à Cæsare impetrauerit. Hic certè euicto quandocumque pignore nullomodo tenetur ex empto de euictione ne quidem ad pretium vsuràsque pretij quod nullum est, sed recidit in obligationem primam, & pignoratitia actione contraria potest perinde conueniri ob id quod rem alienam aut alij obligatam in pignus dederit, atque si creditor ius dominij in eo pignore nunquam impetrasset *dict. l. si rem.* Quid enim est quod debitor hoc casu vendidisse videri possit cùm nihil sit quod creditor emere potuerit, quippe qui non emendi ius vllum habuerit, sed tantùm vendendi, quique ius impetrandi dominij non alia de causa habuerit quàm quia pignoris emptorem nullum inuenerit. Non enim bona consecutio est in pignore conuentionali, vt quia emptor alius non reperitur, possit creditor sibi ipsi pignus vendere aut in solutum dare, cùm nulla id ratione fieri possit. Sed in pignore tantùm iudiciali id obtinet, quia licèt postulante creditore eodémque victore vendatur, non tamen creditoris nomine venditur, vt diximus, sed debitoris, ideóque à creditore emi potest, ac proinde eodem iure censeri quod si pignus illud venditum à debitore fuisset creditori.

ERROR IX.

An euicto pignore quod datum fuerat in solutum ressuscitentur pignora, Et quid si per transactionem datio in solutum facta sit.

EXplicationis difficilioris est quod apud Vlpianum *in d. l. eleganter 24.* in fine responsi scriptum est, *& compensationem habere potest creditor si fortè pignoratitia vel ex alia causa cum eo agetur.* Nam si verum est quod sub Vlpiani nomine in præcedentibus scriptum legimus, Videri recessum à priore contractu per impetrationem dominij à Cæsare, Quomodo fieri potest vt creditor ab eo tempore conueniatur pignoratitia actione? Etsi enim non priùs pignoratitia competere debitori aduersus creditorem potest, quàm finita sit pignoris obligatio solutione aut alia satisfactione *l. si rem 9 §. omnis pecunia D. de pignor. act.* Attamen cùm pignoratitia non aliunde nascatur quàm ex contractu pignoris *l. 1. §. creditor D. de oblig. & act.* Vnde & à Papiniano dicitur dari de pignore *in l. pen. de pignor. act.* fieri certè nequit, vt competat ex eo contractu pignoris à quo fuerit recessum. Auget verò dubitationem, quòd ponimus hoc pignus cuius dominium creditor impetrauerit à Cæsare posteà euictum fuisse, siue quòd res pignorata esset aliena, siue quòd alteri esset obligata. Quænam enim actio pignoratitia superesse potest debitori contra creditorem cui pignus euictum fuit, quique eo nomine pignoratitiam contrariam habere aduersus debitorem possit, tanquam deceptus *d. l. si rem in princ. & l. 3. & d. l. inter 16 §. 1. eod. tit.* Aut qua fronte possit debitor vrgere restitutionem pignoris quòd euictum fuisse nec in creditoris potestate amplius esse appareat? Quis denique iudex propitiis auribus debitorem audiat agentem pignoratitia de ea re quæ non tantùm euicta sit sed etiam cuius nomine ipse de euictione teneatur? *vulg. l. vindicantem 17. l. Seia 73. D. de euict.* Bartolus post Accursium sic intelligit vt quamuis debitor pignus dederit creditori in solutum, non tamen amittat actionem pignoratitiam aut si quam habeat aliam putà legis Aquiliæ contra creditorem ob aliquod damnum quod creditor dederit in pignore. Sed hæc interpretatio nimis iudicio meo improbabilis est. Quomodo enim potest legis Aquiliæ actio ei competere qui dominus non fuit, quique rem alienam pignori dedit quam posteà dominus euicerit? *l. liber homo 13. in princip. & §. si seruus & pass. ad leg. Aquil.* Aut quis credat eum qui pignus dederit in solutum creditori aliquam actionem sibi saluam relinquere voluisse de damno quod in eo pignore anteà creditor dederat: Ita enim fieret vt ex ea causa posset ille ipse pignus euincere quod in solutum dedisset: Quod certè ferendum non est, ne tùm quidem cùm is qui pignus vendidit aut in solutum dedit non tenetur de euictione, vt in *l. etsi iure 10. D. de distract. pignor.* Multò minùs si teneatur vt hic debitor de quo tractamus, Nam qui dat pignus in solutum suo creditori, transegisse de omni eo videtur, quod ob illius pignoris causam vel petere potuit vel præstare debuit *arg. l. a Diuo Pio 15. §. si pignora D. de re iudic.* Sed & cùm non alij dentur actiones quàm ei cuius interest *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. § alteri De verb. obligat.* planè non video quid interesse possit debitoris post euictionem dati pignoris, siue ideò euictum sit quòd aliena res pignori data fuerat: qui casus nullam penitus habet dubitationem, siue quòd anteriori alij creditori iam fuerat à domino anteà obligatum. Nam & cùm damnum aliquod in pignore datum est siue à debitore ipso, siue etiam ab alio, creditoris solius actio est cuius potissimum interest ne pignoris deterior conditio fiat, vnde est quod etiamsi pignus furto subtractum est, soli tamen creditori actio furti competit & quidem in solidum, id est credito tenus, sed in totam æstimationem rei subreptæ, Licèt omne id quod excedit debitum cogatur ille subinde restituere debitori pignoratitia actione *l. creditoris 15. D. de furt.* Ergo & de deterioratione quæ à posteriore creditore facta sit in pignore, actio competet anteriori non debitori qui rem iam vni obligatam alij obligauit. Nam quidni competat creditori euincenti potiùs quàm debitori cuius potiùs dãno cedit euictio? Nec téperare sibi potest Castrensis quin exclamet esse hanc Accursij opinionem valde notabilem & quæ alio nullo iuris loco probari possit, & de qua magnam manum facere (sic enim loquitur) quilibet debeat, vt si dedisses damnum in re tibi pignorata sienti incepisti mihi teneri pignoratitia, licèt illam rẽ dem tibi posteà in solutum, remaneas tamen obligatus ad illud interesse adeóque etiãsi illa res à re euincatur. Nam non propterea, inquit, reputatur aliena quantũ ad hoc vt mihi non competat actio pro deterioratione. Ita Castrensis omnino sic legẽdus & emẽdandus, cum quo dicerem libenter esse hoc nõ modò menti tenendum sed etiam habendum pro mirabili si esset verum. Sed quanã obsecro ratione possit quis

id

id verum credat? Neque verò ipse vt puto Accursius aut Bartolus, & Castrensis aliique interpretes vnquam credidissent, si quam aliam probabiliorem legis sententiam excogitare potuissent Ego verò qui totum hunc locum Vlpiani à Triboniano corruptum fuisse arbitror, facilè coniicio, quid Vlp. senserit, & huius vltimæ clausulæ optimum sensum esse video, si cum eo quod Vlpianus scripserat, non cum Triboniani sensu conferatur. Nam cùm Vlpianus ad propositam quæstionem respondisse haud dubiè, Contrariam actionem pignoratitiam competere creditori cui euictum est pignus cuius dominium impetrauerat ille à Cæsare, siue dominij, siue anterioris pignoris iure secuta euictio fuisset, *ex l. rem alienam 9. in princip. & d. l. tutor. 16. §. 1. eod. tit.* Monuit & subiecit non tantùm posse, creditorem vltrò eiusmodi actione experiri sed etiam si primus conueniatur pignoratitia vel qua alia de causa, posse illum compensare, atque ita per oppositam compensationis exceptionem retinere id ipsum omne quod per pignoratitiam contrariam petere & consequi potuisset. Cui enim damus actionem multò magis damus exceptionem ex vulgari iuris regula. Admittit ergo Vlpianus, Etiam post euictionem pignoris durare pignoratitiam nec tantùm contrariam sed etiam directam. Quod ait de contraria neque nouum, neque mirum est. Nam quemadmodum actio ex empto quæ ante traditionem rei venditæ competebat emptori ad hoc vt res traderetur, eadem post factam quoque traditionem si modò sit secuta euictio durat adhuc in id quod interest vt suprà diximus *ex l. empto 11. §. 1. D. de act. empt. l. si in venditione 60. D. de euict.* Ita & contraria pignoratitia quæ competit creditori cui res aliena vel alij obligata pignori data est, etiam priùs quàm res euincatur, in id scilicet quod interest creditoris *dict. lege si rem 9. in princip. & in fin. dict. l. tutor 16. §. 1. D. de pignor. action.* Quidni durabit ac multò magis competet secuta euictione? Sed quod addit Vlpianus de pignoratitia directa debitori data contra creditorem cui pignus euictum est, & difficilius sane videtur, & cùm non possit eo sensu accipi quem post Accursium interpretes sibi finxerunt necessariò ita accipiendum est, vt hic creditor habuerit pignori à debitore alias res præter eam cuius dominium impetrauerat à Cæsare & quam ponimus euictam fuisse. Itémque vt debitor qui sciebat impetrationem illam dominij fuisse irritam ob secutam euictionem, totam debiti quantitatem suo creditori obtulerit atque ita pignoratitia agere cœperit, ad restitutionem non fundi euicti sed aliorum pignorum siue bona debitoris omnia generaliter vt fit essent obligata & quædam ex iis tradita, siue plura specialiter, sed quorum dominium impetratum à Cæsare non fuisset. Quanquam enim bona debitoris vniuersa obligari poterant, Vniuersorum tamen neque possessio, neque dominium peti poterat aut impetrari *l. 1. Cod. de iur. domin. impetr.* Nimirum sciebat hic debitor per impetrationem dominij vnius ex pignoribus quæ propter euictionem nullum effectum habuisset, non fuisse liberata cætera pignora cùm creditori neque solutum quicquam, neque satisfactum vnquam fuisset. Proinde noua solutione opus sibi esse ad repetenda cætera pignora per actionem pignoratitiam directam. De qua multò minùs dubitari poterat quin competeret debitori parato soluere omnem eam quantitatem pro qua pignorum obligatio contracta fuisset. Hoc igitur casu placet Vlpiano pignoratitiam quidem directam competere debitori totum scilicet debitum offerenti. Sed tamen si ea actione creditor conueniatur, dandam ei compensationem & exceptionem, id est aliorum pignorum retentionem non pro debito quod ponimus offerri à debitore, & quod oblatum esse necesse est priùs quàm pignoratitia vlla possit competere, sed pro eo quod præterea interest creditoris euictum pignus non fuisse. Contraria enim pignoratitia sicut & directa nec ad quantitatem certam competit, sed ad id quod interest *d. l. si rem §. vltim.* Negari autem non potest quin creditoris intersit supra quantitatem debiti cùm maluisset fundum pignoratum cuius dominium impetrauerat, iure dominij possidere quàm sibi debitam pecuniam habere si forte pluris erit pignus illud quàm debitum Neque enim Vlpiani temporibus adhuc obtinebat quod Iustin. constituit *in l. vltim. eod. tit. De iur. domin. impetr.* vt si pluris esset pignus cuius dominium creditor impetrauerat, deberet ille creditori reddere pignoratitia actione quod amplius esset in pretio iusti pignoris, quàm in debito: Aut si iam olim id obtinuisse quis credat (nec enim ex legibus quas in Pandectis & Codice habemus certò id coniici potest) tanto facilius interpretatio nostra admittenda erit, vt de ea pignoratitia directa Vlpianus senserit, non quæ pro damnis præteritis danda sit post euictionem, vt volunt interpretes, sed neque pro superfluo æstimationis pignoris quod ponimus euictum fuisse, sed pro aliis pignoribus datis nec euictis. Nam si pignoratitia directa competeret etiam pro superfluo pignoris cuius dominium impetratum fuisset à Cæsare si dominium illud euictum postcà non fuisset, Multò magis competet pro aliis pignoribus non euictis si modò esset oblatum debitum pro quo ea pignora data essent. Illud certè dici, aut tẽtari nullomodo potest, vt debitor exercere possit directam pignoratitiam pro eo ipso pignore quòd euictum fuit. Et si. n. non ignoro eũ quoque qui rem alienam pignori dedit posse soluta pecunia experiri pignoratitia vt disertè idem Vlp. scribit. *in d. l. si rem 9. §. 1. quoque De pign. act.* Absurdum tamen fuerit dicere hanc actionem debitori qui alienam rem pignorauit competere post euictionem ad eam ipsam rem restituendã quæ euicta sit, & cuius nomine teneatur potiùs ipse debitor creditori pignoratitia contraria *d. l. si rem in pr. & d. l. tut. § 1. eo.* Nam si alia causa nulla est propter quã cõtraria illa pignoratitia danda sit creditori cui res aliena aut alij obligata pignori data est etiam ante euictionem, Nisi quia in eo res est vt euinci quandoque possit *d. l. si rem & d. l. tutor. 16. §. 1. eodem.* An non multò maior ratio est vt eadem competat post euictionẽ secutam? Quis verò patiatur directam & contrariam pignoratitiam eodem respectu competere, id est ob hoc ipsum quod pignus euictum fuerit? Itémque vt cogatur creditor id reddere quod non habet, quòdque sine vllo dolo suo malo & sine culpa habere desierit *arg. l. mulier. 21. §. sed enim D. ad SC. Trebell.* Ergo vel tantò magis fatendum est quod probauimus in præcedentibus, totum hunc Vlpiani locum à Triboniano corruptum esse nullámque posse admittere probabilem interpretationem, vel si postrema hæc verba retinere quis velit, necessariò recipienda est nostra interpretatio, vt de ea pignoratitiâ siue Vlpianus, siue Tribonianus senserit quæ competat debitori soluta pecunia pro aliis pignoribus recuperandis non pro eo quod euictum fuit. Qua porrò interpretatione admissa, intelligimus falsum etiam esse quod volunt interpretes, probántque potissimùm ex hac ipsa *l. eleganter.* Tam per interpretationem dominij rei pignoratæ quàm per dationem in solutum, vsque adeò finiri ius pignoris & à priore contractu recedi, vt pignora quoque omnia quæ contractui priori accesserant liberentur, nec euicto pignore ressuscitarentur. Nam si in personali quoque actione ea sententia falsa est, vt probauimus in

ipræcedentibus maximè *ex d. l.libera 8. C.de sentent. & interloc.omn.iudic.& d.l.qui res 98.in princ.De solut.* Quantò falsior est in hypothecaria quæ vt toties diximus perpetuas illas habet suas conditiones, Si solutum sit vel aliter eo nomine satisfactum, quibus cessantibus tenet *d.l.grege 13.§.etiamsi D.de pignor. d. l.debitor 59.ad SC.Treb.d.l.pen.§.1.De except. rei iudic.* Quis enim solutum aut satisfactum esse dicat propter datam in solutum eam rem quæ postmodùm euicta proponatur? Adeò vt nec aliud probandum sit tametsi non aliena res pignori data fuerit, sed propria debitoris ac proinde eius dominium translatum fuerit in creditorem: Etsi enim hoc casu duplex ratio subesse videtur extinguendæ hypothecariæ, Vna, quòd aliquomodo satisfactum videri possit creditori, qui eam rem in solutum accepit, saltem quandiu & euicta non est, Altera, quòd non possit pignus perseuerare post acquisitum creditori dominium pignoris, Attamen euictio quandocunque pignore cessat vtraque ratio, Et ideò quamuis expectanda sit euictio vt appareat debitorem qui pignus in solutum dedit nec liberatum fuisse nec liberari eiusmodi datione potuisse Interim tamẽ in suspenso est liberatio, quia verum est eum ei rẽ posse quod sufficit licèt nõdum euicta sit *d. l.rescriptum 10.§.1.ad fin.De distr. pign.d.l.si rem 20.l.qui res 98 in princ.D.de solut.* Cùm verò ea pluribus pignoribus datio vnum duntaxat vel iure dominij possessum fuit vel datum in solutũ, Vna tantùm ratio est quæ videatur suadere cætera quoque liberata esse, solutionis scil. aut saltem satisfactionis potestate. Nam consolidatio hic & confusio dominij nulla est quantum ad cætera pignora quę in debitoris aut alterius quàm creditoris dominio remanserunt, Et tamen nec illud quidem pignus quod iure dominij possessum fuit vel datum in solutum, adeò extinguitur vt non reuiuiscat si aliqua sequatur euictio per hypothecariam ab aliquo posteriore creditore institutam, vt constat *ex l. 1. C.si antiq.credit. pign vendid.* Non enim potest aut debet fieri durior & deterior conditio creditoris ob id quod pignoris dominium postea sibi acquisiuerit, vt eleganter ratiocinatur Castrensis *ad dict. l pen.§.1.De except.rei iudic. l. in bello 12. §. si quis seruum vers. rursum D.de capt.& postlim.* Atqui si creditor anterior pignus non accepisset in solutum, non potuisset inquietari à posteriore nisi per ius offerendi. Ergo vel si pignus illud acceperit in solutum, quemadmodum nec pignus anterius tollitur cùm prior creditor dimittitur ex pecunia posterioris, si modò conuenerit vt posterior succedat in ius & locum anterioris *l. 1. C. de his qui prior. cred. loc. succed.* Sunt qui in hanc rem illud etiam affectant, quod scriptum est *in l.eum qui 17.aliàs l.qui à debitore D.qui potior.in pignor.hab.* Eum qui à debitore suo prædium obligatum comparauit, eatenus tuendum quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia peruenit. Nec malè si in ea lege retineas dictionem *suo*, quæ tamen tanquam irreptitia & suspecta asterisco notata est, Et meliùs, meo iudicio, quia probabilius est loqui eam legem de extraneo, qui à debitore alieno prædium quod alij non ipsi emptori fuerat obligatum, comparauerit. Alioqui non de comparato, sed de in solutum dato fundo lex loqueretur, neque de tuendo emptore in eã quantitatem quæ ad creditorem anteriorem peruenisset, sed potiùs in eam quæ ipsi emptori, eidémque anteriori creditori debita fuisset. Suaues verò sunt mehercule illi qui cùm negare non possint & vinculum & ordinem pignoris durare, tametsi pignus datum sit in solutum creditori anteriori si fortè posterior aliquis creditor hypothecarius velit illud euincere. Sciunt distinguere an de pignore disputet creditor anterior aduersus debitorem ipsum, an contra posteriorem creditorem, Vt primo casu totum pignus censeatur extinctum sit nec resuscitetur aduersus debitorem, siue hypothecariam exercere velit creditor in eam ipsam rem pignoratam quæ data in solutum fuit, siue in alias res pro eodem debito pignoratas & à debitore ipso possessas, quòd per eiusmodi dationem in solutum à priore contractu recessum sit quantum ad ipsum debitorem. Altero verò casu non sit extinctum pignus fauore posterioris creditoris, cui scilicet contractus inter alios initus non debeat prodesse sicuti nec posset nocere. Sic enim ratiocinatur Io.Petrus Surdus *Decis. Mant.266.* vbi defendit mordicus hanc distinctionem, Nec dissimulans ita fore vt secundum hanc sententiam idem pignus habeatur pro extincto & non extincto, sed negat id absurdum esse propterea quòd diuersis respectibus id fiat. Nimirum vt sit extinctum ius pignoris quantum ad debitorem, non sit autem quantum ad posteriores creditores. Quod tamen ridiculum certè est. Iudiusis namque pignoris causa non patitur, quod nec in aliis ferè causis licèt vt vna eadémque res diuerso iure censeatur *l.rem hæreditariam 66. D. de euict.iunct.l.eum qui edes 23.D.de vsucap.* Neque verò diuersitas sola personarum potest inducere diuersitatem respectuum, cùm quæritur de iure pignoris quod vinculum & ius rei est, non personæ. Vnde fit vt si ex pluribus debitoris pignoratitij hęredibus, vnus partem suam debiti hæreditarij soluerit, nulla tamen ex parte pignus liberetur *l. 1.& 2.C.si ex plurib.hered.debit.vel credit.* Cùm tamen si posset pignus hanc diuisionem admittere diuersis respectibus dicendum esset, extinctum esse pignus pro eius hæredis parte qui soluisset, Non esse autem extinctum pro parte illius qui non soluisset. In illo sanè sed grauiùs & periculosiùs errant plerique pragmatici, quod sibi persuadent, si pignus datum sit in solutum creditori ac postea per hypothecariam euictum fuerit à posteriore creditore, deinde redierit in dominium & potestatem debitoris, aut nouę probationes superuenerint anterioris pignoris quod in eadem re in solutum data is habuerit cui euictum fuit, vt in specie *d.l.pen.§.1. De except. rei iudic.* Non tamen licere creditori rursum in eũdem fundum hypothecaria agere, quasi soluto omni pignore per dationem in solutum & acquisitionem dominij. Maximè verò inquiunt si datio in solutum facta sit animo nouandi, vt puta per transactionem cuius singulare ius esse creditur, vt semper nouet præcedentem obligationem. Ex Dec. *consil. 400.* & ea lis quæ nos tradidimus in nostro Codice *Defin. 2. De transact.* Hoc enim casu nec patiuntur, vt creditor cui per transactionem datum est pignus in solutum, tueatur se iure pignoris anterioris aduersus posteriorem creditorem. Apertè contrà quàm scriptum sit *in d. l. pen. §.1. De except.rei indic.* vbi licèt non tractetur de re quæ data sit in solutum debiti, tractatur tamen de re tradita transactionis titulo, & cuius dominium fuerit translatum in creditorem & postea euictum. Nec eo minùs tamen respondet Paulus, durare pignus & pignoratitiam id est hypothecariam actionem, etiam creditorem qui euicerat, propterea quòd verum sit neque solutum fuisse debitum neque aliter satisfactum. Quid enim possit addere datio in solutum ad acquisitionem dominij vt tantò magis pignus extinguatur? Aut quis satisfactum dicere possit creditori qui pignoris in solutum dati euictionem passus est? Quid denique potest facere nouatio ad extinguendum ius pignoris in ea ipsa re quæ data sit in solutum; Etsi enim constat nouatione facta liberari fideiussores & pignora *l. nouatione 18. D.de nouat.* Certi tamen iuris est, si eadem pignora in

in secundam obligationem translata sint, videri creditorem in suum ipsius locum succedere & anterioris pignoris ordinem retinere *leg. 3 l. credi-tor 12. paragrapho Papinianus* aliàs *l. si prior l. vltim. D. qui potior. in pignor. hab.* Quantò magis diceudum est retineri eundem ordinem pignoris contra quoscunque creditores ab eo qui accepto in solorum pignore id egit vt eius quoque dominiumj sibi acquireret? Nisi fortè quis putet minùs esse dominiom sibi acquirere quàm nudum ius pignoris retinere, quod absurdum sanè est. Nam vt suprà diximus non debet fieri deterior conditio creditoris hypothecarij ob id solùm quòd pignoris sui dominium acquisiuerit cùm in eo quod plus est etiam id quod minus est contineatur *dict. leg. 1. Cod. si antiq. cred. pign. vend.* vbi textus est apertissimus quem effugere pragmatici nunquam possit. Neqoe verò id negat Surd. *d. decis. 266.* sed meliorem facit conditionem creditoris cui datum est pignus in solutum contra posteriores creditores quàm contra ipsum debirorem. In quo certè manifesto errore labitur. Quidni enim dicamus potiùs durare hypothecariam contra debitorem, quàm contra quemlibet ex debitoris creditoribus posterioribus? Siquidem maior ratio semper suadet vt succurratur creditori qui & de damno vitando certat & ex contractu alieno conuenitur, quàm, debitori qui ex suo facto proprio creditore. Nec planè video quia fronte possit recusare debitor quominùs hypothecariam suscipere cogatur si ea ipsa res quam in solutum dederat euicta creditori rursum in eiusdem debitoris dominium redierit. Nam quod Iustinianus constituit *in leg. vltim. Cod. de remiss. pignor.* vt pignus quod ex voluntate creditoris finitum semel & extinctum fuerit, nunquam ex eo solo resuscitatur quod eadem res in debitoris potestatem peruenerit, quamuis bona debitoris omnia & præsentia & futura obligata proponantur, ad hoc casum non pertinet in quo non potest imputari creditori cui pignus remiserit quod non aliter remissum voluit, quàm si pro pignore ius dominij in ea re sibi acquireret, Potiúsque imputandum est debitori cur alienam rem aut alij obligatam & in pignus & in solorum dederit, quæ ideò postmodùm sit euicta, Cùm eo nomine potuisset creditor agere contraria pignoratitia etiam nulladum euictione subsecuta *dict. leg. si rem 9. in princip. & dict. leg. eum. 16. paragrapho primo, De pignor. act.* Neqoe pro pragmaticis facit quod afferunt ex Baldo *ad dict. leg. libera in fin. Cod. de sent. & interloc. omn. iudic.* vbi sententiam Butrigarij improbat, qui putabat etiam illo casu quo vtilis actio ex empto accommodata sit ei cui euictum est pignus quod in solutum datum fuerat, priores hypothecas durare, Magísque probat vt id tùm demùm obtineat cùm data est in solutum res pro re per speciem contractus innominati, non etiam si res pro pecunia, quòd eiusmodi datio in solutum sit similis contractui nominato emptionis & venditionis. Nam apertissimum est Baldum eo loco non de ea re loqui quæ ipsa in solutum data sit, sed de aliis pignoribus pro eodem debito datis, Vt constat ea ratione illa quam affert, quòd si creditor ipse ea pignora possideret vtique pignoratitia conueniri posset tanquam cui satisfactum esset per dationem in solutum. Quia enim daret debitori pignoratitiam eo eam rem quam ipse in solorum dedisset? Ergo de aliis pignoribus sensit Baldus non de ipso pignore in solutum dato. Quanquam non minus ille labitur in eo quod habet pro satisfactione dationem in solutum pignoris posteà euicti, quando data est res pro pecunia. Cùm tamen fateatur non posse haberi pro satisfactione si res pro re data sit, & secuta fuerit euictio, quasi vno casu potiùs quàm alio satisfecisse videri possit debitor qui rem alienam alij obligatam in solutum dedit, qoique ab initio eam rem siue alienam siue alij obligatam dando pignori pignoratitia actione contraria ob hanc causam conueniri potuisse. Quæ sanè per dationem in solum subsecutam æquè improbam extingui nullomodo potuit, Aut quasi traditio quælibet facta siue dationis in solutum siue alio quocunque titulo etiam transactionis, vt *in dict. leg. pen. paragrapho primo, De excep. rei iudic.* non perinde habenda sit acsi facta nunquam fuisset euictione quandocunque secuta; Potestate scilicet euictionis, vt sæpiùs diximus, tollente intellectum traditionis *argum. leg. si patroni 51. paragrapho vltim. ad SC. Trebell.* Vt proinde frustra sit distinguere cum interpretibus an datio facta sit an traditio, Cùm datio sine traditione fieri nulla possit, nec inter dationem & traditionem quantum ad factum quicquam intersit, sed duntaxat quantum ad iura effectum, quòd per traditionem non transferatur ex necessitate nisi possessio, Dominium verò per consequentias si cum possessione sit coniunctum quo casu traditio euadit in dationem *leg. traditio 20. D. de acquir. rer. domin. dict. leg. ex empto 11. paragrapho primo, D. de action. empt. leg. per procuratorem 8. Cod. de acquir. poss.* Obiicitur etiam à pragmaticis quod scriptum est *in l. si pro fundo. 32. Cod. de transact.* si per transactionem conoenerit vt pro fundo quem actor petebat prædium certis finibus liberum reus daret, & dederit, licet id prædium obligatum posteà vel alienum fuerit probatum, restaurari tamen decisam litem non posse, sed ex stipulatione si qua interoenerit, aut si non sit interposita actione ciuili præscriptis verbia agi oportere: Sed nemo non videt tractari eo loco de prædio non in solutum dato sed transactionis causa præstito: qui casus longè diuersus est. Etsi. n. nemo dubitat, quin etiam per transactionem datio in solorū, fieri possit, aliud tamen est dare quid per trāsactionem in solutum, Aliud verò pro eo quod petebatur aliqoid tradere vt quis se à lite & molestia liberet. Priore casu si datio in solutum per transactionem facta sit pro debito liquido & confesso, & res quæ in solum data est euicta sit, instaurari quidem lis non potest, sed id quod debitum fuisse constat perinda prima actione petetur acsi nulla datio in solorum facta. Omnis namque in solutum datio confessionem certam debiti antecedentis præsupponit, siue ex contractu debebatur anteà, siue ex iudicato quod plerúmque accidit cùm transigitur in executione iudicati si fortè vel de eo dubitetur an iodicatum sit, vel iudicati authoritas per appellationem infringi aut quo alio iuris remedio attentari possit, loquitur Vlpianus *in leg. & post rem 7. paragrapho 1. D. de transact. & leg. eleganter 23 paragrapho si post D. de condict. indeb.* Neque necesse est hoc casu instaurare litem ad petendom id qood iam aliunde & ex alia quam transactionis causa debeatur. Sufficit enim prima causa debiti quæ non magis per transactionem extincta videri potest cùm transactio ipsa cōtinet agnitionem & appro-

bationem debiti pro quo aliquid in solutum datum fuit, quàm per dationem in solutum, quæ propter secutam euictionem effectum iuris habere nullum potuit. Posteriore verò casu cùm per transactionem datum aliquid est non in solutum, sed in vicem eius quod petebatur, & quod non erat sine controuersia, & ob id solùm vt a lite discederetur, vt in specie *d. l. si pro fundo*, secuta euictio rei per transactionem datæ sicuti litem restaurare non debet, odio scilicet litium quæ nihil nisi discordiarum inter ciues & rixarum materiam præbent, ita neque primam actionem ressuscitare quæ nulla fuit certa & indubitata, neque pro ea ipsa re data ex causa transactionis, de qua ne quidem controuertebatur, neque pro debito aliquo quod soluendum fuerit aut pro quo deberetur res illa dari in solutum, cùm tale debitum nullum præcesserit, sed duntaxat tanti habuerit reus carere prædio quod per transactionem dedit pro fundo qui petebatur, ne diutiùs pro eo fundo litigaret, vt *in leg. 4 paragrapho primo De alien. iudic. mut. caus. fact.* Nam & obseruandum est *in dict. leg. si pro fundo*, proponi factam transactionem, datúmque prædium non pro fundo debito, sed pro fundo qui petebatur, scilicet iure dominij & per vindicationem aut saltem per hypothecariam: Vindicationes enim siue dominij siue pignoris nullam obligationem præsupponunt, cum aduersus eum solum dentur, qui nullo iure obligatus est *paragrapho primo Instit. de action.* Quænam igitur obsecro fingi posset obligatio, quæ ressuscitari deberet per euictionem prædij quod alienum fuerit vel alij obligatum, Cùm obligatio nulla præcessisset? Atque ita sanè intelligi lex illa debet. Quod autem in eadem lege sequitur *si tamen res ipsas apud te constitutas ob quarum quæstionem litis interesset decisæ, fiscus vel alius à te vindicauit nihil petere potes*, non melius ab iis acceptum est qui eam illius versiculi sententiam esse putant. Vt si pro fundo quem petebas fundus tibi traditus sit & restitutus à possessore, ac posteà euictus nullum habeas regressum aduersus eum qui restituit. Etsi enim hæc quoque sententia vera est, quia non se obligat de euictione is qui rem quam actor petit ei restituit, Verbis tamen legis conuenientius videtur quod & Bartolus & alij veteres voluerunt, vt hic versiculus ad euictionem earum rerum pertineat non quæ in transactionis implementum restitutæ fuerint, sed quæ per transactionem manserint penes possessorem apud quem iam ipso transactionis tempore constitutæ erant. Nam cum transactio non nisi aliquo dato vel retento fieri possit *leg. transactio 38. eod. tit.* Alterutrum ferè fieri necesse est vt vel reus eas res quas possidet ac de quibus litigatum & transactum est sibi retineat aliquo vicissim dato, Vel vt easdem res actori restituat, aut denique aliquid earum vice, si res ipsas quæ petebantur restituerit reus, & eæ postmodum euictæ sint, nihil ipse præstat eo nomine, sin aliæ res in earum quæ petebatur vicem datæ, Tùm verò secuta euictione aut ex stipulatu agendum est si de ea re stipulatio interposita sit aut vtili actione præscriptis verbis si nulla stipulatio interuenerit, sed si res, quæ petebantur ab actore, penes reum eundémque possessorem remanserint, nihil causæ est cur earum euictionem præstare actor debeat, quam non promiserit, etiamsi aliquid vicissim à reo ex illa causa acceperit. Cùm non possit videri reus eas res ideò amisisse quòd actor per transactionem eas penes reum manere passus sit, sed ob id potiùs quod alienas ipse aut alij obligatas possideret. De quo tamen dubitandi ratio illa subesse videbatur, quòd quemadmodum in priore legis parte rescripserant Imperatores, Dandam actionem ex stipulatu aut præscriptis verbis contra reum actori cui euictum est prædium quod reus dederat pro fundo qui petebatur, Ita è contrariò, idem dici deberet si fundus qui petebatur penes reum mansisset ac posteà ei euictus esset vt non aliud in reo constituatur, quam in actore. Sed euidens diuersitatis ratio illa est, quod æquum sit euictione secuta eius rei quam dedit is à quo alia petebatur, teneri reum qui alienam dedit, aut alij obligatam. Iniquum autem fuerit teneri similiter reo actorem ob euictionem illius rei quam actor non ipse dederit, sed tantùm penes reum manere per transactionem passus sit, quam volebat ei anteà per litem euincere. Atque ex his totus iste tractatus explicitus sit difficilis sanè ac perplexus, *De aliena re vel alij obligata in solutum data creditori & euicta.* Hanc ipsam quæstionem inter Gratisnopolitanæ Curiæ noua Placita nuper edita tractauit perelegantes ac subtiliter vt solet omnis clarissimus D. Claudius d'Expylli in amplissima illa Curia Consilistius & Aduocatus Regius eloquentissimus, Vir mira & maiore nescias an eruditione an facundia intèr tot tantósque Regios in Galliis Aduocatos celeberrimos præstantissimus. Nec tantùm in iis, quæ ad Iurisprudentiam nostram pertinent, quam tamen vnam præcipuo quodam vt decet ac singulari studio colit. Sed in cæteris quoque omnibus politioris literaturæ partibus ita versatus, Vt tantò feliciorem se magna illa Curia iactare hodie possit, quæ adeò illustrem Placitorem suorum enarratorem nacta est, quantò infeliciora fuerunt præterita secula, quæ veterem illum Guidonem Papium, magnum sanè alioquin, nec vnquam satis laudatorem Iureconsultum eidem Curiæ & in easdem propemodum curas olim pepererunt.

ERROR X.

Retractata quæstio De ratione iuris accrescendi. Ad l. qui patri 59. D. de acquir. hæred. Et de conciliatione l. triplici 142. D. verb. signific. cum l. item quod Sabinus 17. §. vnde idem tractat. D. de herede instit.

DVas in obscurissimum ac difficiliorè tractatum illum De iure accrescendi Decades 49. & 50. integras consumpsimus vt nequit à nobis quod ad exactissimam totius tractatus cognitionem pertinet, prætermissum existimaretur. Sed tamen supersunt duo explicanda paulò clariùs, vt doctissimis plerisque iuris nostri studiosis, qui hac de re nobiscum ab eo tempore per literas contulerunt, pleniùs satisfaciamus: Primum est, circa rationem quæ ius accrescendi in hæreditatibus induxit: Alterum verò circa interpretationem *leg. triplici 142. de verborum signifi.* Paulique cuius illa lex est conciliationem cum Vlpiano *in l. item quod Sabinus*

binus 17. §. vnde idem tract. D. de hær. instit. Docuimus non aliam esse rationem quæ inter hæredes etiam inuitos ius accrescendi inducere potuerit, Quàm quia sicuti hæreditas, ita & hæredes personam defuncti repræsentent, quæ porrò cum indiuidua sit, repræsentari pro parte non potest. Vulgaris enim illa, quæ ab interpretibus affertur, ratio, quo alioqui pro parte quis testatus & pro parte intestatus decessisse intelligeretur, nimis euidenter falsa est, Cùm ab intestato habere locum nequeat, & inter legitimos hæredes, inter quos tamen etiam inuitos perinde atque inter testamentarios iuri accrescendi locum esse constat *leg. si ex pluribus 9. D. de suis & legit.* Nec sanè video, quid obiici possit huic nostræ sententiæ præter scrupulum illum, quem inijcit responsum Neratij *in l. qui patri 59. D. de acquir. hæred.* vbi ait ille, Eum qui patri hæres extitit si idem filio impuberi substitutus est, non posse filij hæreditatem prætermittere, Adeò vt etiamsi viuo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit, is qui hæres extitit patri, pupillo quoque sit hæres necessariò. Eiúsque sententiæ rationem illam statim subiungit in hæc verba, *Nam si ipsum inuitum obligat hæredem* sc. patris ne possit filij hæreditatem prætermittere, *Coniungi eam* nimirum hæreditatem filij *paternæ hæreditati, & accrescendi iure cuicumque patris hæredi existimandum est*, id est siue substitutus ipse sit, siue extiterit hæres substituto, Etiam qui viuo pupillo sit defunctus. Idque *accrescendi iure* vt lex ait. Cùm tamen nemo possit negare duas esse hæreditates patris & pupilli, Quamuis non defuerint qui dicerent, & quorum tandem sententia obtinuit, Patris & filij vnum esse testamentum *l. paterfamilias 28. De reb. author. iudic. possid.* aliàs *l. 13. De priuileg. credit.* aut saltem vnius loco habendum *l. patris 20. De vulgar. & pupill. substit.* tanquam secundæ tabulæ principalium duntaxat partem obtineant *l. pen. D. testam. quem aper.* Sicut nec quisquam dixit Patrisfamilias & filij impuberis post patrem defuncti vnam duntaxat esse personam, licet quandiu filius in patris potestate est, non nisi vnius quodammodo personæ iure pater & filius censeantur, propter ius & vinculum patriæ potestatis *l. ne cùm filiofamilias 18. D. de furt. l. imperator 50. D. ad SC. Trebell. l. siue emancipatis 17. C. de donat.* Non ergo, inquies, ex hæreditatis, vt ita dicam, indiuiduitate, neque ex vnius personæ indiuiduæ repræsentatione nascitur ius accrescendi in hæreditatibus. Maximè si verum est vt est, quod in secunda huius Chiliadis parte docuimus, Tractari à Neratio casum illum quo pupillus fuerit à parte exhæredatus. Quid enim eo casu commune habet hæreditas pupillaris cum paterna? Scrupulus certè non leuis est, nec ita facilis aut cuique obuia nodi huius explicatio. Sed tamen illud statim occurrit quod respondeam, ius accrescendi de quo Neratius loquitur, non illud esse cuius rationem totam ex hæreditatis indiuiduitate desumimus. Hæreditatis namque ista indiuiduitas, nec est nec intellectu ipso concipi potest, nisi cùm vna hæreditas est. At in specie quam Neratius tractat duæ omnimodo sunt, vt diximus hæreditates, Et quidem eiusmodi quæ nunquam iunctæ fuerunt, In quo differt casus ille Neratij ab eo, de quo Vlpianus *in l. ex facto si [illegible] 10. §. filio impuberi De vulg. & pupill. substit.* vbi agitur de substituto dato impuberi qui ipse patri hæres extiterit, & post acquisitam hæreditatem patris decesserit vt & *in d. l. paterfamilias 28. De reb. author. iudic. possid.* Alia igitur ratio quærenda est quæ ad Neratij responsum accommodari possit, Sed non alia responsio quæ nostram rationem De iure accrescendi in cuiusque hæreditate inducendo ab huiusmodi obiectione tueatur. Ratio autem si quid mei iudicij est, tota ex eo pendet, quòd licet patris & impuberis filij duæ semper & omni casu sint hæreditates quousque per sui hæredis existentiam vt vocant, iunctæ esse coeperint, & hæreditates esse desierint per aditionem hæreditatis pupillaris, siue testatus vterque decesserit siue vterque intestatus. Cum tamen pater non tantum sibi, sed etiam filio impuberi testatus fuit, vnum duntaxat iudicium est nimirum solius patris, quandoquidem filius in ea ætate iudicio caree intelligitur. Ex quo iam olim fieri Papinianus voluit, vt de inofficioso filij testamento dicere mater non possit, quia tametsi testamentum sit filij, attamen iudicium est patris, quemadmodum ex Papiniano Vlpianus disputat *in l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis D. de inoff. testam.* Nec alia ratio quærenda est quæ illud quoque tandem euicerit, vt patris & filij quamuis duæ sint hæreditates, vnum tamen testamentum esse censeatur, Adeò verum est ex arbitrio & iudicio solo testantis æstimari testamentum oportere. Hoc verò ita constituto succedit statim iuris regula quæ supremi iudicij diuisionem fieri nunquam patitur *l. 4. & leg. 5. §. 1. De legat. 2. l. eum qui 18. in fin. D de his quæ vt indign.* Proinde consequens necessariò fit, quod vult Neratius, Eum qui patri hæres extitit, si idem filio impuberi exhæredato substitutus sit, Non solùm hæreditatem pupilli quæ posteà obuenerit, prætermittere non posse, sed etsi viuo filio decesserit, transmissurum hæreditatem ad hæredem etiam inuitum. Tanquam quæ accrescendi quodam iure paterno coniungatur, propter iudicij paterni ex quo vtraque hæreditas defertur, vnitatem. Idque est quod insinuare voluimus cùm scripsimus in Error 7. *Decad.* 31. institutionem pupillarem accrescere institutioni paternæ, Non quasi senserimus dixisse Neratium hæreditatem pro institutione hæredis, Sed vt explicaremus commodius quo iure in hac specie pupillaris hæreditas paternæ accrescat, Nempe quia facto testamento pendet hæreditas testamentaria vt & testamentum ipsum ex institutione. Quæ licèt sit duplex non minùs quam hæreditas, cùm pater sibi & filio testatus fuit etiam eodem instituto hærede, Coalescit tamen in vnum, idemque iudicium patris, quod sicut vnum ita indiuiduum est: Vt proinde semper verum sit nasci ius accrescendi ex indiuiduitate aliqua sed non ex eadem semper, At ex indiuiduitate hæreditatis si de vnica hæreditate agamus, Ex indiuiduitate verò iudicij si de pluribus hæreditatibus, vt in casu Neratij, Replicabis fortasse, Vnum quidem esse idémque iudicium patris sibi & filio impuberi testantis, sed negari tamen non posse quin duæ sint dispositiones, quas proinde separari nihil prohiberet, si non alia quædam ratio ius hoc accrescendi induceret, Vt scilicet pupilli hæreditatem prætermittere posset, etiam is, qui paternam agnouisset, aut contrà: Quemadmodum circa legata solemus dicere, quæ licet in eodem testamento, & ab eodem testatore data sint, Vsque adeò tamen diuersarum dispositionum iure censentur vt vnum agnosci possit repudiato si nõ altero sint cõnexa *d. l. 5. de leg. 2.* Quomodo & hæreditas repudiari

diari potest & legatum vni ex hæredibus factum, etiam totum retineri *l. qui filiabus 17. §. vltim. & l. seq. De legat. 1. l. miles ad sororem 75. §. 1. de legat. 2.* Quod igitur in diversis legatis recipitur, itemque in hæreditate & legato, quidni etiam ac multò magis in diversis diversorum hominum hæreditatibus recipietur? Sed facilis responsio est, Aliam esse rationem plurium legatorum eodem licet testamento relictorum, Aliam vero plurium institutionum à patre qui sibi & filio testatus sit in eandem instituti personam collatarum. Nam cùm patris & filij testamentum vnum sit ex receptiore prudentum veterum sententia, vt diximus *ex dict. l. paterfamilias 28. De reb. author. iudic. poss. & dict. l. patris 10. De vulg. & pupill. substit.* Testamentum autem quodlibet ex sola institutione æstimandum sit, vireśque accipiat *l. quod per manus 10. & l. vltim. D. de iur. codicill.* Omnino consequens est vt vtraque institutio paterna & pupillaris pro vna haberi debeat, vtque ea ratio non minus institutionem quàm testamenti individuitatem, vt ita loqui pergam, inducat. Quod in legatis prorsus dissimile est, ex quibus testamenti substantiam æstimari nemo vnquam dixit. Longè similius est, quod prudentibus placuit, Si miles Titium hæredem scripserit in bonis paganicis, Sempronium verò in castrensibus, duas quidem videri hæreditates, adeóque quod magis mirum est, duorum quodammodo hominum, ita vt in totum æs alienum, quod in castris contractum fuit, solus Sempronius teneatur, solus autem Titius de omni ære alieno extra causam castrorum contracto, Sed tamen si alteruter delatam sibi hæreditatem metu æris alieni aut alia qualibet de causa repudiaverit, alteri invito eam accrescere, vt totam hæreditatem vel defendere vel creditoribus relinquere cogendus sit *l. si certarum 17. §. 1. D. de testam. milit.* Nempe quia non nisi vnum testamentum est, & consequenter vnum idémque iudicium circa institutiones. Quanto magis si Sempronius esset institutus in castrensibus vsque ad decem annos, Titius verò post id temporis in iisdem bonis castrensibus militariter substitutus, (nam & ita testari miles potest *l. miles ita 41. eod. tit.*) Dicendum esset non debere Titio permitti qui agnovisset bona paganica, vt repudiaret castrensia, quamvis duæ essent, eæque prorsus diversæ dispositiones. Nimirum quoniam in vnam, eandémque individuam coalescunt propter vnitatem & individuitatem testamenti. Atque hæc mea quidem sententia est, quæ vt tanto magis mihi doctisque omnibus probari debeat, facit authoritas viri & Iureconsulti clarissimi Clementis Vinaldi hodie in Pedemontano Senatu primarij Præsidis excellentissimi, & inter primos totius Italiæ Iureconsultos nominis & eruditionis fama præstantissimi, quem sicut habui aliquando in Academia Taurinensi Doctorem subtilissimum, ita perpetuo amicitiæ, nunc etiam honoris vinculo, & quadam veluti dignitatis societate coniunctissimum: Cui hoc ipsum quod nos sentimus placuisse memini, cùm de quæstione ista & alijs nonnullis ad hunc tractatum De iure accrescendi pertinentibus familiari colloquio conferremus. Subtilius ac difficilius est, quod subijcere nos oportet circa interpretationem *l. triplici 142. De verb. significat. & l. item quod Sabinus 17. §. vnde idem tractat. D. de hered. instit.* vt Paulum cum Vlpiano si fieri poterit conciliemus. Ait Vlpianus quantum ad ius accrescendi pertinet, id est vt iam alias bene explicavimus, quantum ad ius prælationis inter cohæredes, quoties pluribus quàm duobus institutis & vno ex iis repudiante quæritur inter eos qui adierunt vtri repudiantis portio accrescat, non esse coniunctos illos qui sine parte instituuntur: Paulus verò; Imò coniunctos esse adeoque re & verbis eos qui sic instituuntur *Titius Maviusque heredes sunto.* Itémque si detracto articulo *que* sic testator scripserit, *Publius Mævius, Lucius Titius heredes sunto.* Quod ipsum quoque haud dubie ita accipiendum est, vt quod ad ius prælationis attinet coniuncti esse intelligantur. Nec enim de iure accrescendi vnquam inter hæredes contendi & disceptari potest, nisi propter ius prælationis, cum alioqui deficientem portionem omnino necesse sit etiam invitis accrescere quantumlibet re & verbo disiunctis. Et tamen fatendum est, supradicta formula sive copulam addas, sive detrahas, non esse Mævium & Titium vlla ex parte institutos. Hoc enim vnum est, quod efficit vt Paulus ab Vlpiano dissentire videatur. Ego sic statuo, In tribus illis exemplis quæ primo loco Paulus ponit adiectis articulis coniunctivis, *&*, *que*, *cum*, in hunc modum *Titius & Mævius ex parte dimidia heredes sunto*, vel ita *Titius Maviusque heredes sunto*, vel *Titius cum Mævio cum parte dimidia heredes sunto*, supplendam esse necessariò separatam tertij alterius cohæredis institutionem vt fieri possit locus quæstioni De iure prælationis. Cui enim præferretur Titius in portione Mævij cohæredis, si alius cohæres nullus esset? Ideóque nimirum in primo exemplo, itémque ex tertio adiecta sunt verba illa *ex parte dimidia* ne dubitare possimus quin ponendum sit in alia parte dimidia Tertium quempiam fuisse institutum. Etsi verò in secundo exemplo de quo solo disputamus eadem verba *pro parte dimidia* aut *ex parte dimidia* adiecta non sunt, id tamen non alia de causa factum videri potest, quam quod parum, aut nihil intersit, an addita sint necne, dummodo tertij cohæredis institutionem quam necessariò subintelligendam esse dicimus, vt termini habiles supponantur, ita conceptam esse fingamus, vt in ea mentio alterius partis dimidiæ fiat hoc modo *Sempronius ex parte dimidia heres esto.* Quam suppletionem expressit apertè Paulus in aliis exemplis quæ subijcit in secunda legis parte nulla adiecta copula *versic. videamus*, in illis verbis, *Veluti*, inquit, *Lucius Titius Publius Mævius ex parte dimidia heredes sunto*, vel ita *Publius Mævius Lucius Titius heredes sunto. Sempronius ex parte dimidia heres esto.* Nec enim existimandum est Paulum inter hæc exempla repetita dissimilitudinem aliam constituere voluisse quàm quæ ex alicuius copulæ vel adiectione vel detractione constituatur. Porro cùm tertij cohæredis institutio expressa est his verbis *Sempronius ex parte dimidia heres esto.* nullus dubitationi locus relinquitur quin priores duo Publius Mævius & Lucius Titius, quamvis sine parte scripti si verborum nudam figuram & corticem inspicias, ex parte tamen dimidia effectu ipso scripti sint, & idcirco in partem dimidiam veniant, ac proinde non tantùm verbis sed etiam re coniuncti esse intelligantur. Quæ res facere debebit vt si fortè Titij portio hæreditaria deficiat, soli Mævio eam accrescere dicendum sit, tanquam soli coniuncto, quod pertinet ad ius prælationis, Non etiam Sempronio, qui neque re neque verbis coniunctus est, quippe non nisi ad aliam partem dimidiam vocatus. Nam & poneremus Titium & Mævium verbis disiunctos

fuisse,

fuisse, quæ desiunctio casum dubitabiliorem facere videri posset, re tamen coniunctos, & eadẽ portione instituros, puta hoc modo *Lucius Titius ex parte dimidia heres esto. Mævius ex parte qua Lucium Titium heredem institui heres esto, Sempronius ex parte dimidia heres esto*: quo casu dubitari probabilius posset an tres semisses facti essent, an verò in eundem semissem Titius cum Mævio veniret. Idem tamen dicendum esset vt in eundem semissem coacti & coniunctim re hæredes scripti viderentur propter subsecutam Sempronij ex parte dimidia institutionem. Sic enim Paulus ad finem legis ratiocinatur tam apertè, vt non potuerit apertius: Quod si etiam inter verbis deiunctus adiectio tertij coheredis ex dimidia parte instituti facit vt inter priores duos sit locus iuri accrescendi & prælationis, Quanto magis idem faciet inter eos qui & re & verbis coniuncti sunt? Quamquam enim illo in vltimo exemplo priores duo hæredes non sine parte instituti proponebantur, id est singuli ex parte dimidia, Manebat tamen illa dubitatio, quod ex alia dimidia institutus videbatur Mævius, quam ex qua Titius, Vt verba illa *Ex qua parte Lucium Titium heredem institui*, quotam partem id est similem dimidiam, non eandem significarent acsi scriptum esset *Ex quota parte*. Atque ita certè Paulus respondisset, si non ex dimidia parte nominatim scriptus fuisset Sempronius. Expressio enim ista dimidiæ sola est quæ facit vt ad vnam eandémque dimidiam Titius, & Mævius vocati in eáque coniuncti re esse intelligantur, qui alioquin singuli ad proprium & separatum trientem vocarentur, Quasi ex dimidiis tribus institutis reuocatis scilicet semissibus ad trientes. Idem igitur longè facilius probandum est, cùm priores duo etiam verbis coniuncti sunt, quamuis sine parte scripti, Tanquam qui propter institutionem sequentem Sempronij qui ad aliam dimidiam partem vocatus fuit, non modò ex certa parte, sed etiam ex eadem, id est ex vno eodemque semisse scripti existimentur. Hic verò casus longè diuersus est ab eo quem Vlpianus tractat *in dict. l. item quod Sabinus 17. §. vnde idem De hered. instit.* in quo ponendum est fuisse Sempronium sine parte institutum, hoc modo, *Titius & Mævius heredes sunto, Sempronius heres esto*. In qua specie verbi quidem coniuncti sunt Titius & Mævius, sed non etiam re quia sine parte instituti sunt: Nec quod adiectus sit coheres Sempronius facere potest vt Titius & Mævius ex parte aliqua nedum ex dimidia instituti videantur, cùm nec Sempronius vlla ex parte sit institutus. Atque ita benè omnia conueniunt, neque Paulus ab Vlpiano dissentit, vt nec dissentiendi causa vlla fuit, apud tam magnos viros in ea re quæ certissimam habebat iuris rationem, & à iuris nostri Principiis dependentem. Accursius verò, & Bartolus cæterísque vulgares interpretes longè aliter, qui quasi nec dubitationem hanc viderint, Paulum sic intelligunt vt de simplici iure accrescendi tractauerit & senserit, non de iure prælationis, nec minus de legatis quàm de hæreditatibus, Vt ex eo loco inferant etiam inter verbis tantùm coniunctos locum esse iuri accrescendi. Quod vtique tam falsum est in legatis quam verum est in hæreditatibus, in quibus ne quidem verbalis coniunctio necessaria est, non magis quam realis ad inducendum ius accrescendi etiam inter inuitos, sed tantùm ad inducendum ius prælationis, quam in rem vtilis est sola realis, verbalis verò non necessaria, vt suo loco monuimus, Decade 49. & 50. Vbi etiam ostendimus quàm falsum sit quod iidem interpretes putant, Inter coniunctos verbis tantùm legatarios esse locum iuri accrescendi, cùm partes ab initio habeant ab ipso testatore factas, vt ait *l. re coniuncti 89. De legat. 3.* & consequenter fieri nequeat, vt cui testator partem duntaxat dedit, nos demus totum, quin simus liberaliores testatore, quod tamen semper absurdum est, nisi cùm iuris necessitas cogit nos à voluntate testatoris recedere *l. debitor 59 in fine princip. l. facta 63. §. si sub conditione D. ad SC. Trebell.* Vt inter virum doctissimum Iacobum Cuiacium in eodem Errore perstitisse *lib. 24. Obseruat. cap. 34.* quo loco tractans etiam de interpretatione *dict. l. triplici*, sequitur errorem aliorum interpretum, nec minùs ad legatarios quam ad heredes Pauli sententiam vult pertinere, quamuis omnia quæ Paulus affert exempla sint de hæredibus, nullum de legatariis. Placuit hæc nostra interpretatio clarissimis in ciuitate Taurinensi Iureconsultis D. Paulo Conterio & Georgio Fabro, quorum ille magni & præcipui Doctoris mei Ioannis Antonij Manutij quoniam gener videtur mihi cum filia dotis nomine præter cætera etiam ipsam iurisprudentiam accepisse, Adeò & ingenij acumine, & rationum subtilitate, & legum obscuriorum feliciter explicandarum peritia excellit, ex eáque causa Iuridicus maior ciuitatis iampridem factus primi inter meliores causarum patronus nominis famam & postulando, & consulendo non tantùm apud suos, sed & apud exteros quoque comparauit. Hic verò mihi vt nomine, ita vetere amicitia, & familiaritate coniunctissimus, etsi mea omnia faciliùs & auidiùs probare solet, quàm fortassis par esset, pro ea tamen qua præstat iuris scientia, & authoritate eo planè digna, qui partes in tam illustri Academia inter Canonici iuris Lectores primas obtineat, facile mihi persuadet, posse à doctissimis quibusque probari, nostra illa omnia quæ ipse iudicij sui dignitate probabilia esse arbitratur. Placuit etiam hæc eadem nostra interpretatio nobilissimo & subtilissimo Doctori Hispano Ioanni Melchiori de Valentia Petri de Valentia Petri de Valentia potentissimi Regis Hispaniarum generalis historiographi celeberrimi, dignissimo filio, qui assiduus librorum meorum lectione studia sua recreare, ac iuuare solitus eam de me scriptisque meis tam præclaram opinionem concepit, vt plerisque suis ad me literis elegantiæ, eruditionis, vrbanitatis & iudicij plenissimos testatum mihi fecerit, si quando dissentiam à Bartolo cæterisque interpretibus quod neque lubens, neque valde inuitus persæpe facio, non minus se rationibus & interpretationibus meis tribuere, quàm nudæ aliorum contra sentientium authoritati, quæ vel nullis vel non nisi malis falsísque rationibus fulciatur. Hic pro ea, qua in me totus quantus est voluntate sæpius mecum per literas egit de variis & subtilissimis iuris quæstionibus, vt est ille miro ingenij acumine supra ætatem præditus. Nec solum amoris erga me sui propemodum singularis testandi gratia, quod per se magnum esset mihi & honorificum, Verum etiam vt si quid in opinionibus nostris occurrat quod vel obscuriùs dictum vel minùs fortiter comprobatum esse videatur, maiores à nobis rationes aut meliores interdum, sententias extorqueat: In quo sicuti rem facit nobis periucundam, Ita dignam sanè quæ nos moneat vt tam honesto ipsius voto ac desiderio quantum in nobis est satisfaciamus. Cùm verò inter cætera dubitare se diceret de iis;

quæ

quæ circa rationem iuris accrescendi scripseramus, propter responsum illud Neratij *in d. l. qui patri 59. De acq. hered.* & miraretur non fuisse à nobis explicatam ex professo Pauli sententiam *in d. l. triplex 3 42. De verb. sign.* Nos ad vtramque ipsius dubitationem respondimus iisdem ferè verbis quæ nos in postremum hoc caput retulimus. Neque nos spes fefellit quam conceperamus fore, vt et vtraque tandem nostra sententia probaretur. Adeò sibi placet ac blanditur ille in nostris legendis laudandis, comprobandis. Dignus autem mihi visus est hic tractatus, quo Chilias nostra concluderetur: Non quòd alia deessent aut difficiliora, aut subtiliora, quæ fortassis in nouos Coniecturarum libros si quos addere prioribus iuuabit aliquando conferemus, sed vt hanc captaremus testificandæ nostræ erga nobilissimum & amicissimum Iureconsultum voluntatis, De quo facilè & ex animo liber augurari: Si Iurisprudentiam nostram perget eo quo cœpit studio colere, (Quidni verò perget cùm in Academia Salamanticæ prælegendo iuri ciuili in ætate ista iam electus sit, & ,vt audio, designatus,) non minùs illum inter Hispanos omnes Iureconsultes laudis consecuturum, quàm inter Lusitanos suos consecutus est Antonius meus Goueanus, quem soleo dicere propiùs quam alium vllum ætatis nostræ Doctorem ad Papiniani ingenium accessisse. Contigit autem mihi feliciùs quam speraram, quòd hanc meam Chiliadem non solùm à Gallis & Germanis, qui primi Coniecturas meas legerunt, laudarúntque sed etiam ab Italis, Hispanis, Anglis, Polonis aliísque remotioribus orbis partibus, ad quas Iurisprudentiæ nomen & dignitas peruenit, hanc meam Chiliadem probatam audio, priusquam absolutam: Sed illud omnium felicissimè, quod supremarum quoque Curiarum idem iudicium esse intelligo, vt pro Erroribus iam habeant quàm plurimos ex iis ipsis quos in superiores huius Chiliadis partes congessimus. Adeò vt explosis iis sententias nostras tanquam veriores, & iuris rationi conuenientiores plerasque amplectãtur, suorumque Placitorum authoritate tueantur. Quid enim potuit nobis accidere gloriosius, quàm vt tantos Papinianos totius velut orbis terrarum arbitros opinionum nostrarum & lucubrationum non solum æstimatores habeamus, sed etiã approbatores beneuolos, & fautores? Non dissimulamus tantùm nos honorem iam inde ab initio sperasse, sed à posteris quibus aut nulla, aut minor inuidiæ causa. Denique agnoscimus, & fatemur ingenuè, hanc nos laudem cineribus *nostris inuidisse*, quibus tantò certiorem & longiorem illam augurabamur quantò tardiorem. Cùm laboribus nostris, quod in cæteris rebus nouis omnibus euenire solet, nec tam facilè, nec tam citò delatum iri tantum gloriæ crederemus.

INDEX

INDEX RERVM, ET VERBORVM MEMORABILIVM,

Quæ in hoc secundo Tomo operis aduersus errores Pragmaticorum proponuntur, & declarantur.

Prior numerus Paginam, posterior Columnam designat.

Actor.

Actus.

Addictio.

Adiectio.

Index Rerum,

Arbitria

Condi

Condi

Index Rerum,

Conditio.

Conductor.

Confessio.

Confiscatio.

Coniux.

Constitutio.

Consumptio.

Contestatio.

Contractus.

Contrectatio.

Contumax, Contumacia.

Conuentio.

Conuen-sio.

E

Edictum.

Electio.

Emphyteuta.

Emptio.

Emptor.

Ens.

Euictio.

Exactio.

Executio.

Exceptio.

Exceptio

G

Gradus.

H.

Habitatio.

Hæres.

Hæreditas.

Homo.

Hospes.

Hypotheca.

I. Igne

Index Rerum,

I

In

Pluuia.

Pœna.

Portio.

Possessio.

Possessor.

Potentia.

Potestas.

Præscriptio.

Præstatio.

Precarium.

precarium

Pretium.

Preceptor.

Prætor.

Prohibitio.

Pronuntiatio.

Priuatus.

Propositio

Pubes.

Q.

Quadruplum.

Quisquis.

Index Rerum,

R

Romanus.

S.

Saluianum Interdictum.

Scilicet.

Scriptura.

Sententia.

Seruiana.

Seruitus.

Seruus.

Solutio.

Sponsalia.

Statim.

Statutum.

Status.

Stipulatio.

Vtores.

Vterus.

Vtilitas.

Vxor.

F I N I S.